

# **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**

## **Volume 2**

Adalberto Simão Filho	João José Custodio da Silveira
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra	José Carlos Metroviche
Alexandre J. C. da Cunha Filho	José Claudio Domingues Moreira
Alfredo Gehring C. Falchi Fonseca	José Eduardo Marcondes Machado
Antônio Carlos Mathias Coltro	José Luiz Gavião de Almeida
Antonio Carlos Morato	Luis Manuel Fonseca Pires
Artur Marques da Silva Filho	Marcelo Barbosa Sacramone
Augusto Martinez Perez Filho	Marcelo Benacchio
Carlos Alberto Garbi	Marco Fábio Morsello
Cássio Mahuad	Marcos Duque Gadelho Junior
Cassio Pereira Brisola	Mauro Antonini
Cassio Scarpinella Bueno	Nelson Rosenvald
Diego Ferreira Mendes	Nestor Duarte
Erik Frederico Gramstrup	Paulo Rogério Bonini
Estevan Lo Ré Pousada	Pedro Siqueira De Pretto
Euclides Benedito de Oliveira	Renato Siqueira De Pretto
Fabio Calheiros do Nascimento	Ricardo Marcondes Martins
Felipe Braga Netto	Roberto Maia Filho
Fernando Antonio Maia da Cunha	Rogério Donnini
Fernando França Viana	Roque Antonio Mesquita de Oliveira
Francisco Eduardo Loureiro	Rubens Petersen Neto
Frederico da Costa Carvalho Neto	Silvio de Salvo Venosa
Frederico dos Santos Messias	Teresa Ancona Lopez
Gilberto Carlos Maistro Junior	Vilma Tomaz Lourenço Ferreira Zanini
Gilson Delgado Miranda	Wanderley José Federighi
Hamid Charaf Bdine Júnior	William Santos Ferreira
Ivo Waisberg	

**Apresentação**

**Antonio Carlos Villen e Francisco Eduardo Loureiro**

# **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**

**Volume 2**





*Diretor*

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

*Vice-Diretor*

Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez

*Conselho Consultivo e de Programas*

Desembargador Aroldo Mendes Viotti

Desembargador Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa

Desembargador Francisco José Galvão Bruno

Desembargador Hermann Herschander

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

Desembargador Tasso Duarte de Melo

Juiz Gilson Delgado Miranda

*Coordenadores da Biblioteca e Revistas*

Desembargador Wanderley José Federighi

Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

*Coordenador da obra*

Juiz Alexandre Dartanhan de Mello Guerra

*Alexandre Dartanhan de Mello Guerra*  
(Coordenador)

**Estudos em homenagem a  
Clóvis Beviláqua por ocasião  
do centenário do Direito Civil  
codificado no Brasil**

**Volume 2**

Escola Paulista da Magistratura  
São Paulo, 2018

*Coordenação*  
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra

*Coordenação editorial*  
Marcelo Alexandre Barbosa

*Capa*  
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

*Editoração, revisão, CTP, impressão e acabamento*  
Personal 7 Produtos Promocionais

*Diagramação*  
Dirceu Caróci

*Revisão*  
Yara Cristina Marcondes

*Tiragem*  
700 exemplares

---

Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil / coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra.  
São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. V. 2.

Vários autores.

ISBN 978-85-906790-2-8

1. Direito Civil – Brasil. I. Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello. II. Título.

CDU-342(81)(082)

---

Ficha catalográfica elaborada pelo Serviço de Acervo da  
Biblioteca da Escola Paulista da Magistratura  
Bibliotecária: Cintia Pontes de Souza - CRB8/5730



Escola Paulista da Magistratura  
Rua da Consolação, 1.483 - 1º, 2º, 3º e 4º andares  
01301-100 - São Paulo - SP  
Fones: (11) 3255-0815 / 3257-8954  
[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br) - [imprensaepm@tjsp.jus.br](mailto:imprensaepm@tjsp.jus.br)

# Sumário

## Volume 1

### Apresentação

<i>Antonio Carlos Villen, Francisco Eduardo Loureiro e Alexandre Dartanhan de Mello Guerra</i> .....	9
--	---

### I - Parte geral

#### Teoria dos princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença

<i>Ricardo Marcondes Martins</i> .....	15
--	----

#### Interpretação jurídica: do dogma da completude ao sistema aberto

<i>Luis Manuel Fonseca Pires</i> .....	47
--	----

#### O Código Civil de 1916 e sua convivência com a Constituição de 1988

<i>Pedro Siqueira De Pretto e Renato Siqueira De Pretto</i> .....	67
---	----

#### A constitucionalização do Direito Civil: o Direito Público matou o Direito Privado?

<i>José Claudio Domingues Moreira</i> .....	91
---	----

#### A vedação ao comportamento contraditório

<i>Diego Ferreira Mendes</i> .....	101
------------------------------------	-----

#### Boa-fé, mentira e o litigante ímprobo

<i>Rogério Donnini</i> .....	125
------------------------------	-----

#### A capacidade no Código Civil – cem anos de evolução

<i>Roque Antonio Mesquita de Oliveira</i> .....	139
---	-----

#### Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos

<i>Paulo Rogério Bonini</i> .....	145
-----------------------------------	-----

#### O dolo como defeito do negócio jurídico

<i>Hamid Charaf Bdine Júnior</i> .....	167
--	-----

#### A (im)possibilidade da convalidação do negócio jurídico celebrado sob estado de perigo

<i>Rubens Petersen Neto</i> .....	175
-----------------------------------	-----

#### Suspensão e interrupção da prescrição e precedentes judiciais: um diálogo necessário entre o CPC/2015 e o CC/2002

<i>William Santos Ferreira</i> .....	195
--------------------------------------	-----

## II - Direitos da personalidade

### Clóvis Beviláqua e a proteção aos direitos morais do autor na criação literária, artística e científica

*Antonio Carlos Morato*..... 211

### O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade

*José Eduardo Marcondes Machado*..... 245

### Novos contornos de proteção ao direito à imagem a partir da interpretação conforme ao art. 20, do Código Civil, perpetrada à luz da ADI 4815/DF

*Marcos Duque Gadelho Junior*..... 285

### Direito ao esquecimento

*Fernando França Viana* ..... 299

### A hermenêutica constitucional como forma de conferir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana na temática da pessoa transexual

*Frederico dos Santos Messias*..... 319

## III - Direito das obrigações

### Dever de informação decorrente do princípio da boa-fé objetiva

*Alfredo Gehring Cardoso Falchi Fonseca* ..... 337

### Pagamento

*Frederico da Costa Carvalho Neto*..... 353

### Assunção de dívida

*Fabio Calheiros do Nascimento* ..... 367

## IV - Responsabilidade civil

### Responsabilidade civil e solidariedade social: potencialidades de um diálogo

*Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto*..... 393

### Responsabilidade civil na sociedade de risco

*Teresa Ancona Lopez*..... 419

### Considerações sobre a noção de dano

*Marcelo Benacchio* ..... 433

### Art. 944, CC: a indenização mede-se pela extensão do dano

*João José Custodio da Silveira*..... 447

### Responsabilidade civil punitiva no Direito brasileiro

*Vilma Tomaz Lourenço Ferreira Zanini* ..... 463

### A reparação de danos decorrente do inadimplemento contratual

*Cassio Pereira Brisola*..... 483

## Volume 2

### V - Direito dos contratos

#### Sistema de formação e classificação de contratos em ambiente de sociedade da informação

*Adalberto Simão Filho*..... 507

#### Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro

*Marco Fábio Morsello*..... 527

#### Inovação sistemática e acuidade histórica: a hesitação dogmática de um espírito intransigente – notas sobre a distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação (a partir de uma confrontação entre os artigos 2.853 e 2.857 do Esboço de Código Civil)

*Estevan Lo Ré Pousada* ..... 547

#### Contrato estimatório (venda em consignação)

*Carlos Alberto Garbi*..... 567

#### A ampliação das hipóteses de despejo antecipado

*Gilson Delgado Miranda* ..... 587

#### Conceito e interpretação dos contratos mercantis

*Ivo Waisberg*..... 603

#### Contratos empresariais e Lei Anticorrupção: sobre os efeitos do nulo em avenças alcançadas por acordos de leniência

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho e Marcelo Barbosa Sacramone* ..... 615

### VI - Direito das coisas

#### Breves notas sobre o direito de propriedade imobiliária: do absolutismo à função social

*Wanderley José Federighi*..... 639

#### Breve exame da usucapião no Direito brasileiro

*Nestor Duarte*..... 659

#### Usucapião de coisa própria: pode o proprietário usucapir bem que lhe pertence?

*Fernando Antonio Maia da Cunha e Alexandre Dartanhan de Mello Guerra*..... 675

#### Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras

*Francisco Eduardo Loureiro*..... 711



## VII - Direito de Família

Visão geral das transformações contemporâneas no Direito de Família.

O Direito de Família na Constituição Federal de 1988. A família em seu atual espectro. A multiparentalidade

*Antônio Carlos Mathias Coltro* ..... 737

Separação judicial e a Emenda Constitucional nº 66/2010

*Cássio Mahuad* ..... 777

Separação e divórcio no Direito brasileiro: algumas questões relevantes no plano material e processual

*Gilberto Carlos Maistro Junior* ..... 819

Alimentos: aspectos relevantes de direito material

*Roberto Maia Filho* ..... 849

Cumprimento de sentença que impõe pagamento de alimentos: um comentário ao art. 528 do CPC de 2015

*Cassio Scarpinella Bueno* ..... 863

Paternidade socioafetiva e segurança jurídica

*José Carlos Metroviche* ..... 891

Adoção. Aspectos jurídicos e sociais. Adoção e homoafetividade

*Artur Marques da Silva Filho* ..... 937

Aspectos da fertilização assistida

*Erik Frederico Gramstrup e Augusto Martinez Perez Filho* ..... 957

## VIII - Direito das Sucessões

Apontamentos sobre a evolução e o perfil contemporâneo do Direito das Sucessões brasileiro

*Mauro Antonini* ..... 987

Os direitos fundamentais e seu reflexo sobre o Direito das Sucessões Testamentárias

*José Luiz Gavião de Almeida* ..... 1007

Capacidade de testar e capacidade de adquirir por testamento

*Silvio de Salvo Venosa* ..... 1019

Indignidade e deserdação: perfil dogmático e aspectos atuais relevantes

*Euclides Benedito de Oliveira* ..... 1037

**V**

# **Direito dos contratos**



# Sistema de formação e classificação de contratos em ambiente de sociedade da informação

*Adalberto Simão Filho*<sup>1</sup>  
Advogado

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Transformação da teoria dos contratos. 3. Formação dos contratos. 4. Principais critérios de classificação dos contratos. 4.1. Contratos considerados em si mesmo. 4.2. Contratos reciprocamente considerados. 4.3. Rede conexional de contratos. 5. A interpretação dos contratos. Conclusões. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** este artigo visa trazer algumas das principais transformações ocorridas no sistema de formação e classificação de contrato, a partir da edição do Código Beviláqua, observando-se o ambiente de sociedade da informação que gera sensíveis e expressivos impactos nos negócios jurídicos e na forma de sua interpretação, decorrente do uso das tecnologias e da internet.

**Palavras-chave:** formação de contrato – classificação de contrato – sociedade da informação – direitos coletivos – rede conexional de contratos – interpretação

## 1. Introdução

A contratualidade e os negócios jurídicos inerentes sofrem impacto sensível e relevante a partir da edição do Código Civil, sob a visão de Clóvis Beviláqua, até o presente momento, passados mais de quinze anos da edição do Código Civil de 2002.

---

<sup>1</sup> O autor é professor titular IV-Emérito das UNIFMU/SP e Professor Titular do mestrado da UNAERP, obteve o grau de mestre e doutor em direito das relações sociais pela PUC/SP. Pós-Doutor em direito da educação pela Faculdade de Direito de Coimbra. É professor da PUC/COGAE nos cursos de direito dos contratos e direito empresarial, bolsista CNPq/SEBRAE para o projeto Agente Local de Inovação e sócio da Simão Filho – Advogados Associados.

O texto foi extraído da palestra ministrada no Curso de Especialização em Direito Civil realizada no outono de 2016 na Escola Paulista de Magistratura, Núcleo Regional de Sorocaba, sob Coordenação do Juiz Alexandre Dartanhan de Mello Guerra.

Esse impacto severo decorre não só da evolução e crescimento da sociedade brasileira como um todo, numa forma esperada e idealizada, mas, principalmente, pelo ingresso do país na era que se convencionou designar sociedade da informação, um ambiente onde prepondera a busca pelo acesso à internet com vistas a não gerar a exclusão digital e a transformação dos negócios jurídicos por meio de base tecnológica da informação, em possibilidades que estão longe ainda de se esgotarem.

As tecnologias passam, assim, a impactar não só esses negócios jurídicos, como também as relações sociais, humanas, empresariais e governamentais, através de operações diversas que se exteriorizam em modelos próprios decorrentes das características digitais da oferta por meio de sites, aplicativos ou qualquer outra plataforma de base tecnológica, desde a formação até o aperfeiçoamento do contrato.

É nesse ambiente que vivenciamos o incrível crescimento das operações comerciais eletrônicas por meio de modelos B2B (business to business); B2C (business to consumer); C2C (consumer to consumer) e E-Gov. (governo eletrônico), que acabam por representar um verdadeiro desafio na inteligência e interpretação da matéria contratual.

A partir da análise dessa transformação da teoria geral dos contratos, que se verifica em sociedade da informação, procurar-se-á avaliar os princípios decorrentes da formação e os principais critérios classificatórios como forma de auxiliar na interpretação, sempre sob a referência de autores clássicos e contemporâneos como Serpa Lopes e Maria Helena Diniz, entre outros de destaques, sugerindo-se um sistema interpretativo que possa englobar também as redes conexiais de contratos.

A nossa pretensão, nestas poucas linhas, é exercitar o debate e a busca de novos caminhos para que a contratualidade possa ser bem utilizada, interpretada como forma de gerar a harmonia nas relações, independentemente de sua natureza.

## **2. Transformação da teoria dos contratos**

São marcantes e profundas as transformações decorrentes da teoria geral dos contratos. O contrato, como um acordo de vontades que envolve proposta e aceitação, vem-se adaptando aos fatos decorrentes da evolução social do cidadão como um ser social. A aceitação é, assim, substituída por uma atuação clara da vontade de modo suficiente para o estabelecimento de um vínculo contratual.

O contrato passa, assim, a se constituir como uma espécie de negócio jurídico de natureza bilateral ou plurilateral como melhor será visto, fundado na vontade humana expressada em sintonia com o direito posto e a ordem jurídica.

Maria Helena Diniz, com base em escólio de Antunes Varela, apresenta o contrato como um acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (DINIZ, 2006, p. 9).

A substituição de um indivíduo fim na contratualidade por um ser social atuante e integrado no ambiente informacional, que vem sendo sentida no âmbito dos negócios jurídicos, é premissa legal também estabelecida na Lei 12.965/14, que tratou do marco civil de internet.

O Contrato, segundo Verçosa, é uma modalidade de negócio jurídico fundado em acordo de vontades, celebrado entre um mínimo de duas partes, que concordam em vincular-se juridicamente com o objetivo de poderem alcançar um fim econômico, aceitando as obrigações decorrentes do acordo e o recebimento das prestações correspondentes (VERÇOSA, 2014, p. 101).

Parece-nos que um dos principais elementos de transformação nos negócios jurídicos de até então consiste na possibilidade de as relações serem efetivadas através de transmissão de dados pelo sistema de autoestrada informacional, gerando um comércio eletrônico mundial e o crescimento da utilização de tecnologias disruptivas voltadas para o compartilhamento, a exemplo dos aplicativos de veículos para transportes de coisas e pessoas, locações de imóveis de particulares ou terceiros, alimentação em rede, etc.

E neste ponto, o acesso à internet como um elemento essencial ao exercício da cidadania, juntamente com a liberdade de expressão e a privacidade, com clara contribuição para o desenvolvimento da personalidade, formam a disciplina do uso da internet no Brasil, reconhecendo-se não só a escala mundial da rede, no tocante à abrangência de suas complexas relações e ramificações, como também prestigian-do o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência no âmbito do respeito aos direitos humanos, pluralidade e diversidade. O exercício da cidadania em meios digitais, por sua vez, junta-se aos fundamentos relacionados à abertura e colaboração, com vistas à finalidade social da rede (SIMÃO FILHO, 2015, p. 47).

O direito subjetivo clássico e inviolável e neste ambiente digital acaba por objetivar na sua concretude a função social, afastando a vontade como a fonte absoluta de direitos para buscar uma fonte que observe os interesses sociais e transindividuais.

As relações contratuais acabam por ser mais sutis e diversas do passado, preponderando contratos de fato ou verbais. A aceitação cede espaço aos atos de cumprimento consistentes da apropriação e utilização dos bens, como ocorre, por exemplo, em parte dos negócios jurídicos eletrônicos.

Para o fomento das atividades empresariais, são utilizados contratos tipos, visando massas específicas de pessoas no sistema de contratação por adesão.

A principiologia tem papel preponderante no auxílio do sistema interpretativo desses contratos, sempre se observando a boa-fé de natureza objetiva, com reflexos na vontade real do contratante e nos resultados esperados.

Formam-se, no âmbito empresarial, redes neurais de contratos ou coligação de contratos com vistas a um objetivo negocial único de um grupo de pessoas e empresas, com desafios de toda a ordem no sistema interpretativo da vontade e do próprio negócio jurídico.

São admissíveis negócios jurídicos de natureza processual como dispõe o art. 190 do Código de Processo Civil, sempre na busca da eficiência sistêmica e interpretativa e da restauração do sinalagma.

Há doutrinadores que vislumbram uma crise no atual modelo contratual, decorrente especificamente da proliferação de contratos de massa ou por adesão. Essa crise se refere à impossibilidade de o aderente não poder alterar substancialmente o contrato cujo conteúdo é imposto de uma parte a outra (CASSETTARI, 2013, p. 182).

Contudo, a fluidez das novas relações jurídicas, efetuadas com base na tecnologia, lança olhares específicos sobre a teoria geral dos contratos, não na busca de uma melhor interpretação, mas de uma compreensão da eficiência das bases tecnológicas para possibilitar o incremento e crescimento das atividades negociais e empresariais desenvolvidas.

E, nesse ponto, mesmo com toda a incerteza desse ambiente virtual para negócios jurídicos, prepondera a teoria da confiança demonstrada pelo contínuo crescimento mundial dessas relações, gerando uma necessidade futura de aprimoramento dos sistemas de segurança e de respostas em face de atos de descumprimento contratual ou de proteção do consumidor.

### **3. Formação dos contratos**

A alteridade ou a impossibilidade de autocontratação deve preponderar na formação de contratos (vide art. 117 Cód. Civ.), salvo condições excepcionais como no caso da representação ou do mandato para negócios com o próprio mandante (mandato em causa própria).

São inúmeras as espécies de contrato e, em especial, nas operações de compra e venda, deve-se investigar sua natureza para fins de aplicabilidade do direito.

A compra e venda, à luz do art. 481 do Cód. Civ., é contrato pelo qual alguém se obriga a transferir o domínio de uma coisa mediante o pagamento de certo preço. Assim, a compra e venda, no direito brasileiro, por si só não transfere o domínio. Gerando o contrato uma obrigação de dar consistente da transferência do domínio e o pagamento por parte do comprador (FRANCO, 2014, p. 32).

Os elementos do contrato são, assim, o consentimento, a coisa e o preço (condições). Convergindo a vontade nesses elementos, a compra e venda é perfeita e acabada, salvo se outro condicionante foi estabelecido pelas partes.

Os contratos mercantis são destinados à consecução de negócios jurídicos frutos de atividade empresarial. Os contratos civis destinam-se às atividades sem a característica da profissionalidade e da empresarialidade. Contratos bancários envolvem relações com Instituições Financeiras. Contratos consumeristas envolvem relação de consumo e contratos administrativos envolvem interesses com administração pública em gênero.

Segundo a doutrina, as fases da formação do vínculo contratual são as seguintes (DINIZ, 2006, p. 89):

#### **A. Negociações preliminares**

As negociações prévias, sondagens e trocas de correspondências eletrônicas para o estabelecimento de regras iniciais para um futuro contrato, próprios da autonomia privada da manifestação da vontade, são admissíveis no direito e, sempre com base em investigação do caso concreto, a quebra da expectativa de contratar pode gerar uma responsabilidade não contratual, aquiliana, baseada nos arts. 186 e 927 do Código Civil.



Não é incomum que, antes mesmo de se firmar um contrato preliminar, as partes resolvam demonstrar a vontade de contratação através da constituição de protocolos ou compromissos de entendimentos que possam demonstrar um pouco de suas intenções e, ainda, possibilitar o início da fase de “due diligence” para as auditorias contábeis e legais, que se fazem necessárias em certos negócios.

Acompanham, nessa fase, compromissos de sigilo e de confidencialidade e, em alguns casos, a exclusividade temporal para a realização do negócio. Todavia, essa é ainda uma fase não vinculante, salvo vontade expressa em sentido contrário.

## **B. Contrato preliminar**

O contrato preliminar ou pacto de contrahendo objetiva delimitar os contornos principais do contrato definitivo e está previsto nos arts. 462 a 466 do Cód. Civ. Esse contrato deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. A depender da necessidade registrária de seu objeto, deve ser levado ao registro competente. Na ausência de registro, o vendedor poderá responder por perdas e danos na venda do bem a terceiros.

Inexistindo cláusula de arrependimento nesse contrato, quaisquer das partes poderão exigir a celebração do contrato definitivo. Se uma parte não der execução ao contrato preliminar, a outra parte poderá considerá-lo desfeito e pedir as perdas e danos.

Aproxima-se, em sua natureza, de uma promessa de contratar em que ambas as partes se comprometem a concluir um contrato definitivo.

## **C. Proposta**

A proposta, policitação ou oferta é uma declaração unilateral e receptícia da vontade, por meio da qual uma pessoa manifesta sua intenção de se considerar contratualmente vinculada, caso a outra pessoa aceite a oferta, sem condições.

A proposta, segundo o art. 427 do Cód. Civ. é vinculante com relação ao que se formula se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio e das circunstâncias do caso.

O efeito jurídico da proposta atinge tão só o peticitante, respondendo por perdas e danos, caso retire a oferta de forma injustificada.

O oblato que aceita proposta de forma incondicional, se obriga pelos seus termos.

O peticitante pode-se arrepende da oferta e esta não o obrigará caso a retratação chegue ao oblato antes da proposta ou ao mesmo tempo desta.

Desse modo, também não obriga o peticitante se houver cláusula expressa nesse sentido; se houver atos de negociação que modifiquem o negócio; se houver a exoneração do peticitante e se não respeitado o prazo de oferta.

#### **D. Aceitação**

A aceitação, segundo Maria Helena Diniz, é a manifestação da vontade, expressa ou tácita, da parte do destinatário de uma proposta, feita dentro do prazo, aderindo a esta em todos os seus termos, tornando o contrato definitivamente concluído, desde que chegue oportunamente ao conhecimento do ofertante (DINIZ, 2006, p. 97).

A aceitação pode ser expressa, quando o oblato declara a aquiescência, ou tácita, quando por ato inequívoco do aceitante se permite concluir pela anuência.

A aceitação deve ainda ser oportuna, em que a força vinculante ocorre da tempestiva manifestação da vontade, e conclusiva ou integral, sem condicionantes.

Todavia, muito embora o direito brasileiro admita a manifestação da vontade pelo silêncio em certos casos, nas ofertas específicas relacionadas às operações que decorrem de relação de consumo, o silêncio encontra óbice como manifestação de vontade principalmente no âmbito do sistema de proteção contra a abusividade de cláusulas e condutas contrárias ao direito do consumidor, a exemplo de mercadorias entregues na residência do consumidor sem o pedido deste, que acabam por ser vistas como amostras grátis.

O oblato pode se arrepende, desde que sua retratação chegue ao ofertante antes da aceitação ou juntamente com ela. Desse modo, não gerará a aceitação o vínculo obrigacional.

Finalizando. Não aceita a proposta, não há obrigação do proponente ou peticitante. Aceita a proposta, encerra-se o ciclo contratual.

#### **E. Conclusão do contrato**

O negócio jurídico contratual reputa-se celebrado no lugar em que a proposta é expedida ou onde é conhecida, como dispõe o art.

435 do Cód. Civ. O local da conclusão do negócio é de relevo ao direito internacional privado, em que se prevê que a obrigação resultante do contrato considera-se constituída no lugar onde residir o proponente, mas se a relação for consumerista, haverá foro de preferência do consumidor como uma vantagem contratual, observado o princípio da hipossuficiência.

O momento da conclusão do contrato depende da relação entre presentes ou entre ausentes.

Na relação entre presentes, o contrato aperfeiçoa-se e o vínculo se estabelece no momento exato em que convergiram as vontades entre o oblato e o policitante acerca da oferta e de sua aceitação (coisa-preço-condições).

Já na relação entre ausentes, vigora, no direito brasileiro, a teoria da expedição (art. 434 do Cód. Civ.), tornando-se o contrato aperfeiçoado, perfeito e acabado no momento da expedição da aceitação incondicional, salvo exceções, quando então se aplica a teoria da recepção. Entre as exceções tem-se o fato de o proponente ter-se comprometido a esperar a resposta; o fato de a proposta não chegar no prazo estipulado e a retratação mencionada.

#### **4. Principais critérios de classificação dos contratos**

No que tange à capacidade jurídica de contratar, a regra geral prevista no art. 104 do Cód. Civ. menciona que para a validade do negócio jurídico requer-se agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei.

Observe-se que a incapacidade absoluta atinge menores de 16 anos, pessoas que em razão de enfermidades possam estar privadas de seu discernimento e da possibilidade de exprimirem sua vontade.. A incapacidade relativa é própria aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos. Atinge também os doentes, ébrios, viciados, pessoas excepcionais sem desenvolvimento mental e pródigos.

As pessoas jurídicas, por sua vez, são representadas na forma de seus atos constitutivos.

A classificação de contratos, que ora se propõe, está lastreada em grande parte na Professora Maria Helena Diniz (2006, p. 112).

#### 4.1. Contratos considerados em si mesmo

##### a) Quanto à Natureza da Obrigação

– **Unilaterais:** obrigações assumidas por uma das partes. **Bilaterais:** são contratos sinalagmáticos, gerando direitos e obrigações para ambas as partes. **Plurilaterais:** muitas partes assumem direitos e obrigações recíprocos a exemplo do contrato de sociedade, em que há obrigações assumidas entre sócios; dos sócios para com a sociedade; da sociedade para com os sócios e para com terceiros.

– **Onerosos:** geram vantagens para ambos os contratantes. **Gratuitos:** oneram apenas uma das partes.

– **Comutativos:** as prestações possuem equivalência subjetiva e as partes sabem exatamente quais são as contraprestações. **Aleatório:** prestações dependem de fato ou risco futuro e incerto.

– **Paritários:** as partes estão em condições de igualdade e efetuam transigências recíprocas. **Por adesão:** contratantes aderem às cláusulas previamente estabelecidas, excluindo a possibilidade de transigência mútua ou de igualdade.

##### b) Quanto à forma

– **Solenes:** quando a lei prescreve forma especial para sua celebração. Exemplo: compra e venda imobiliária necessita de escritura pública e assento no registro de imóveis. **Consensuais:** aperfeiçoam-se pela simples vontade das partes. **Reais:** somente se aperfeiçoam com a entrega da coisa. Exemplo: mútuo, penhor, comodato.

##### c) Quanto à designação

– **Inominados:** afastam-se dos modelos legais por serem atípicos e não disciplinados ou regulamentados, mas cuja possibilidade de criação está prevista no art. 425 do Cód. Civ. **Nominados:** são contratos típicos que abrangem as espécies contratuais que possuem previsão legal e podem servir de base para a fixação de esquemas, modelos ou tipos de regulamentação específica em lei. O Código Civil esquematiza 23 tipos de contratos.

– **Contrato Simples:** pertence ao grupo de nominados e se apresenta com um só título e objeto. **Contrato complexo ou misto:** a partir da combinação de elementos de outros contratos, constitui-se uma nova unidade contratual. **Contrato coligado:** duas ou mais relações contratuais podem formar espécies de contratos não contemplados na lei.

#### d) Quanto ao objeto

– **Patrimonial:** relativo a patrimônios em sentido estrito. **Pessoal:** relativo a prestações dos contratantes. **Social:** relativo a interesses da coletividade.

– Contrato de alienação de bens. Contrato de transmissão de uso e gozo. Contrato de prestação de serviços. Contrato de conteúdo especial.

#### e) Quanto ao tempo de execução

– **Contrato de execução imediata:** esgota-se num mesmo instante. Exemplo: compra e venda, troca. **Contrato de execução continuada:** as prestações deslocam-se no tempo e no espaço. Exemplo: contrato de distribuição, contrato de franchising.

#### f) Quanto à pessoa do contratante

– **Pessoais (*intuitu personae*):** a pessoa é considerada como elemento determinante da conclusão do contrato. São intransmissíveis e as obrigações personalíssimas não podem ser objeto de cessão. Podem ser anulados por erro essencial de pessoa. **Impessoais:** a pessoa do contratante é indiferente do ponto de vista jurídico.

#### g) Quanto ao gênero

Os contratos podem também ser celebrados por meio da utilização de tecnologia, inclusive na formação da vontade e na aceitação. Contratos eletrônicos possuem o mesmo grau de validade e de observância que os contratos realizados em outras plataformas. Não se pode deixar de observar ou cumprir um contrato pelo simples fato de o mesmo ter

sido gerado eletronicamente. No âmbito do gênero de contratos eletrônicos, há infinitas espécies, em que as mais comuns são as relacionadas à compra e venda de produtos ou de serviços.

#### 4.2. Contratos reciprocamente considerados

– **Principais:** existem por si só. São independentes. **Acessórios:** a existência jurídica supõe a existência do contrato principal. Segundo o art. 184 do Cód. Civ., a nulidade da obrigação principal acarreta a do acessório, porém a deste não implica a do principal. A prescrição da pretensão relativa ao principal induz a do acessório e a do acessório não induz a do principal.

#### 4.3. Rede Conexional de contratos

A classificação jurídica de uma rede de contratos é de relevo para auxiliar na sua interpretação e na colocação do direito aplicável aos fatos.

Uma rede de contratos instrumentaliza um negócio jurídico que na sua base é único, mas multifacetado na forma como se dimensionam as partes integrantes, direitos, obrigações, responsabilidades e objetivos. O princípio da autonomia da vontade, confiança e boa-fé gera a aparência única que deve ter este negócio jurídico e a possibilidade de que seja corretamente interpretado pelo direito.

A dificuldade interpretatória deste negócio jurídico reside justamente na existência de diversos contratos, que muito embora possam ser vistos de maneira estanque e individual, se justapõem uns aos outros em forma sintonizada e cadenciada de maneira sofisticada para a obtenção do fim único almejado pelas partes que pode redundar num empreendimento específico ou em qualquer outro tipo de negócio jurídico unitário.

A rede conexional de contratos comporta pelo menos dois tipos de classificação, uma em relação à forma de sua estruturação e outra com relação ao negócio jurídico em si (SIMÃO FILHO, 2006, p. 67).

Na classificação quanto à forma de estruturação da rede, propomos o seguinte:

i) **Estruturação da rede a partir do contrato matriz:** neste tipo de operação por primeiro idealiza-se todos os passos para se chegar ao negócio jurídico final de caráter único. Após, verificam-se os negócios jurídicos paralelos, assinalando-os e especificando-os um a um, conjuntamente com as partes que serão envolvidas em cada qual, seus respectivos direitos e obrigações inerentes. O substrato de todas essas relações é colocado em um contrato único inominado e atípico (contrato matriz ou contrato mãe) que apresentará as premissas negociais e explicações técnicas de terminologia utilizada no contrato; a síntese dos entendimentos e o objetivo final descrito de forma pormenorizada; a descrição clara dos direitos e deveres de cada parte, a sequência de contratos que comporá a rede, inclusive os de natureza tipicamente bancária com descritivos de seus elementos principais, a forma de obtenção de recursos ao empreendimento e seus responsáveis, a eventual disciplina da criação – gestão e investimentos necessários em uma sociedade de propósito específico (SPE) para explorar o objeto do contrato, a disciplina de distribuição de receitas e de participações acionárias se for o caso, a idealização de um contrato específico de joint venture se o negócio comportar, forma de rescisão, resolução ou resilição do contrato, penalizações, sistema de solução de controvérsias, leis e direitos aplicáveis. Os contratos descritos no contrato matriz podem ou não fazer referência ao fato de que a relação jurídica que disciplina é parte de uma rede de contrato liderada a partir do contrato matriz. Nesse caso, em havendo essa disciplina, torna-se fácil ao julgador ou ao intérprete entender que só conhecerá a real vontade das partes se investigar o todo contratado num conjunto estruturado de forma harmônica e contínua, representado pelo contrato matriz.

ii) **Estruturação multifacetada:** neste caso, não há claramente a elaboração do contrato matriz a refletir a homogeneidade do negócio. A idealização do negócio jurídico unitário é feita a partir de acordos verbais, trocas de documentações externas e correspondências digitais, tornando difícil a detecção da real intenção das partes e do que efetivamente pode ser visto como obrigacional. Num segundo momento, quando já maturo o negócio para a contratação definitiva, as partes estabelecem os grupos de contratos que comporão rede e imprimem aos mesmos uma autonomia e independência por razões de técnicas de gestão, empresariais ou econômicas. A realidade é que essa autonomia impressa pelas partes nos documentos contratuais deve ser vista com reservas, pois, uma vez caracterizada a rede de contratos para um fim unitário que leva a certos resultados pretendidos pelas partes, mesmo que não se tenha a figura do contrato matriz a disciplinar claramente

a relação, é certo que o direito brasileiro poderá ver o negócio jurídico multifacetado como negócio único e assim interpretar os contratos aparentemente autônomos, de forma coletiva de maneira a se prestigiar o seu objeto e real intenção das partes. O problema dessa questão se refere à qualidade do conjunto probatório. Se a operação foi idealizada de forma tal que não se consiga comprovar a unidade negocial, a parte interessada na manutenção da ideia de rede conexional de contratos poderá ser prejudicada quando da interpretação do negócio pelo Poder Judiciário.

A classificação com relação ao negócio jurídico específico de rede conexional de contratos apresenta-se da seguinte maneira:

i) **Classificação por contrato:** neste caso, cada contrato componente da rede será classificado dentro do sistema clássico observando-se sua consensualidade, unilateralidade ou bilateralidade, gratuidade ou onerosidade, comutatividade ou aleatoriedade, solenidade ou não solenidade, acessoriedade ou principal, instantaneidade ou trato sucessivo, *intuitu personae* ou impessoalidade, tipicidade ou atipicidade. Para que realmente se possa entender o negócio jurídico unitário a partir desse sistema classificatório, há que se adicionar à classificação o elemento de união de todos os contratos para se bem interpretar, pois, caso contrário, a interpretação unilateral do contrato classificado poderá gerar distorções sistêmicas com resultados que podem aberrar ao direito e aos princípios sinalagmáticos dos contratos como já mencionado anteriormente.

ii) **Classificação em face do negócio jurídico final:** nesta situação, a classificação se fará não tanto em razão dos contratos unitariamente entendidos, mas, sim, em razão dos objetivos e dos resultados que este agrupamento de contratos em rede deve gerar ou gerará no futuro. Assim é que, a depender dos objetivos pretendidos e do resultado gerado ou a gerar, o direito aplicável será de uma natureza específica. O interesse na classificação é ressaltar as qualidades de cada contrato conhecendo-se as peculiaridades e efeitos jurídicos. Classificando-se o contrato sabe-se como este se formou, obrigações geradas, vantagens e desvantagens das partes, prestações e contra prestações, requisitos de validade, posição das partes na relação jurídica estabelecida, regulação e condições do contrato. A proposta que se faz é observar na classificação do negócio jurídico consubstanciado em rede conexional de contratos principalmente a vontade macro das partes (teoria da base do negócio – Larenz); o resultado esperado e verificado (objeto macro) sintonizando-se estes fatos aos sistemas classificatórios



clássicos de contratos, após a consolidação interpretativa de todos os contratos que compõem a rede.

Um negócio jurídico formalizado através de rede de contratos pode também ser classificado no âmbito dos contratos colaborativos e dos contratos relacionais porque agregam pessoas jurídicas e/ou físicas para um fim comum de natureza colaboracional, que será o resultante do empreendimento buscado.

## 5. A interpretação dos contratos

Com o advento da sociedade da informação, que cria por si um ambiente multifacetado e fluídico em que os negócios passam a ser realizados em velocidade sem precedentes e em que se verificam cada vez mais novas possibilidades de negócios e de empreendimentos, advindos da própria natureza das infraestruturas informacionais, que possibilitam o tráfego das informações e mídias de diversas naturezas, como já mencionado, apresenta-se um desafio ao direito que é justamente composto da busca de um melhor sistema interpretativo destas relações conexas e complexas que vão se formando entre pessoas físicas e jurídicas e empresas privadas ou públicas, para que as mesmas se perenizem e multipliquem contribuindo para com o crescimento do país.

Já neste ponto, é importante observar as afirmações de Ricardo Lorenzetti acerca da crise dos conceitos advinda das construções contratuais formuladas a partir do sujeito e de seus atributos aliado à autonomia da vontade. Lorenzetti afirma que o negócio jurídico é a expressão da autonomia da vontade identificando-se com o exercício desta autonomia e não com o contrato. Negócio jurídico é gênero que tem como uma espécie o contrato que não mais pode ser visto como fenômeno economicamente neutro. Já assevera esse autor que a análise particularizada no contrato impede, muitas vezes, de perceber a globalidade do “negócio” celebrado (LORENZETTI, 1998, p. 541).

Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113) e os negócios jurídicos benéficos, bem como a renúncia, interpretam-se estritamente, assim como a transação e a fiança (art. 114 - art. 843 - art. 819).

A boa-fé para a interpretação de negócios jurídicos é a objetiva e deve estar presente tanto nas negociações preliminares como na formação, execução e extinção do contrato (art. 422).

Em contratos de adesão, com cláusulas ambíguas ou contraditórias, interpreta-se de forma mais favorável ao aderente (art. 423).

Nos contratos que envolvem a relação de consumo, as cláusulas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47-CDC).

Por outro lado, o sistema de interpretação de uma rede conexional de contratos é mais complexo. A rede de contratos pode ser vista como um conjunto de negócios jurídicos complexos interligados por um elemento único de condução e que resulta da vontade das partes na criação de um negócio único mesmo que instrumentalizado por contratos autônomos e independentes que tratam de questões específicas do negócio jurídico unitário.

O fenômeno da rede de contratos conexos é conhecido na doutrina estrangeira como “contratto collegato” para os italianos, contratos vinculados ou conexos para os espanhóis, “groupes de contrats” ou “chaîne de contrats” (cadeia de contratos) para os franceses.

Os negócios jurídicos gerados ou advindos da rede conexional de contratos, para sua validade plena, devem observar nos termos do art. 104 do Código Civil, a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou indeterminado e a forma prescrita ou não defesa em lei. Ou seja, observando-se a clássica classificação da existência, validade e eficácia, tem-se o negócio jurídico formado em rede apto a ser interpretado.

É importante na interpretação da rede de contratos que se investigue a causa não das obrigações assumidas pelas partes, mas, sim, como elemento justificador e identificador do contrato. A causa é vista aqui como o fim econômico e jurídico buscado pela união das partes e da função econômica a ser exercida para o implemento do negócio fim.

Deve-se buscar, além da causa do contrato, a causa da obrigação assumida unitária ou coletivamente pelas partes, o motivo (talvez consubstanciado no resultado pretendido) e o objeto do negócio, visto aqui como o resultado desta colaboração entre partes.

Para se bem interpretar o negócio jurídico, que se consubstancia ou se instrumentaliza a partir de uma rede de contratos, a regra do art. 112 do Código Civil deve-se prestar como elemento condutor ao estabelecer que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Ou seja, volta-se à base objetiva do negócio para se entender os seus reflexos e consequências no mundo jurídico.

O princípio da interpretação do negócio jurídico a partir da boa-fé e dos usos do lugar da celebração, como estabelecido no art. 113 do Código Civil, deve ser verificado nas redes de contrato, tendo a boa-fé como cláusula geral e o conceito de usos como um conceito de práticas gerais e aceitas do comércio nacional e internacional em que, inclusive, se deve incluir a necessária interpretação dada às cláusulas incoterms que possam estar presentes nos contratos.

Há que se levar em conta as restrições interpretativas para com os negócios jurídicos benéficos e renúncias que são interpretados restritivamente; subsistência das manifestações de vontade mesmo que o autor tenha feito reserva mental das mesmas e não queira o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento como preleciona o art. 110 do Código Civil e silencia como forma de manifestação da vontade quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem e não for necessária declaração de vontade expressa (art. 111).

Sobre a visão unitarista do negócio jurídico, o Supremo Tribunal Federal com sensibilidade julgou um caso que envolvia um contrato misto com obrigações de diversas naturezas que pode ser traduzido na rede de contratos ora estudada e assim dispôs:

O que caracteriza o contrato misto é a coexistência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos, enlaçados pelo caráter unitário da operação econômica cujo resultado eles asseguram. Ele se distingue da união de contratos, que se caracteriza pela coexistência, num mesmo instrumento, de tais obrigações simplesmente justapostas, sem o amálgama da unidade econômica aludida. [...]

[...] Na hipótese de união de contratos, pode ser anulado ou rescindido um deles, sem prejuízo dos outros; enquanto que, em se tratando de contrato misto, o grau de síntese alcançado torna inseparáveis as partes ou elementos do negócio. [...]

Outrossim, cumpre-nos advertir que as regras principais a serem observadas, em relação ao contrato misto, são estas:

- a) cada contrato se rege pelas normas de seu tipo;
- b) mas tais normas deixam de ser incidentes, quando se chocarem com o resultado que elas visam assegurar. (STF in RTJ v. 77/884)

A verificação de um negócio jurídico instrumentalizado por contratos conexos em rede deverá se dar através da regência do direito com base na classificação geral do contrato visto do ponto de vista unitário e em sintonia com as características que lhes são próprias no mundo jurídico. Todavia, essa autonomia cederá espaço a outro sistema interpretativo caso o resultado que se chegue comprometa o resultado pretendido através da rede contratual formada. Nesse ponto, interpreta-se o contrato nos moldes próprios até o limite do que possa ser razoável e, ao demais, aplicam-se outras técnicas interpretativas contratuais que possam dar realce à base do negócio, confiança, função social e boa-fé objetiva.

Não se deve ainda olvidar que em razão da característica colaboracional da rede de contrato, em que as partes objetivam a consecução de um propósito comum, aplicar-se-ão os critérios gerais interpretativos sempre se levando em conta os propósitos comuns que uniram as partes.

A interpretação de um contrato ou a integração contratual, como menciona Maria Helena Diniz (2006, p. 106), é eivada de dificuldades, pois além de se analisar o texto contratual, deverá ser examinada a intenção comum dos contratantes, guiando-se o intérprete por sentimentos jurídicos que o impedirão de cair em interpretações alheias à vida.

No caso da interpretação da rede de contratos, esta deve ser declaratória a início, pois terá como móvel a descoberta da intenção das partes no momento da realização do contrato e poderá se transmutar para uma interpretação construtiva para a boa inteligência do desenvolvimento da relação contratual até o momento presente, sempre com vistas para o seu resultado final prático ser alcançado.

## 5. Conclusão

Os desafios impostos pela evolução social e pela multiplicidade de negócios jurídicos, que se colocam num mundo cuja integração das redes computacionais de internet tem sido cada vez mais presente tanto na criação de redes sociais como no crescimento do comércio eletrônico e de propostas de compartilhamento com a geração de novos negócios decorrentes de tecnologias disruptivas, que possibilitam a criação de aplicativos específicos por meio dos quais também se realizam operações digitais, levam à constatação de que o contrato, como instituto jurídico, ainda sofrerá maiores aprimoramentos e se distanciará do mo-

delo idealizado no Código Beviláqua, não a partir de seu sistema classificatório, mas, sim, no que tange à sua formação e interpretação.

Os interesses envolvidos na contratualidade do futuro não poderão se afastar do conceito de que vivemos numa sociedade em rede, na qual as informações são transmitidas na velocidade do pensamento e a vigilância é constante.

O simples fato de se transmitir dados pessoais ou contratuais pela autoestrada da informação e a fragilidade da proteção dos dados sensíveis, com reflexos na privacidade e na intimidade, será elemento que precisará de um tratamento mais sofisticado do ponto de vista da preservação da confiança no comércio e nas operações eletrônicas.

O incremento de negócios decorrentes da utilização de processadores computacionais no modelo “big data”, que buscam dados estruturados e não estruturados e os monetizam de alguma maneira, também parece ser um desafio para a contratualidade a partir das regras clássicas voltadas para a permissão e aceitação.

Os novos modelos de negócios, que surgem da evolução da internet para uma internet das coisas que liga bens às pessoas, reduzindo custos de operação e gerando um consumo diferenciado e cativo, necessitarão de tratamento específico do ponto de vista da interpretação.

Os Contratos ainda serão a forma de gerar o crescimento social por meio do fomento dos negócios jurídicos, principalmente pelo meio digital. Todavia, há que se ter o necessário preparo social e jurídico para que o país possa ser visto como um bom cumpridor de contratos, criando as estruturas necessárias para garantir a preservação dos direitos contratados.

## Referências bibliográficas

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Rio, 1940. v. II. (Edição Histórica).

CASSETTARI, Cristiano. *Elementos de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Coord.). *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet: lei n. 12.965/204*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

FONTES, Marcos Rolim Fernandes (Org.). *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 57-80.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – direito civil e empresarial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes das obrigações- contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Sistema interpretativo da rede conexional de contrato em ambiente de sociedade da informação*. In: WAISBERG, Ivo; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



# Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro

**Marco Fábio Morsello<sup>1</sup>**

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O novo Código Civil e a perspectiva histórico-evolutiva da figura contratual. 3. A nova dicotomia contratual. Contratos existenciais e de lucro. 4. Os princípios contratuais contemporâneos e sua aplicabilidade aos contratos existenciais e de lucro. Críticas às perspectivas maximalistas dos contratos existenciais.

## 1. Introdução

A realidade contemporânea do denominado tráfego contratual, cujo dinamismo se afigura essencial no mundo globalizado, atrela-se, por outro lado, à sociedade pós-moralista, ínsita ao paradigma da pós-modernidade, permeada por justaposição e fragmentação de valores, turboconsumismo e insatisfação existencial, em que grassam o crepúsculo do dever e a ética indolor, na feliz acepção de Gilles Lipovetsky.<sup>2</sup>

Nesse contexto de pura dispersão de valores, em que a concreitude tem primazia, nomeadamente para o preenchimento de vazios axiológicos dos conceitos jurídicos indeterminados de outrora, as denominadas cláusulas gerais, que integram os negócios jurídicos contratuais do Código Civil pátrio, seguramente permitiram demonstrar, ao

---

<sup>1</sup> Professor Doutor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor da FGV/LAW, Instituto Internacional de Ciências Sociais e Escola Paulista da Magistratura. Visiting Professor da Università di Sassari (Itália).

<sup>2</sup> Cf. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*, tradução de Armando Braio Ara, São Paulo, Manole, 2009, p. 105-110. Vide, outrossim, do mesmo autor, análise detalhada acerca das problemáticas derivadas da sociedade de hiperconsumo, in: *A felicidade paradoxal – ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*, tradução de Maria Lucia Machado, São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 104-170. No mesmo diapasão, Zygmunt Bauman, *Mundo consumo: ética del individuo en la aldea global*, traducción de Albino Santos Mosquera, Buenos Aires, Paidós, 2010, p. 51-114. Por derradeiro, no que se refere aos efeitos da globalização, vide Anthony Giddens, *Runaway world: how globalisation is reshaping our lives*, 2. ed., London, Profile Books, 2002, p. 6-19.



longo de mais de uma década, o funcionamento eficaz da operabilidade, atrelada à efetiva função promocional da socialidade e eticidade, em consonância com um sistema que rejeita hermetismos pretéritos.<sup>3</sup>

Considerando, por outro lado, que as transformações sociais que repercutem no sistema jurídico impõem adaptabilidade constante, logra-se concluir, que, distintamente do que preconizou Francis Fukuyama<sup>4</sup>, não nos encontramos no fim da História.

Desse modo, levando em conta o primado da dignidade da pessoa humana, princípio fundante com função iluminante<sup>5</sup>, que se espalha por todo sistema jurídico, os contratos existenciais imporão ao hermeneuta em juízo de ponderação, maior densidade na aplicação dos denominados princípios sociais do contrato, quando cotejados com a autonomia privada.

Por outro lado, certamente não escapará ao observador arguto que, nos denominados contratos de lucro, fulcrados em componente interempresarial destituído de qualquer hipossuficiência, a autonomia privada terá maior peso e interesse quando sopesada com os demais princípios, nomeadamente sociais, que, embora não elididos, terão aplicação em menor grau, sob pena de obstaculizar o tráfego contratual, com efetivo *spreading* indevido para o corpo social.

Nessa senda, procederemos à análise da referida dicotomia, sob perspectiva evolutiva, seguida de definições propositivas e cotejo crítico categorial com os princípios contratuais contemporâneos.

## 2. O novo Código Civil e a perspectiva histórico-evolutiva da figura contratual

O esplendor do denominado sistema fechado retratado no *Code Civil* francês de 1804, revelou esgotamento após verdadeira “orgia

<sup>3</sup> Nesse sentido, acerca da importância da eticidade, operabilidade e socialidade, como valores estruturais do direito privado, em plena consonância com a Constituição Federal, vide Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 180-181. Por outro lado, muito embora incontestes a premissa de que o Direito não é um sistema autopoietico, revelando-se, destarte, como um subsistema atrelado ao sistema social, com interfaces evidentes, verdade é que alberga, outrossim, função normativa promocional, como bem elucidada Pietro Perlingieri, in: *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, 2. ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 65-66; *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, tradução de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 2.

<sup>4</sup> Cf. *The end of history and the last man*, New York, Avon Books, 1992.

<sup>5</sup> Nesse sentido: Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 111-114, dando conta de que a dignidade da pessoa humana é

legiferante”, como elucida Mauro Cappelletti<sup>6</sup>, propiciando mudança de paradigmas e nascedouro de novos princípios sociais mitigadores da autonomia privada, transformados em efetivas cláusulas gerais, passando a Constituição a desempenhar papel central, fomentando o advento da denominada interpretação da lei conforme a Constituição<sup>7</sup>, com sucessiva releitura das normas do Código Civil, na órbita do denominado Direito Civil Constitucional, cuja importância é inquestionável.<sup>8</sup>

De fato, previamente ao advento dos princípios sociais do contrato, o paradigma pretérito escudava-se em realidade totalmente diversa.

Com efeito, Enzo Roppo<sup>9</sup> elucida que, sob a égide dos princípios tradicionais da liberdade norteadora da autonomia privada, com vezes tendencialmente ilimitados para contratar ou não contratar e fixar o conteúdo do contrato, correspondia, por outro lado, o necessário contraponto fulcrado em responsabilidade ilimitada pelos compromissos assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei. Ou seja, dessume-se, a partir disso, que sob o sistema fechado, cada um era absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometesse, ficaria ligado de modo irrevogável à palavra dada (*pacta sunt servanda*).

Por óbvio, nesse sistema, não havia lugar para a questão da igualdade intrínseca ou da justiça substancial das operações econômicas realizadas. Vigia, pois, a liberdade contratual escudada na denominada igualdade formal das partes.

O termo liberdade contratual, tomado aqui em seu sentido amplo, coaduna-se com a existência de várias liberdades, destacando-se a liberdade de contratar ou deixar de contratar, a de eleger as pessoas com quem contratar, a de determinar o contrato a ser celebrado,

---

princípio absoluto; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, p. 19-21; Vezio Crisafulli e Livio Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p. 13-27; José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 102-113.

<sup>6</sup> Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente, *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, p. 774, 1982. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 7.

<sup>7</sup> Cf. preconiza Konrad Hesse, op. cit., p. 19-31.

<sup>8</sup> Nesse sentido, Pietro Perlingieri, *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, bem como in: *Perfis do direito civil...*, cit. No mesmo diapasão, vide: Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, cit.; Maria Celina Bodin de Moraes, *A caminho de um direito civil constitucional*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Civil, disponível em: [www.idcivil.com.br](http://www.idcivil.com.br), acesso em: 6 fev. 2012.

<sup>9</sup> *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Coimbra, Almedina, 1988, p. 34-35.

típico ou atípico, a de negociar o seu conteúdo, bem como a de adotar a forma verbal ou escrita.<sup>10</sup>

A intangibilidade, tão bem elucidada por Fouillée no brocardo, “*Qui dit contractuel, dit juste*”, coadunava-se com a vinculação das partes ao estipulado, ou seja, o contrato é “lei” entre as partes, invocando-se, para tanto, a velha máxima *pacta sunt servanda*.

No entanto, como ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo,

o Estado liberal assegurou os direitos do homem de primeira geração, especialmente a liberdade, a vida e a propriedade individual. O Estado social foi impulsionado pelos movimentos populares que postulam muito mais que a liberdade e igualdade formais, passando a assegurar os direitos do homem de segunda geração, ou seja, os direitos sociais. Todavia o maior golpe contra o modelo liberal de contrato foi desferido quando entrou (sic) em cena os direitos de terceira geração, de natureza transindividuais, protegendo-se interesses que ultrapassam os dos figurantes concretos da relação negocial, ditos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.<sup>11</sup>

Ademais, como é curial, a paulatina evolução para a denominada ordem pública de proteção e a rejeição aos denominados conceitos jurídicos indeterminados, ínsitos ao sistema aberto, permitem inferir, atualmente, a preponderância dos princípios da autonomia privada, boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico, com autodelimitações recíprocas, uma vez que os princípios tradicionais não são consentâneos com a denominada sociedade de consumo, com sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, com a denominada despersonalização do comércio jurídico e métodos de contratação em massa estribados em contratos de adesão (condições gerais dos contratos), desnaturando o caráter paritário pretérito.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Nesse sentido, Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 42.

<sup>11</sup> Contrato e mudança social, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 722, p. 42, dez. 1995.

<sup>12</sup> Nesse sentido: Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 52-54. Veja-se também Karl Larenz no que concerne aos novos paradigmas que promanam das condições gerais dos contratos, in: *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. ed., München, Ch. Beck Verlag, 1989, p. 551-583.

A autonomia privada coaduna-se com a liberdade de as pessoas autoregularem seus interesses por meio de negócios jurídicos, sendo, destarte, fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos. Observe-se, por outro lado, como ressalta Atiyah, o efetivo declínio do consensualismo e da liberdade de escolha, tendo em vista as operações de massa na seara contratual.<sup>13</sup>

Sob o referido paradigma, emergem três novos princípios sociais do contrato, que retiraram exclusividade à autonomia privada, ou seja, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico.

Sobreleva acrescentar, por oportuno, que na seara exclusiva dos denominados contratos existenciais, exsurge, outrossim, o princípio da proteção à parte mais fraca, em consonância com a ordem pública de proteção, alhures mencionada.

A análise de cada princípio, de per se, será efetuada em cotejo com a dicotomia categorial mencionada no item 4 deste trabalho.

Cumpre-nos, então, previamente, elucidar a dicotomia, com definições propositivas.

### 3. A nova dicotomia contratual. Contratos existenciais e de lucro

A complexa e dinâmica realidade contratual contemporânea tornou insuficientes algumas categorias contratuais, nomeadamente aquelas concernentes aos contratos de adesão e paritários, além dos contratos comuns, em contraposição àqueles de consumo.

Além disso, constata-se que determinados contratos, com espeque na qualidade de pessoa natural de um de seus integrantes, impõem atenção e proteção especial, o que não se justifica na seara dos

---

<sup>13</sup> *The rise and fall of freedom in contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979. p. 726-727. No mesmo sentido: Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 150-155, ressaltando que subsiste a autonomia privada, com a observação da evolução ocorrida, quanto ao seu conteúdo e aos seus limites; Jacques Ghestin, *Traité de droit civil: le contrat: formation*, 2. ed, Paris, Dalloz, 1988, p. 194-206; Guido Alpa, *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 327-330; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, v. I, p. 39-42, inclusive com apoio na denominada função iluminante desempenhada pela Lei Fundamental, p. 59-67, München, C.H. Beck Verlag, 1987; Cristiano de Sousa Zanetti, *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*, São Paulo, Método, 2008; Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 557-570.

negócios jurídicos contratuais celebrados entre pessoas jurídicas que visam o lucro, sem qualquer condão de hipossuficiência.

Por óbvio, mencionada realidade dicotômica que grassa em nossos tempos reclama detalhamento, o que já fora objeto de análise percutiente por parte do jurista Antonio Junqueira de Azevedo.

De fato, mencionado doutrinador observava de forma arguta que:

Digladiam-se, de um lado, os defensores da segurança jurídica, com os olhos voltados ao mundo empresarial, e, de outro, os defensores das pessoas físicas mal aquinhoadas economicamente, despreparadas para atuar num mercado sofisticado. A nosso ver, o direito brasileiro e, talvez, o direito universal, devesse no século XXI, fazer uma distinção essencial, admitindo expressamente uma nova dicotomia contratual. Essa dicotomia seria a de contratos empresariais (posteriormente denominados pelo mesmo autor, mais apropriadamente contratos de lucro) e contratos existenciais. Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial: neles, por exemplo, não caberia revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, – possível, porém, sob a idéia de função social, quando se trata de pessoa humana e contrato existencial. Uma entidade jurídica empresarial ineficiente pode – ou até mesmo deve – ser expulsa do mercado, ao contrário da pessoa humana que merece proteção por não ser descartável.<sup>14</sup>

Forte nessas premissas, não se pretende excluir outras classificações, mas possibilitar, em caráter operacional, como mencionava referido autor, “conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana. Os três níveis do contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados”.

Desse modo, considerando o princípio fundante da dignidade da pessoa humana, seu papel central em nosso ordenamento e função iluminante que se espalha por todo o sistema, infere-se que os contratos existenciais são aqueles celebrados entre pessoas não empresárias,

<sup>14</sup> Cf. *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 185-186.

ou, como ocorre frequentemente, em que somente uma parte é não empresária, naturalmente com a ressalva expressa de que não pretenda transferir, com escopo lucrativo, os efeitos do contrato para terceiros.

Nesse contexto, à evidência, estarão inseridas as relações de consumo, naturalmente não condizentes com posições maximalistas, conforme exporemos posteriormente.

No entanto, sob o arquétipo estrutural existencial, naturalmente consentâneo com a subsistência da pessoa humana, estarão contempladas, não só as relações de consumo, pois, como explicita Vincenzo Roppo, há um “nuovo paradigma contrattuale, con area d’incidenza e forza espansiva oltre il contratto del consumatore”.<sup>15</sup>

Por via de consequência, como observava Antonio Junqueira de Azevedo, no rol dos contratos existenciais estarão inseridos, outrossim, e.g., “o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de conta corrente bancária, locação residencial e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana”.<sup>16</sup>

Sob prisma distintivo subjetivo ou subjetivo/objetivo, com vezo nitidamente operacional, o contrato de lucro, por outro lado, segundo o mesmo autor, caracteriza-se pela celebração “entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda, o contrato entre um empresário e um não-empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro”.<sup>17</sup>

Sobreleva acrescentar, por oportuno, a não rara possibilidade de coligações contratuais entre as duas categorias mencionadas. *Quid juris?*

Nessas hipóteses, como anota Francisco Marino, “a presença do contrato existencial altera o centro de gravidade do conjunto, passando aquele a ocupar posição de predominância em relação aos demais, contratos-satélites. O escopo existencial, torna-se, assim, escopo do conjunto contratual”.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Cf. *Il contratto del duemila*, 3. ed., Torino, Giappichelli, 2011, p. 85-87.

<sup>16</sup> Cf. op. cit., p. 185-186.

<sup>17</sup> Cf. *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 186. Neste rol, e.g., adentram os contratos de agência, distribuição, fornecimento, transporte interempresarial e engineering, dentre outros.

<sup>18</sup> Cf. *Contratos coligados no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 210-211. Para exemplificar mencionada hipótese, o autor traz a lume importante aresto do Superior Tribunal de Justiça, que analisou coligação com escopo existencial na união formada por contrato de trabalho e cessão de direito de imagem, voz e nome, em que o escopo existencial do contrato do trabalho impregnou toda a relação, conforme ementa que ora transcrevemos: “Conflito de Competência. Clube esportivo. Jogador de futebol. Contrato de trabalho. Contrato de imagem. Celebrados contratos coligados, para prestação de serviço como atleta e para uso de imagem, o contrato principal é o de trabalho, portanto, a demanda surgida entre as partes deve ser resolvida na Justiça do Trabalho.” (Conflito de Competência n. 34.504-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 12.03.2003).

Efetuadas referidas considerações, cumpre analisar os efeitos de cada categoria em cotejo com os princípios contratuais contemporâneos, ou seja, a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico, adentrando, por fim, na seara dos contratos existenciais, do mesmo modo que no sistema de defesa do consumidor, o princípio da proteção à parte mais fraca.

#### **4. Os princípios contratuais contemporâneos e sua aplicabilidade aos contratos existenciais e de lucro. Críticas às perspectivas maximalistas dos contratos existenciais**

No rol dos denominados princípios contratuais contemporâneos, emergem os denominados princípios sociais adrede mencionados, o que, no entanto, a nosso ver, não implica em exclusão da autonomia privada, que também o integra.

De fato, a nova realidade contratual impõe releitura da autonomia privada, que se coaduna com a liberdade de as pessoas autorregularem seus interesses por meio de negócios jurídicos, sendo, destarte, fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos.

Deveras, haverá necessidade de cotejo com os princípios sociais, que poderão preponderar ou não, à luz da dicotomia categorial exposta.

Cumpre, pois, analisar sucintamente os princípios sociais, com posteriores apreciações críticas, nomeadamente, à luz da nova realidade contratual.

Nesse diapasão, pela experiência haurida em uma década de vigência do Código Civil, a boa-fé objetiva é proeminente, projetando o valor estrutural da eticidade a todas as relações jurídicas de direito privado, impingindo um dever de colaboração que as dulcifica.

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva, ora erigido em nosso sistema ao status de efetiva cláusula geral, é uma regra de conduta que consiste no dever de agir de acordo com os padrões (standards) socialmente reconhecidos de lisura e lealdade escudada em deveres de lealdade, confiança, probidade e transparência, dando azo, outrossim, ao nascedouro dos deveres anexos ou laterais de ampla informação e

esclarecimentos, com aplicação não só na fase de execução do contrato, como também naquela pré e pós-contratual.<sup>19</sup>

Cláudia Lima Marques assevera, ademais, com percuciência que,

boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.<sup>20</sup>

No mesmo sentido observa Larenz, analisando a cláusula geral prevista no § 242 do BGB (diploma legal fulcrado no princípio do personalismo ético), e a confiança gerada entre as partes, no âmbito da boa-fé objetiva.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Nesse sentido, com ampla análise da boa-fé no Direito Civil, abarcando a boa-fé como regra de conduta, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 632-661. No mesmo sentido: Guido Alpa, *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 296-304, (Col. Trattato di diritto privato, a cura di Paolo Zatti e Giovanni Ludica); Jacques Ghestin, *Traité de droit civil: les obligations; le contrat; formation*, 2. ed., Paris, LGDJ, 1988, p. 200-205, destacando o dever de lealdade insito ao referido princípio; Atilio Anibal Alterini, *Contratos civiles, comerciales, de consumo – teoría general*, 2. ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009; Laerte Marrone de Castro Sampaio, *A boa-fé objetiva na relação contratual*, São Paulo, Manole, 2004. p. 25-32, (coordenadores da série: Renan Lotufo e Cláudio Luiz Bueno de Godoy – Cadernos de Direito Privado - Série da Escola Paulista da Magistratura – v. 1); Antonio Junqueira de Azevedo, *A boa-fé na formação dos contratos*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 79, set./dez. 1992; Marco Fábio Morsello, *Da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais no direito brasileiro*, in: Antonio Jorge Pereira Júnior e Gilberto Haddad Jabur, *Direito dos Contratos*, v. II, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 295-310; Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, Rio de Janeiro, Aide, 2004, p. 241-256.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 181-182. No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, op.cit., p. 381, observando que, “a boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte de direito, regra jurígena criadora de direitos e obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar”.

<sup>21</sup> *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 33-35; id. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, tradução de Luís Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1985, p. 90-98. Acerca da teoria da confiança no Direito Privado e correlatas repercussões no âmbito da responsabilidade civil, vide, outrossim: Manuel de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 62-64; Valérie-Laure Bénabou e Muriel Chagny, *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008.



Em nosso ordenamento jurídico, sem prejuízo de sua previsão expressa no sistema de defesa do consumidor, nos termos do art. 4º, III, da Lei n. 8.078/90, verdade é que, com o advento do novo Código Civil, ex vi do que dispõe o art. 422, a boa-fé objetiva deixou de ser princípio geral de direito, visto que incluída expressamente no texto do direito positivo brasileiro, caracterizando-se como cláusula geral. E, como preconizam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, também

se consubstancia em fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurígena assim como a lei e outras fontes. É fonte jurígena porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção segundo os usos e costumes. Com isso, a norma do CC 422 classifica-se, também, como regra de conduta, seguindo, nesse passo, o direito italiano. (CC ital. 1175 e 1337).<sup>22</sup>

Sua relevância coaduna-se, ademais, com as funções desempenhadas no campo obrigacional, ou seja: a) fornece critérios para a interpretação e a integração contratual; b) cria deveres jurídicos independentemente da vontade das partes; c) limita o exercício de direitos subjetivos.<sup>23</sup>

Desse modo, exerce funções nas searas interpretativa, supletiva e corretiva.<sup>24</sup>

A primeira função, como é cediço, revela-se na interpretação do próprio contrato. A segunda explicita direitos e deveres anexos, acessórios ou laterais das partes, elencados, com percuciência, pela doutrina germânica (*Nebepflichten*).<sup>25</sup> De fato, sendo o contrato fonte imanente de conflitos de interesse, deveria ser guiado e, mais ainda, guiar a atuação dos contraentes, conforme o princípio da boa-fé nas relações, sob pena de sanção, na hipótese de descumprimento. Emergem, e.g.,

<sup>22</sup> Cf. op. cit., p. 381.

<sup>23</sup> Cf. anota Laerte Marrone de Castro Sampaio, op. cit., p. 49.

<sup>24</sup> Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo, Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 14, maio 2000. Referido autor, outrossim, utiliza as terminologias *adjuvandi* (interpretação), *supplendi* (acrescentar o que não está incluído no contrato) e *corrighendi* (corrigir o que não é justo).

<sup>25</sup> Nesse sentido, Esser e Schmidt, *Schuldrecht. Band I, Allgemeiner Teil*, 5. ed., München, C. F. Müller, 1975, p. 39-42, dando conta do alcance dos referidos deveres, inclusive nas fases pré e pós-contratual (*Vor und nachvertragliche Pflichten*).

os deveres de ampla informação, esclarecimentos, advertência, sigilo, cuidado, colaboração, proteção, possibilitando, ademais, a nosso ver, dentro da função supletiva, a supressão de lacunas.<sup>26</sup>

A terceira propicia a denominada proteção à parte mais fraca, por meio do controle judicial de cláusulas abusivas, marcando, pois, os limites dos direitos que o credor tem a faculdade de exercer contra o devedor, permitindo, portanto, dulcificar diversas categorias de exercício abusivo de direitos. Surgem, na referida seara, *e.g.*, os contratos existenciais no âmbito da mudança de paradigma do Direito Privado.<sup>27</sup>

A jurisprudência pátria, outrossim, reconhece a importância das funções desempenhadas pela boa-fé objetiva, cristalizando o seguinte entendimento: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.” (cf. Jornada I de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça, Conclusão n. 26).

Hodiernamente, distintamente da preocupação de outrora, que se atrelava à aplicação da teoria do abuso de direito e consequentes limitações, já que ínsitas à fase de execução do contrato propriamente dita, a cláusula geral de boa-fé permite efetiva tutela, outrossim, dos candidatos a contratantes na denominada fase pré-contratual.

De fato, o implemento dos deveres de ampla informação, esclarecimentos, *e.g.*, poderão caracterizar o motivo determinante da contratação, cabendo, então, na hipótese de seu não implemento ou implemento defeituoso, o cotejo com *standards* jurídicos de conduta.

A jurisprudência pátria, aliás, não discrepa do mencionado entendimento, preconizando que: “O CC 422 não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.”

<sup>26</sup> Nesse sentido: Cláudia Lima Marques, *op. cit.*, p. 180; Antônio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 604-616; Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Marcial Pons, 2016, p. 219-228; Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, v. II, p. 19; Laerte Marrone de Castro Sampaio, *op. cit.*, p. 64-72; Marco Fábio Morsello, *cit.*, p. 295-308.

<sup>27</sup> Nesse sentido, Alberto do Amaral Jr., *Proteção ao consumidor no contrato de compra e venda*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 62-69 e 93-101. No mesmo diapasão, no que concerne à função de controle do conteúdo (*Inhaltskontrolle* das condições gerais do contrato, máxime com o advento do AGBG, atualmente revogado, já que suas normas foram incorporadas na reforma do BGB, ocorrida em 2001, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2002), Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, *cit.*, p. 560-569.

(Jornada I STJ 25); “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.” (Jornada III, STJ 170).<sup>28</sup>

Tecidas referidas observações, dessume-se que os candidatos a contratantes durante as negociações preliminares que visam a uma futura contratação devem portar-se como pessoas honestas e probas, sendo insuficiente a obediência ao dever genérico de não causar injustamente dano a outrem (*alterum non laedere*).<sup>29</sup>

Assim, há especial destaque para os deveres laterais (*Nebenpflichten*) adrede mencionados, com a particularidade de que, na fase pré-contratual, perdem o caráter acessório ínsito à fase de execução do contrato, uma vez que inexistem deveres primários de prestação.

Assumem, destarte, relevância, os deveres de proteção, esclarecimento e lealdade.

De fato, faz-se mister evitar lesões ao patrimônio e à integridade física das partes, impondo-se, ainda, o fornecimento de esclarecimentos acerca das circunstâncias relevantes ao futuro contrato.

Com efeito, principalmente nas denominadas relações jurídicas existenciais, o dever de informar por vezes queda incompleto, sendo necessário o implemento esclarecedor, mormente diante de hipossuficiente técnico presumido, já que poderá influir no motivo determinante da contratação, realidade não aplicável com a mesma densidade nos denominados contratos de lucro.

Do mesmo modo, os deveres de lealdade obrigam as partes a operacionalizar tratativas quando revelarem efetivo interesse na celebração do negócio e possuírem condições legais e econômicas de firmar o futuro contrato, não se tolerando ruptura abrupta ou abandono injustificado das negociações preliminares, e tampouco a utilização indevida das informações obtidas na mencionada fase para outros escopos,

<sup>28</sup> No mesmo sentido, Enéas Costa Garcia, *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2003, p. 278. Outrossim, cumpre trazer à baila aresto jurisprudencial, justamente correlacionado com a fase pré-contratual, dispondo que: “Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e, então, manifesta a intenção de adquirir o produto, mas, depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação no mercado. Provimento em parte ao apelo para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere.” (RJTJRGs 154/378, apud Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, op. cit., p. 386).

<sup>29</sup> Nesse sentido, Laerte Marrone de Castro Sampaio, op. cit., p. 65.

obtendo proveito ilícito, já que a vulneração do dever de sigilo constitui infração ao dever geral mais amplo de lealdade que o compreende.<sup>30</sup>

Anote-se, por outro lado, que, muito embora útil a classificação ora exposta, verdade é que a enumeração dos deveres laterais é meramente exemplificativa, máxime tendo em vista seu caráter proteiforme, já que seu conteúdo poderá variar de acordo com o caso em concreto, em cotejo com a dicotomia contratual indicada.

Passemos, pois, à análise dos demais princípios sociais do contrato.

Como é cediço, a função social do contrato integra, outrossim, a tríade dos princípios sociais do contrato, sendo de extrema relevância, na medida em que o poder negocial é funcionalizado, ou seja, submetido a interesses coletivos ou sociais, que transcendem meros escopos individuais com visão atomística, de modo a permear na seara do tráfico contratual, trocas justas e legítimas.

Com efeito, a própria Constituição Federal em seu art. 1º, IV, impinge com eficácia plena, efetivo valor social à livre iniciativa, o que resta corroborado como valor geral para a ordem econômica, nos termos do art. 170, *caput*, do mesmo diploma legal.

Destarte, com fundamento na força normativa da Constituição, com função iluminante que se espalha por todo o sistema, depreende-se que os negócios jurídicos contratuais deverão ser integrados numa ordem social harmônica, visando elidir prejuízos à coletividade.

Nessa senda, o Código Civil de 2002 contemplou mencionado princípio, ora erigido à efetiva cláusula geral, como se infere dos ditames inculpidos em seu art. 421. Não se olvide, ademais, da natureza de norma de ordem pública, com fundamento no art. 2035, parágrafo único do mesmo diploma legal.

Mencionada explicitação legal como limite à autonomia privada, terá aplicação relevante no momento concernente ao desenvolvimento desta, já que, naquele inicial da formação do negócio jurídico contratual emerge amplo arquétipo legal escudado na teoria das nulidades.<sup>31</sup>

Como corolário das considerações efetuadas, observa-se que mencionado princípio, no que se refere ao núcleo externo, denota efetiva eficácia social cujos efeitos não poderão ser desconsiderados por terceiros, com mudança de perspectiva, como preconiza a dou-

<sup>30</sup> Nesse sentido, Cristiano de Sousa Zanetti, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, p. 164-170.

<sup>31</sup> Nesse sentido, Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 51.

trina francesa da chamada *relativité* (relatividade dos efeitos) para a *opposabilité* (oponibilidade dos efeitos).<sup>32</sup>

Sobreleva acrescentar, por oportuno, que, a despeito do núcleo externo mencionado, destacam-se funções de relevância fundamental, ou seja, a proteção à dignidade da pessoa humana, interesses metaindividuais, a ineficácia superveniente do contrato (frustração do fim do contrato), na medida em que não se tutelam negócios jurídicos cujos fins se tornaram inúteis, e, finalmente, o controle de cláusulas abusivas, entrelaçando-se, neste último aspecto, com a função corretiva insita ao princípio da boa-fé objetiva.

Por óbvio, na seara da dicotomia contratual adrede exposta, a questão das cláusulas abusivas será interpretada com muito mais rigor na esfera dos contratos existenciais, ao passo que naqueles de lucro, em sede de autorregulamentação de interesses, a autonomia privada terá maior ênfase.

No entanto tal entendimento, em nenhum momento, equivale a preconizar no âmbito de um capitalismo selvagem, felizmente superado, pelo *survival of the fittest*, mas atentar para dicotomia contemporânea, em que na seara interempresarial, com escopo de lucro, a aplicação dos princípios sociais, embora não elidida, poderá ser mitigada, quando cotejada com os negócios jurídicos existenciais.

No que se refere ao relevante princípio do equilíbrio econômico do contrato, que compõe a tríade dos princípios sociais, naturalmente, se coaduna com a perspectiva básica do sinalagma, instrumentalizando-se por meio de duas figuras, quais sejam, a lesão e a revisão ou resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente.

Nesse contexto, à evidência, dessume-se que tem por escopo limitar a rigidez do princípio da força obrigatória do contrato, o que, a nosso ver, imporá perspectiva interpretativa diversa, em se tratando de negócio jurídico existencial ou de lucro, como analisaremos a seguir, em sede de apreciações críticas.

Forte nessas premissas, justamente emerge na esfera exclusiva dos denominados contratos existenciais o princípio da proteção à parte mais fraca, em consonância com a ordem pública de proteção, alhures mencionada.

<sup>32</sup> Nesse sentido: José Duclos, *L'opposabilité: essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984, p. 32-276; Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 137-143; Luciano de Camargo Penteado, *Efeitos contratuais perante terceiros*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 260-270.

Tecidas referidas considerações principiológicas, cumpre asseverar que nos preocupa sobremaneira, à luz da experiência haurida com interpretação do sistema de defesa do consumidor, a inserção de posições maximalistas aptas a tutelar partes que dispõem de ampla liberdade de autorregulamentação de interesses no âmbito da autonomia privada, com escopo lucrativo, sem denotar qualquer vulnerabilidade ou hipossuficiência.

Desse modo, no bojo dos denominados contratos de lucro, geralmente escudados em relação jurídica interempresarial, procedendo-se à ponderação dos princípios vigentes, haveria maior liberdade contratual, de modo que, e.g., o princípio da boa-fé objetiva, ora erigido ao status de efetiva cláusula geral, imporia o implemento das funções interpretativa, supletiva e corretiva, em menor grau, quando cotejado com os contratos existenciais.<sup>33</sup>

Deveras, nos contratos existenciais, à luz da necessidade de proteção à parte mais fraca, os princípios sociais do contrato ensejarão aplicação preponderante diante da autonomia privada, com espeque na existência de relações jurídicas que dizem respeito à subsistência humana, de modo a abranger, e.g., todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial e compra da casa própria.<sup>34</sup>

Na seara da boa-fé objetiva, alhures referida, é curial que os deveres anexos ou laterais (*Nebenpflichten*) imporão maior eficácia protetiva, inclusive na fase pré-contratual, designadamente, no que concerne aos amplos deveres de informar, esclarecer, proteger e assistir, uma vez que seu não implemento adequado poderá influir no motivo determinante da contratação, tendo em vista a existência de hipossuficiente em um dos centros de interesse.

Por outro lado, os contratos de lucro apresentam peculiaridades de tratamento, nomeadamente na seara da função interpretativa, com destaque para os usos comerciais que norteiam o tráfego contratual<sup>35</sup>,

<sup>33</sup> Nesse sentido, inclusive, como observam Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Marino, *Contratos*, Orlando Gomes, 26. ed, p. 100-101, “os contratos empresariais são celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com fim de lucro.” Referidos contratos, assim, diante da dicotomia operacional com aqueles existenciais, como já mencionado, apresentam importantes peculiaridades de tratamento, v.g., no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos empresariais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual) e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

<sup>34</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 100.

<sup>35</sup> Nesse sentido, a doutrina alemã observa a importância do *Verkehrssitte*, atrelado à função interpretativa da boa-fé objetiva, nos termos dos § 157 e 242 do Código Civil alemão (BGB-*Bürgerliches*

em que, muito embora subsista o dever de colaboração, há também o dever de se informar.<sup>36</sup>

O mesmo se diga, no que concerne ao princípio do equilíbrio econômico, na medida em que, *e.g.*, a lesão contratual não se amolda, via de regra, na relação interempresarial, porquanto os comerciantes estão despidos da aludida inexperiência, assumindo riscos ínsitos ao seu mister, álea mitigadora, outrossim, da aplicação indiscriminada da figura da onerosidade excessiva em caráter superveniente à formação do vínculo contratual.

Por outro lado, mencionado princípio comportará ampla aplicação nos denominados contratos existenciais, com espeque na lesão objetiva inculpada em nosso sistema civil pátrio, bem como no sistema de defesa do consumidor, impondo-se análise de efetivação do equilíbrio econômico, desde o início da formação do vínculo negocial, espraiando-se para a fase de execução, com aplicação da onerosidade excessiva.

Por derradeiro, na seara do princípio da função social do contrato, muito embora reconhecida a denominada eficácia social *ultra partes*, bem como núcleo interno regulador do negócio jurídico contratual, com quatro funções reconhecidas, ou seja, a proteção à dignidade da pessoa humana, a tutela de interesses coletivos e transindividuais, a inserção na frustração do fim do contrato e o controle de cláusulas abusivas, sua aplicação, em ponderação com a autonomia privada e solidarismo social evidencia que a interferência no bojo dos contratos de lucro não terá o condão extensivo aplicável nas searas existenciais.

Por outro lado, nestas últimas, além da preponderância dos princípios sociais contratuais adrede expostos, com incidência em maior grau, já que prevalecerá referida perspectiva protetiva, cumprirá proceder à denominada interpretação da lei conforme a Constituição, sem prejuízo de levar em conta a força normativa desta e sua consequente função iluminante, tendo como princípio fundante a dignidade da pessoa humana, conforme elucidamos anteriormente.<sup>37</sup>

No entanto, como é curial, nas relações interempresariais a adoção do mesmo standard de proteção, seguramente, teria o condão de obstaculizar a célere circulação de bens e serviços e a riqueza proveniente

---

*Gesetzbuch*). Para tanto, vide Hans Brox e Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeiner Schuldrecht*, 30. ed., München, C.H. Beck Verlag, 2004, p. 11. No mesmo diapasão, Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial – introducción – teoría del contrato*. 6. ed., Pamplona, Civitas, 2007.

<sup>36</sup> Como elucida Antonio Junqueira de Azevedo, in: *Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 186-190.

<sup>37</sup> Nesse sentido, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1988, p. 29-32.

da livre iniciativa, de modo que impõe-se demonstração de maior peso ao princípio da autonomia privada, quando cotejado com os novos princípios sociais, sendo relevante a análise econômica e sua repercussão negativa em eventual *spreading* do risco negocial ao corpo social.

No entanto, caso prevaleça interpretação pretoriana maximalista que, por vezes, temos presenciado na seara das relações de consumo, seguramente, teremos não só o *spreading* social com vezos negativos, como também a diminuição do *standard* de proteção ao arquétipo jurídico negocial condizente com a subsistência da pessoa humana, cômicos de que a generalização da tutela perderia sua especificidade natural.<sup>38</sup>

### Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993. (Col. Trattato di diritto privato, a cura di Paolo Zatti e Giovanni Iudica).

\_\_\_\_\_. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 1999.

\_\_\_\_\_. et al. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè, 1982.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos civiles, comerciales, de consumo – teoría general*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

ATYAH, P. S. *The rise and fall of freedom in contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A boa-fé na formação dos contratos*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 3, p. 78-87, set./dez. 1992.

\_\_\_\_\_. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 775, p. 14 e ss., maio 2000.

<sup>38</sup> Nesse sentido: Jean Calais Auloy e Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 4. ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 4; Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, Story Scientia, 1988, p. 50-51; Guido Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma, Laterza, 4. ed., 1999, p. 6; Guido Alpa, Francesco Pulitini, Stefano Rodotà e Franco Romani, *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 1-20; Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 488-489.



AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Mundo consumo: ética del individuo en la aldea global*. Traducción de Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2010.

BÉNABOU, Valérie-Laure; CHAGNY, Muriel (Coord). *La confiance en droit privé des contrats*. Paris: Dalloz, 2008.

BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation: au regard des développements du droit belge et de la communauté économique européenne*. Bruxelles: Story-Scientia, 1988.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck Verlag, 2004.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 784 e ss, 1982.

CHAGNY, Muriel; BÉNABOU, Valérie-Laure. (Coord.). *La confiance en droit privé des contrats*. Paris: Dalloz, 2008.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial – introducción – teoría del contrato*. 6. ed. Pamplona: Civitas, 2007.

DUCLOS, José. *L'opposabilité: essai d'une théorie générale*. Paris: L. G.D.J, 1984.

ESSER, Josef; SCHMIDT, Eike. Schuldrecht. Band I, *Allgemeiner Teil*. 5. ed. München: C. F. Müller, 1975.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007.

FRADA, Manuel A. Carneiro Da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. New York: Avon Books, 1992.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations; le contrat; formation*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1988.

GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalisation is reshaping our lives*. London: Profile Books, 2002.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenador: Edvaldo Brito. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1988.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. 7. ed. München: Ch. Beck Verlag, 1989.

\_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil*. 14. ed. München: Ch. Beck Verlag, 1987.

\_\_\_\_\_. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción de Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista*. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos princípios democráticos. Tradução de Armando Braio Ara. São Paulo: Manole, 2009.

\_\_\_\_\_. *Afelicidade paradoxal*. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 722, p. 40-45, dez. 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Civil. Disponível em: <[www.idcivil.com.br](http://www.idcivil.com.br)>. Acesso em: 6 fev. 2012.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORSELLO, Marco Fábio. Da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais no direito brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. II, p. 295-310.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2011.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004. (Coordenadores. da série: Renan Lotufo e Cláudio Luiz Bueno de Godoy – Cadernos de Direito Privado - Série da Escola Paulista da Magistratura – v. 1).

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHMIDT, Eike; ESSER, Josef. *Schuldrecht*. 5. ed. München: C. F. Müller, 1975. Band I, Allgemeiner Teil.

STEINMETZ, Frank; CALAIS-AULLOY, Jean. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. ; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

WALKER, Wolf-Dietrich; BROX, Hans. *Allgemeines Schuldrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck Verlag, 2004.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

# Inovação sistemática e acuidade histórica: a hesitação dogmática de um espírito intransigente – notas sobre a distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação (a partir de uma confrontação entre os artigos 2853 e 2857 do Esboço de Código Civil)

*Estevan Lo Ré Pousada*  
Advogado

**Sumário:** 1. Apresentação. 2. A personalidade do romanista Augusto Teixeira de Freitas na polêmica mantida com Caetano Alberto Soares no Instituto dos Advogados do Brasil – um exemplo de intransigência científica. 3. A personalidade do consolidador Augusto Teixeira de Freitas na articulação entre a *Introdução* e o texto da *Consolidação das Leis Civis* – um exemplo de harmonização científica. 4. A personalidade do codificador Augusto Teixeira de Freitas na *Carta de 20 de setembro de 1867* ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada – um exemplo de abnegação científica. 5. A personalidade do estudioso Augusto Teixeira de Freitas na hesitação quanto à distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação – um exemplo de escrúpulo científico constante do *Esboço* de Código Civil. 6. Conclusões. 7. Referências.

## 1. Apresentação

Dissertar sobre Augusto Teixeira de Freitas – ou sobre qualquer uma das facetas de sua vasta obra – é tarefa a um só tempo das mais fáceis e das mais difíceis de se cumprir: é tarefa fácil porque a paixão que o autor revela pela contemplação científica do Direito acaba contagiando todo aquele que se debruça sobre sua respectiva obra; contudo, acaba sendo tarefa das mais difíceis, pois a genérica circunscrição de um tema em especial não é suficiente para manter o objeto

analisado sob o desejado controle. Como teremos a oportunidade de observar logo adiante, a personalidade de Augusto Teixeira de Freitas confere à sua obra uma singularidade que permite sua tranquila identificação por um leitor mais cuidadoso: em suas linhas conseguem-se depreender, simultaneamente, diversas facetas aparentemente inconciliáveis do espírito científico – intransigência, harmonização, abnegação e escrúpulo –, em uma mistura que por vezes acabou por redundar em autêntica hesitação por parte do jurista ora estudado.

Com efeito, é sobre tal personagem que gostaríamos de discorrer durante as próximas páginas: um estudioso que – adotando uma postura pretensamente científica ao longo dos diversos momentos de sua existência – acabou por nos legar um dos mais preciosos monumentos legislativos dos últimos séculos: um projeto de Código Civil ao qual ele próprio conferiu a singela designação de *Esboço* – e em cujo bojo se dedicam ao tipo contratual do mandato quase duas centenas de disposições (compreendidas entre os artigos 2853 e 3042).

Decerto que não teremos a oportunidade de analisar toda a disciplina projetada para o contrato de mandato segundo o *Esboço* de Código Civil; contudo, a abordagem de uma série de elementos pontuais – o panorama imediatamente anterior, as inovações efetivamente implementadas (graças a algumas intervenções creditadas especificamente à referida fonte), os avanços que se poderia ter feito (caso as iniciativas constantes do “*Esboço*” tivessem sido adotadas) e a própria hesitação de Augusto Teixeira de Freitas (quanto à distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação) – parece-nos digna de uma reflexão própria, pois acaba por evidenciar o espírito inquieto de seu autor: uma inquietação que se deixa entrever, inclusive, no aparente conflito entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço* de Código Civil<sup>1</sup>.

Passemos à breve análise, pois, de três passagens emblemáticas, evidenciadoras da “intransigência” científica do romanista Augusto Teixeira de Freitas; da “harmonização” científica promovida pelo autor da *Consolidação das Leis Civis*; e da “abnegação” científica do teórico responsável pela *Carta de 20 de setembro de 1867* (em decorrência da qual o *Esboço* não veio a se tornar o nosso primeiro Código Civil). Tais

<sup>1</sup> Como teremos a oportunidade de destacar logo adiante, nossa preocupação, neste estudo, se circunscreve à abordagem do conflito aparente de normas estabelecido entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço* de Código Civil. Pelos demais aspectos apontados no corpo do texto, cf. o capítulo X (intitulado “Historiografia Exclusivamente Brasileira: os Contornos Eficaciais do Contrato de Mandato Anterior ao Código Civil de 2002”) de nosso estudo anterior *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro*, 2010, p. 296-402, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010,

episódios servirão, pois, para valorizar ainda mais a aparente “hesitação” derivada de uma comparação entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço de Código Civil*<sup>2</sup>.

## 2. A personalidade do romanista Augusto Teixeira de Freitas na polêmica mantida com Caetano Alberto Soares no Instituto dos Advogados do Brasil (1857) – um exemplo de intransigência científica

Uma abordagem demasiado simplificadora do episódio em que se desentenderam Augusto Teixeira de Freitas (então Presidente do *Instituto dos Advogados Brasileiros*) e seu antecessor Caetano Alberto Soares poderia conduzir o leitor à indevida impressão de que o autor estudado era contrário à abolição da escravatura entre nós; contratado, contudo, em 1855 para a confecção da *Consolidação das Leis Civis*, em sua *Introdução* já se revelava um confesso (e convicto) partidário da causa abolicionista<sup>3</sup>.

De maneira que, contrariamente às suas convicções pessoais a respeito do destino que deveria ser conferido à referida instituição no cenário de então, em polêmica travada com Caetano Alberto Soares na própria época em que redigia a *Consolidação*, Augusto Teixeira de Freitas declarou, contudo, que o filho de escrava manumissa em testamento (com cláusula de servir a herdeiro ou legatário enquanto este vivesse) haveria de ser considerado escravo. Sua conclusão se estribava na interpretação que efetudara de fragmentos do Direito Romano aplicáveis à hipótese analisada<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Note-se que a alusão a tais eventos já havia sido feita por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao ensejo do *Prefácio* à recente edição (obra fac-similar) da *Consolidação das Leis Civis* levada a cabo pelo Senado Federal. A respeito, cf. A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, 3. ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876, p. XIII-XXIV.

<sup>3</sup> A posição dogmática do autor a respeito da escravidão é inteiramente contrária à sua convicção pessoal sobre a referida instituição. Com efeito, em trecho memorável da *Introdução* à *Consolidação das Leis Civis* este destaca não constar da referida obra qualquer disposição relacionada àquela – “correlativo odioso” do estado de liberdade (e que deveria ser objeto de um autêntico “Código Negro”). A este respeito, *in verbis*: “[c]umpre advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos também uma exceção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso *Código Negro*” (FREITAS, A. Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. p. XXXVII.).

<sup>4</sup> A respeito da fundamentação da posição de Augusto Teixeira de Freitas a respeito do problema apresentado no *Instituto dos Advogados Brasileiros*, cf. S. A. de B. Meira, *Teixeira de Freitas* – o

Ora, mais do que uma conclusão a respeito do acerto ou do erro de Augusto Teixeira de Freitas quanto à interpretação realizada, importam-nos sobremaneira dois aspectos outros: em primeiro lugar, como sua análise do próprio Direito Romano ainda se mostrava bastante comprometida com posicionamentos que poderiam ser considerados questionáveis (para não dizer propriamente ultrapassados), em virtude da acentuada autoridade ainda conferida ao manancial justinianeus por grande parte dos juristas de então – não obstante a admissão sistemática do *usus modernus pandectarum* pela Lei de 18 de agosto de 1769 e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*<sup>5</sup>.

---

jurisconsulto do Império (vida e obra), 2. ed., Brasília, DF, Cegraf, 1983, p. 79-87. Note-se que o próprio biógrafo se inclina, aliás, pela posição de Caetano Alberto Soares, uma vez que mais compatível com os avanços experimentados pelo Direito Romano mais evoluído – sendo que a tese de Augusto Teixeira de Freitas se estribava em passagens mais antigas (atribuídas a Ulpiano).

Ainda quanto à posição de Augusto Teixeira de Freitas a respeito da escravidão, cf. A. Surgik, O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil, in: SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 427-447.

<sup>5</sup> Sobre a importância da Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) como mecanismo responsável por desautorizar o Direito Romano (justinianeus), já tivemos oportunidade de nos manifestar anteriormente: “[p]or meio da Lei de 18 de agosto de 1769 (*Lei da Boa Razão*) é promovida uma reestruturação do sistema das fontes do direito positivo português: o conceito de *boa razão* é tomado como *fundamento* para a aplicação do direito romano diante da omissão da legislação pátria; no que concerne às matérias econômicas, comerciais, mercantis e marítimas, os princípios adotados pelas nações iluminadas adquirem precedência sobre o direito justinianeus; quanto à interpretação da legislação reinícola o brocardo *odiosa limitanda, favorabilia amplianda* é expressamente repudiado pelo legislador; a jurisprudência da Casa de Suplicação de Lisboa tem sua autoridade fortalecida em virtude da carga normativa atribuída (unicamente) aos seus assentos; a jurisdição espiritual é apartada de sua correlata temporal; a Glosa de Acúrsio e os *Comentários* de Bártolo são proscritos, extirpando-se a autoridade extrínseca a eles conferida pelas *Ordenações Filipinas*; o costume recebe tratamento específico, estabelecendo-se requisitos legais para o seu reconhecimento” (*Preservação da tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Cíveis. 2006. p. 67. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.).

Por sua vez, os *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772* acabaram por coarçar tal processo de substituição das fontes sobre as quais deveriam se debruçar os estudantes forjados nessa nova cultura: “[o] sistema de ensino *escolástico-analítico* (então empregado pelos jesuítas na Universidade de Coimbra) é submetido à crítica no *Compêndio histórico* de 1771, onde se preconiza a adoção do método *sintético-compêndiário* (tal qual sugerido por Luís António Verney), à moda de Johann Gottlieb Heinnecius [...]. Este novo método de *exposição* do Direito é adotado pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*, ao mesmo tempo em que se define um critério prático para a constatação da conformidade entre o direito justinianeus e a *boa razão*: o uso do direito romano praticado entre as nações civilizadas da Europa (*usus modernus pandectarum*). Além disso, são instituídas as disciplinas relativas ao *Direito Natural*, ao *Direito das Gentes* e à *História do Direito* (pátrio e romano)” (idem, *ibidem*).

Embora as referidas fontes tenham legitimado uma utilização mais criteriosa do Direito Justinianeus – uma vez que de suas entranhas haveriam de ser apartadas a parte “apodrecida” (a ser descartada) e aquela ainda “viva” (a ser aproveitada) das fontes romanas –, sintetizada pela expressão *usus modernus pandectarum*, fato é que a observância do manancial romano pelo autor estudado nem sempre redundou na eliminação automática do material considerado obsoleto. A respeito do *usus modernus pandectarum* praticado por Augusto Teixeira de Freitas, cf. A. F. Pereira, O uso brasileiro

Em segundo lugar, interessa-nos ainda a violenta reação de Augusto Teixeira de Freitas ante a alegada falta de fundamentação científica dos adeptos da posição contrária: descontente com o desfecho do embate teórico, o até então Presidente do *Instituto dos Advogados Brasileiros* apresentou, enfim, sua renúncia ao cargo ocupado, tendo ainda recomendado aos adversários – naquela ocasião – um estudo mais criterioso das fontes constantes do *Corpus Iuris Civilis*<sup>6</sup>.

---

do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas, in: SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 83-99.

Consubstanciando um espírito lealmente comprometido – ainda que de modo inconsciente – com a *Escola Histórica do Direito*, sua análise esbarra em obstáculos intransponíveis a um adepto da *Jurisprudência dos conceitos* – e que somente poderão ser demovidos graças à consagração de uma emancipada *Jurisprudência dos interesses*, algum tempo depois.

A este respeito, parece-nos muito produtiva a comparação entre a referida utilização do Direito Romano levada a efeito por Augusto Teixeira de Freitas (no contexto de sua renúncia à Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros) e a conhecida conversão de Rudolph von Ihering da *Jurisprudência dos conceitos* à *Jurisprudência dos interesses*, assim sintetizada por Gustav Radbruch: “No Scherz und Ernst (1885, mas uma parte já de 1861) critica Jhering a ‘*jurisprudência conceitual*’ (*Begriffsjurisprudenz*) que aliás tinha definido anteriormente nos *Geist des röm. Rechts*. O momento e o motivo desta conversão do ilustre jurista da ‘*jurisprudência conceitual*’ à ‘*jurisprudência teleológica ou dos fins*’ (*Zweckjurisprudenz*) podem hoje determinar-se com precisão (Cfr. Kantorowicz, *Deutsche Richterzeitung*, Jan. 1914). No Digesto (18, 4, 21) é atribuída ao jurisconsulto Paulo uma decisão segundo a qual o vendedor de uma coisa por ele duas vezes vendida e logo a seguir destruída por caso fortuito, pode exigir dos dois compradores o preço. Jhering concordou com esta decisão. Ora alguns anos mais tarde veio a encontrar-se perante um caso praticamente idêntico. Tratava-se, desta vez, duma cota na propriedade dum navio naufragado que tinha sido vendida duas vezes [...] A primeira instância tinha decidido no sentido daquele passo do Digesto, apoiando-se na opinião de Jhering. A segunda instância, porém, revogou a sentença. A Faculdade de direito de Göttingen, à qual foram enviados os autos, teve então de se ocupar do assunto. ‘Nunca na minha vida – confessou Jhering – um caso da vida jurídica me colocou, não direi já em tão grave embaraço, mas em tão grande aflição como este. Se um desacerto teórico pode alguma vez merecer castigo, tive-o então de sobra. Uma coisa é, na verdade, ocupar-se uma pessoa dum princípio jurídico numa atitude puramente teórica e científica, sem se preocupar com as consequências que ele pode vir a ter na prática, extraindo-se das fontes ou por via dedutiva; outra coisa é ter de aplicá-lo na vida prática. Uma opinião menos sensata, mesmo quando o opinante seja sensato, não resiste a esta prova’. Jhering decidiu, com efeito, em contrário da sua primitiva opinião. Esta experiência presta-se admiravelmente para mostrar as vantagens que um direito de ‘caso’ tem sobre um direito de ‘leis’. Se neste último, por via de regra, o jurista se funda, quando muito, em casos tirados de sua fantasia ou de uma vaga memória de outros, no primeiro é obrigado a tomar contacto directo com as realidades e a experimentar aí a força das suas opiniões” (RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. Tradução de Luís Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 406-407. Tradução de Rechtsphilosophie.).

<sup>6</sup> O episódio é narrado por S. A. de B. Meira, que destaca ter Augusto Teixeira de Freitas oferecido ao Instituto a quantia necessária para a fundação de sua biblioteca, recomendando-se a aquisição urgente de um exemplar do *Corpus Iuris Civilis*, pois, nas palavras originais, “deve ser a fonte vital, onde devemos beber sempre e sem descansa” (MEIRA, S. A. de B. *Teixeira de Freitas* – o jurisconsulto do império (vida e obra). 2. ed. Brasília, DF: Cegraf, 1983. p. 80.).

Quanto ao afastamento da Presidência do Instituto, o biógrafo revela certa desconfiança – não lhe parecendo que a mera divergência de entendimentos fosse suficiente para justificar sua renúncia: “[e]m rigor não vemos razões para, em assunto doutrinário, por ser vencido, desistir o jurisconsulto



Embora tal episódio evidencie uma faceta de certo modo intolerante do autor ora estudado – manifestação que não pode ser confundida com a compreensível (e até mesmo desejável) firmeza (que deve ser adotada por qualquer teórico em seu respectivo discurso) –, também nos permite entrever um exemplo da intransigência dogmática que caracterizou a personalidade de Augusto Teixeira de Freitas<sup>7</sup>.

Desponta, então, a inevitável pergunta: tal intransigência se deve a um puro conservadorismo do autor ora estudado? Ou se evidencia como uma autêntica manifestação da inflexibilidade de sua personalidade? A fim de que se encontre uma resposta a tais indagações, será necessário analisar dois episódios também singulares na trajetória de nossa personagem: em primeiro lugar, o seu relevante papel como elemento estabilizador da tradição jurídica luso-brasileira (v.g., a propósito da preservação do “princípio da tradição” em matéria de transmissão da propriedade) no contexto de elaboração da *Consolidação das Leis Cíveis*; e em um segundo momento, o seu papel vanguardista ao sugerir, na fatídica *Carta de 20 de setembro de 1867* (dirigida ao então Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada), a elaboração de um “Código Geral” – voltado à disciplina das “causas” jurídicas – inteiramente desvinculado da disciplina especificamente comprometida com a matéria civil.

Passemos à análise, pois, de tão significativas ocorrências.

---

da Presidência do Instituto, salvo se, durante os debates, houvesse algum agravo à sua pessoa por parte dos colegas. Não cremos, com firmeza, nessa possibilidade, nem há quaisquer indícios nesse sentido. A longa carta que Freitas enviou ao Instituto revela o seu amargor por ter sido derrotado o seu parecer, tanto assim que volta ao assunto, expondo exaustivamente as suas razões [...] [a]lgo deve ter ocorrido de mais grave, talvez de natureza pessoal, levando-o a abrir mão da presidência do Instituto, que ele mesmo ajudara a criar e do qual era um dos mais respeitáveis esteios” (MEIRA, S. A. de B. *Teixeira de Freitas – o juriconsulto do Império* (vida e obra). 2. ed. Brasília, DF: Cegraf, 1983. p. 80-81.).

<sup>7</sup> Na carta que continha sua renúncia à Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, Augusto Teixeira de Freitas assim arrematava sua exposição: “em questões de jurisprudência, não posso compreender que se desenvolvam paixões; não sei também que fruto se possa colher dos assaltos de uma primeira idéia, e arrebatamento do entusiasmo, em matéria de pura observação e raciocínio [...] [a]s opiniões alheias devem ser respeitadas, mas a certeza não é o mesmo que a dúvida. Se me negares o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sois cegos” (documento transcrito pelo biógrafo S. A. de B. Meira. *Teixeira de Freitas – o juriconsulto do Império* (vida e obra). 2. ed. Brasília, DF: Cegraf, 1983. p. 83.).

### 3. A personalidade do consolidador Augusto Teixeira de Freitas na articulação entre a *Introdução* e o texto da *Consolidação das Leis Civis* – um exemplo de harmonização científica

Se o romanista Augusto Teixeira de Freitas pudesse ser considerado um conservador quanto às suas íntimas convicções jurídicas, de sua parte o consolidador talvez pudesse também ser assim rotulado, conquanto que à custa de fundamentos bastante diferentes: em meio à empreitada que lhe fora confiada – por meio de contrato celebrado em 15 de fevereiro de 1855 (tendo por objeto a classificação e a consolidação de toda a legislação pátria de então) –, o autor se viu envolto por duas forças absolutamente distintas (e aparentemente inconciliáveis): de um lado, seu ímpeto inovador, que pode ser depreendido de uma *Introdução à Consolidação das Leis Civis* bastante arrojada, na qual todo o material coligido se vê submetido a uma criteriosa análise, vertida em uma lapidar estruturação jurídica; de outra banda, sua propensão conservadora, comprometida com a preservação de certos traços característicos de nossa própria tradição jurídica – construída à custa da consciente utilização de certos expedientes passíveis de recondução às milenares fontes justinianeias<sup>8</sup>.

Com efeito, a análise da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* nos remete a um contexto histórico bastante específico: diante da solene promessa – constante do artigo 179, XVIII da Constituição Imperial – de elaboração de uma codificação civil fundada nas “sólidas bases da justiça e da equidade”, fazia-se necessário um prévio esforço de “terraplenagem” jurídica, de modo que se pudesse divisar o que era direito vigente à época (e aquilo que havia sido proscrito, conscientemente ou não, de nosso cenário). Esse imenso cipoal com o qual se deparou Augusto Teixeira de Freitas lhe proporcionou não apenas a oportunidade

<sup>8</sup> Por tal razão tivemos ocasião de destacar: “[...] discordiamo in parti da quelli che negli ultimi tempi trattano dello spirito creatore di Augusto Teixeira de Freitas, lasciando il suo genio; veramente ci sembrano, per lo meno, precipitati. La singolarità dell’opera di Teixeira de Freitas risiede nel suo spirito conciliatore. Conciliatore di una scientificità ed uno spirito di creatività senza pari riguardo al sistema; allo stesso tempo un forte guardiano della tradizione giuridica nazionale, riguardo alla base che disciplina la vita del popolo, il quotidiano di una massa che nella sua maggior parte non conosce l’ordinamento giuridico che la regola” (L’opera di Augusto Teixeira de Freitas e la conformazione di un diritto civile tipicamente brasiliano: il suo genio inteso come conciliazione tra innovazione sistemática e acuità storica. *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, Bruxelles, n. 51, 2004, p. 196.).

A respeito da conjugação entre os dois aspectos da obra de Augusto Teixeira de Freitas, cf. N. Saldanha, História e sistema em Teixeira de Freitas, in: SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 51-70.

para o desenvolvimento de um criterioso (e hercúleo) trabalho, como também acabou por credenciá-lo para a elaboração do – primeiro – projeto da nossa própria codificação civil – tão ansiada pela comunidade jurídica de então<sup>9</sup>.

Diante da necessidade de um exame acurado das *Ordenações do Reino de Portugal* (bem como da legislação extravagante que lhe sucedeu), o ambiente já se mostrava propício à incorporação de alguma sorte de inovações, destinadas a superar o eventual atraso da legislação brasileira em relação às suas congêneres. E, dentre diversos outros aspectos que poderiam vir a ser assinalados, parece-nos merecedora de especial atenção – quanto à disciplina da transferência da propriedade – a substituição, pelo *Código Civil francês*, do “princípio da tradição” (reputado ultrapassado) pelo “princípio do consenso” (considerado inovador): de modo que a moderna transferência da propriedade não deveria se lastrear em uma superada distinção entre “título” e “modo” de aquisição (consagrada em fragmentos romanos comprometidos pelo

<sup>9</sup> Quanto ao estado generalizado de ansiedade – gerado pela expectativa da promulgação de um Código Civil brasileiro – cf., por todos, as análises de F. C. Pontes de Miranda (*Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 79-96.) e O. Gomes (*Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3-13.).

Note-se que o primeiro autor revela, inclusive, a inusitada proposta de Euzébio de Queiroz lançada ao Instituto dos Advogados Brasileiros: “[p]ropôs que se adotasse, como código, o Digesto português, obra meio-codificadora, meio-expositiva, de José Homem Correia Telles, o que seria a solução mais conservadora possível e não atenderia à legislação posterior à feita do livro. Compreende-se que o Instituto dos Advogados Brasileiros se opusesse, consultado, à tal medida. Seria parar; e mais do que parar: retroceder” (p. 79). Na verdade, discordamos de F. C. Pontes de Miranda quanto ao caráter conservador de uma tal solução: na verdade, parece-nos que seria uma solução possível, conquanto comparável a um balde d’água em meio a um incêndio. Teríamos alguma sorte de “atualização” – pois a obra de José Homem Correia Telles, sem dúvida, era uma das mais reputadas da época.

Contudo, se tal solução tivesse sido adotada, teríamos ficado em um novo estado de estagnação imediatamente após, pois estaríamos atrelados a um estágio de direito científico “petrificado”. Quanto a isso, certamente resta razão a F. C. Pontes de Miranda. A este respeito, cf. as considerações críticas que tivemos a oportunidade de desenvolver outrora, quanto à indesejável estabilização gerada pela Constituição Imperial de 07.11.426 (pelos imperadores Teodósio II e Valentiniano III) – preservada no próprio Código Teodosiano (C. Th. 1.4.3) – e a propósito da arrogância de Friedrich Karl von Savigny, quando reputou inadmissível a codificação por se mostrar incompatível com a desejável renovação constante do sistema jurídico [Por um triunfo do direito científico de F. K. von Savigny: cláusulas gerais, uniformização de jurisprudência e súmula vinculante (acerca de um eventual paralelo relativo ao judge-made-law do sistema de origem anglo-americana). In: PEREIRA JUNIOR, A. J.; JABUR, G. H. *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 169 (nota 16) e 185 (nota 30)].

Observe-se, por fim, que a obra de José Homem Correia Telles será objeto de novas considerações muito em breve; de modo que o leitor deve estar atento ao fato de que o prestigiado estudo referido (*o Digesto Português*) foi um dos principais responsáveis por um distanciamento entre as tradições jurídicas lusitanas e brasileiras – que já começa a se esboçar após as reformas levadas a cabo na segunda metade do século XVIII.

decurso dos séculos); devendo a alienação decorrer do próprio contrato – que deixou de tão somente delinear-la para, a partir de então, implementá-la<sup>10</sup>.

A adoção da nova orientação seria uma imposição da própria “natureza das coisas”, diagnosticada por meio do emprego da racionalidade característica dos novos tempos: seguindo as pegadas de romanista Hugo Grócio, não apenas os jusracionalistas reputaram supérflua a distinção – atribuída mais à sutileza característica dos juriconsultos clássicos do que a um imperativo propriamente prático –, como também assim o considerou o próprio codificador francês. De modo que a superação do modelo anterior – forjado no período mais amadurecido da jurisprudência romana – se dá, em França, com a imprescindível intercessão das autoridades de Jean Domat, Robert Joseph Pothier e do próprio legislador napoleônico<sup>11</sup>.

Assim, conter a força da novidade não se revelou tarefa das mais fáceis, sobretudo se tomarmos em consideração a circunstância de que o modelo propugnado se apresentava, à primeira vista, como uma alternativa muito mais simples do que o tradicional sistema de origem romana. Por tal razão, “autorizado” – aparentemente – pela ferramenta do *usus modernus pandectarum*, José Hommem Corrêa Telles acaba por propugnar a adoção da nova fórmula em Portugal<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Pela distinção entre os conceitos de título e modo de aquisição de propriedade, por todos, cf. L. de C. Penteado, *Direito das coisas*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 298 e ss.

<sup>11</sup> A respeito da distinção entre título e modo de aquisição de propriedade segundo o direito justinianeu (comparado à orientação adotada nos modelos clássico e pós-clássico da Jurisprudência romana), cf. o nosso já referido estudo de 2006 (*Preservação da tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Cíveis. 2006. p. 203-210 (especialmente a nota 347). Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

Por sua vez, na mesma oportunidade tivemos a oportunidade de abordar a consagração do sistema da miscigenação propugnado pelos jusracionalistas Hugo Grócio e Samuel Pufendorf (idem, p. 216-219) – levada a cabo com a edição do *Code Civil*, graças aos esforços preparatórios de Jean Domat e Robert Joseph Pothier (idem, p. 219-221). Pela análise mais aprofundada e pela bibliografia respectiva, remete-se o leitor ao estudo precedentemente desenvolvido.

<sup>12</sup> Note-se que, inicialmente, a Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) e os *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772* não autorizavam a utilização do direito estrangeiro em lugar do direito reinícola. O que se admitiu, originalmente, foi simplesmente a utilização do *usus modernus pandectarum* como mecanismo para a aferição da compatibilidade do direito justinianeu com as necessidades dos novos tempos: ou seja, o direito estrangeiro tinha a missão exclusiva – inicialmente – de legitimar a utilização subsidiária (ou não) do direito justinianeu.

Contudo, com o passar do tempo, não apenas se admitiu a utilização do próprio direito estrangeiro em caso de lacunas da legislação portuguesa, como também – e de maneira inteiramente desautorizada pela *Lei de 18 de agosto de 1769* – em situações nas quais a orientação lusitana então existente (não sendo, pois, o caso de lacuna própria) se mostrasse indesejável.

A respeito de tal abuso, levado a cabo com o beneplácito da autoridade de José Hommem Correia Telles constante de seu *Digesto Portuguez*, cf. o nosso já referido estudo de 2006 (*Preservação da*

Na mesma época, no Brasil, a questão foi enfrentada por Augusto Teixeira de Freitas ao tempo da elaboração da *Consolidação das Leis Civis*: e em lugar de defender a adoção do novo modelo, então em voga no cenário europeu, o autor sustentou a imprescindibilidade da preservação da orientação romana – convicto de que a distinção entre “título” e “modo” de aquisição de propriedade ainda então se revelava útil. Eis a razão por que o sistema brasileiro acabou por consagrar um sistema de “separação relativa” (entre os planos do “Direito das Obrigações” e do “Direito das Coisas”) em matéria de transmissão da propriedade – em uma orientação que se manteve a meio passo entre a “miscigenação” francesa e a “separação absoluta” propugnada pelos alemães<sup>13</sup>.

---

*tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis. 2006. p. 221-224 (especialmente a nota 347). Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.). Ali tivemos a oportunidade de observar que as posições de Paschoal José de Mello Freire dos Reis, Manuel Borges Carneiro, Manuel Antônio Coelho da Rocha e Manuel de Almeida e Sousa (de Lobão) eram contrárias à incorporação do sistema francês.

Eis a passagem em que a posição de J. H. Correia Telles se torna evidente: “380. Logo que a compra e venda é perfeita, se o vendedor tinha a propriedade da coisa, é trespassada no comprador, independente de esta ser entregue, e de ter pagado o preço. 381. Por tanto ainda que o vendedor faça nova venda da mesma coisa, o primeiro comprador deve preferir ao segundo” (*Digesto Portuguez ou tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e a administrar e de a transferir por derradeira vontade*: para servir de subsídio ao Novo Código Civil. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1846. p. 63-64.).

Eis a nota ao artigo 380: “*Desideratur*. Pelo § 3 Inst. de Empt e Ord. L. 4 T. 7., pr. era precisa a entrega para o comprador adquirir o domínio: legislação contrária às regras da Jurisprudencia Natural. Grocio de *Jur. bel. L. 2 Cap. 6, § 1, e Cap. 8 § 25*. Burlamaq. *Dir. Nat. Tom. 4 cap. 9 § 1, Cod. Civ. Franc. art. 1583*” (idem, ibidem). Por sua vez, esta a nota acrescentada ao artigo 381: “*Desideratur*. O contrario decide a Ord. L. 4, T. 7 pr. e L. 15 Cod. de *Revind.* Leis repugnantes às regras da boa razão” (idem, ibidem).

<sup>13</sup> A. Teixeira de Freitas vai criticar a proposta de J. H. Correia Telles, uma vez que ela envolve não apenas a adoção do sistema espiritualista, como a contraditória manutenção de expedientes com ele incompatíveis, tais como as tradições *simbólica* e *ficta* (bem como o *constituto possessório*): “se o simples consentimento dos contractantes basta para transferir a propriedade, sem dependencia da posse; não ha necessidade de ficções, nem de symbolos, que antecipem a tradição real; nem tão pouco de actos exteriores solemnes, que a manifestem” (*Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. p. LX-LXI.).

A separação entre título e modo de aquisição de propriedade foi consagrada pelos artigos 620 e 622 do Código Civil de 1916: “Art. 620. O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (art. 675).

Art. 622. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade. Mas, se o adquirente estiver de boa-fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato.

Parágrafo único. Também não transfere o domínio a tradição, quando tiver por título um ato nulo”. A doutrina reconheceu a preservação do princípio da tradição (de origem romana) pelo código civil brasileiro de 1916. Neste sentido, cf. C. Beviláqua: “o systema romano, da necessidade da tradição para a transferencia do dominio, por acto entre vivos, e que foi seguido pelo nosso Codigo Civil, acha-se admittido na Alemanha, Codigo Civil, arts. 929 e 930; na Austria, Codigo Civil, arts. 423 e 426; na Suisa, Codigo Civil, arts. 714 e 717; na Argentina, Codigo Civil, arts. 577, 2601 a 2603; no Uruguay, Codigo

Ora, a análise expendida não tem o propósito de reconhecer qualquer mérito de Augusto Teixeira de Freitas em empreender tal esforço de resistência (embora talvez ele efetivamente exista): um diagnóstico como esse só poderia ser efetuado em um ambiente apropriado a tal espécie de avaliação. Contudo, interessa-nos observar que o espírito conservador do autor aqui se manifesta em virtude de suas convicções cívico-jurídicas: diante da “oportuna” adoção do novo paradigma, sua intercessão foi fundamental para a preservação de uma tradição jurídica lusitana – e que acabou se evidenciando, afinal, mais brasileira do que propriamente portuguesa<sup>14</sup>.

---

Civil, arts. 758 e segs.; no Chile, Código Civil, arts. 670 e seguintes” (*Direito das coisas I – posse, propriedade, direitos autorais, direitos reais de gozo sobre coisas alheias*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 248.); E. Espinola: “denomina-se compra e venda o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a transferir o domínio de uma coisa a outra pessoa, a qual, por sua vez, se obriga, como contra-prestação, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Essa definição tanto pode aplicar-se ao direito romano, cujo sistema o nosso acompanhou, como ao direito francês, que inaugurou, na codificação moderna, orientação diferente” (*Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1953. p. 23-24.); F. C. Pontes de Miranda: “a compra e venda, quando pura – isto, sem condição ou termo –, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço (art. 1.126). Ao contrário do Code Civil, art. 1.583, e do italiano, art. 1.448, do venezuelano, art. 1.514, e do boliviano, art. 1.004, a compra e venda não opera a transferência de domínio. No sistema do Código, dela somente se origina obrigação de dar; para a translação do domínio, é de mister, para os móveis, e a tradição, e, para os imóveis, a transcrição ou registro. Se a coisa não pertence ao vendedor, mas depois a adquire, revalida-se o contrato. Se decorrer o prazo para a usucapião, o comprador adquirirá o domínio. A compra e venda pode ser de coisas futuras, ou de coisas presentes que podem vir a não existir: aplicam-se, então, os princípios do Código relativos aos contratos aleatórios” (*Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 273.).

Referindo-se especificamente ao caput do art. 620, V. de Sá Pereira destaca: “no rigor dos princípios, nem antes nem depois da tradição, o domínio das coisas se transfere pelo contrato; como está redigido, parece que ele tem este poder, depois da tradição. A alínea, entretanto, é a palíndia do texto. Nela se dispõe que a tradição se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório” (*Direito das coisas*. In: LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro VIII*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924. p. 384.).

Note-se que a correlação entre os planos do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas foi identificada por C. do Couto e Silva com bastante argúcia: “a distinção entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e do adimplemento adquire entretanto, sua máxima relevância, dogmática e praticamente, quando o adimplemento importa em transmissão da propriedade. A fase do adimplemento se desloca, então, para o plano do direito das coisas. Tal divisão em planos, quando absoluta, significa abstração da causa, nos casos de aquisição derivada. O exame das fases da relação obrigacional leva-nos, assim, à análise da teoria da causa, a fim de que os problemas dogmáticos decorrentes da separação entre o plano do direito das obrigações – em que se inserem o nascimento e o desenvolvimento dos deveres – e o do direito das coisas, em que o adimplemento se verifica, sempre que esse adimplemento importar em transferência de propriedade, possam ser tratados” (*A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 44-45.).

Contudo, tal como se depreende do parágrafo único do artigo 622 do Código Civil de 1916, a separação entre os planos do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas é tão somente relativa – e não absoluta, como no sistema germânico.

<sup>14</sup> Por tal razão, G. Braga da Cruz conclui que a tradição jurídica lusitana, neste particular, se fez mais brasileira com a intercessão de Augusto Teixeira de Freitas: “outro ponto em que o direito brasileiro manteve sempre uma intransigência inflexível e que o direito português logo cedeu, com o Código

De todo modo, novamente aqui temos Augusto Teixeira de Freitas a desempenhar um papel conservador, agora não mais em um ambiente meramente teórico (mas, sim, em um contexto nitidamente prático). Contudo, surpreende-nos observar que tal propensão à estabilidade seja contrabalançada pelo caráter inovador do autor (quando nos concentramos em seu papel de “sistematizador”); eis a nova faceta de Augusto Teixeira de Freitas que já se podia antever na “Taboa das materias” da *Consolidação das Leis Cíveis* – tão pretensamente científica quanto os demais aspectos de sua produção intelectual – e que desaguará num dos maiores exercícios de abnegação jurídica conhecidos em nossa historiografia.

Passemos, pois, à abordagem da *Carta de 20 de setembro de 1867*, dirigida pelo autor do *Esboço* de Código Civil ao então Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada.

#### **4. A personalidade do codificador Augusto Teixeira de Freitas na *Carta de 20 de setembro de 1867* ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada – um exemplo de abnegação científica**

A *Carta de 20 de setembro de 1867*, dirigida – pelo autor do até então inacabado projeto de Código Civil brasileiro (singelamente designado *Esboço*) – ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada é um dos documentos que lamentavelmente tem sido objeto de inadmissível indiferença por parte de nossa civilística contemporânea. Com efeito, Augusto Teixeira de Freitas ali assinalara – de maneira asaz corajosa – a deficiência sistemática do projeto inicial de codificação civil contratado com o Governo Imperial, por ele próprio, alguns anos

---

Civil, à novidade vinda da França, foi o da insuficiência do simples acordo de vontades para produzir a transferência de direitos reais. O Código Civil brasileiro continua a consagrar a velha tradição romana, que sempre foi também a tradição portuguesa, de que o simples acordo de vontades, na compra e venda, na doação, e em contratos congêneres, apenas tem efeitos obrigacionais, e não pode, só por si, produzir a transferência da propriedade, para a qual é necessário que ao contrato venha acrescentar-se a entrega, real ou simbólica, da coisa que se pretende transferir. Esta regra, ardentemente defendida por Teixeira de Freitas na *Consolidação*, e várias vezes confirmada depois disso, por diplomas legislativos avulsos, havia de ser reafirmada em todos os projetos de Código Civil, com exceção do de Felício dos Santos, e receberia o mais natural acolhimento no Código de 1916. O nosso Código Civil, diversamente, dando realização aos intentos dos juristas da época, que se haviam deixado seduzir pelo Código de Napoleão, consignaria a doutrina contrária, desprezando, assim, a tradição jurídica portuguesa” (Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. In: *Obras esparsas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981. v. II: Estudos de história do direito – direito moderno (1ª parte), p. 67-68.).

antes; no entanto, a gravidade do diagnóstico acabou sendo superada pelo “surpreendente” comportamento do autor diante da interação levada a cabo após a exposição das razões que o levaram a uma completa reformulação da planificação inicial da obra<sup>15</sup>. Expliquemo-nos.

A aprovação da *Consolidação das Leis Civis* pela Comissão especialmente encarregada de sua análise elevou a reputação de Augusto Teixeira de Freitas a um novo patamar: a seriedade (e o escrúpulo científico) subjacente à obra de terraplenagem deram margem à sua contratação para a confecção do prometido Código Civil brasileiro; e em 10 de janeiro de 1859 o então Ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, representando o Governo Imperial, firmou com aquele negócio jurídico voltado à elaboração de nossa primeira codificação civil<sup>16</sup>.

Em termos deliberadamente singelos, pode-se dizer que o plano inicial do Esboço dividia o nosso futuro Código Civil em duas grandes partes: uma *Parte Geral* – voltada à disciplina dos “elementos dos direitos” (pessoas, coisas e fatos) – e uma *Parte Especial* – ainda comprometida com a tradicional estrutura justinianeia da análise jurídica, cindida em “direitos pessoais” e “direitos reais” – conquanto mitigada em seu rigor pela existência de um Livro voltado às “disposições comuns” às duas unidades componentes<sup>17</sup>.

Augusto Teixeira de Freitas lançou-se ao trabalho e, depois de uma longa jornada, encaminha em 20 de setembro de 1867 ao Governo Imperial uma proposta de reformulação das diretrizes básicas da obra a ser produzida. Entenda-se: grande parte do esforço codificatório já se mostrava superada – restando inacabado o projeto, em uma analogia grosseira, pela exclusiva falta de uma disciplina voltada ao *Direito das Sucessões*. Daí a razão por que a proposta de “reformulação” do

---

<sup>15</sup>No ano de 1977, a referida *Carta de 20 de setembro de 1867* foi objeto de publicação quando da veiculação do primeiro volume da *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Contudo, a valorosa iniciativa dos editores não parece ter redundado no acolhimento desejado, à vista do quase que inteiro desconhecimento de seu teor pela comunidade jurídica brasileira – sendo que seu resgate, paulatinamente, tem sido pretendido por vozes isoladas, dentre as quais merece destaque a do romanista e civilista Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes (docente da tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

<sup>16</sup>A respeito da contratação de Augusto Teixeira de Freitas para a confecção do Esboço de Código Civil, por todos, cf. S. A. de B. Meira, *Teixeira de Freitas – o jurista do império* (vida e obra), 2. ed., Brasília, DF, Ceograf, 1983, p. 181-209.

<sup>17</sup>Pela estrutura inicialmente concebida, cf. a documentação coligida pelo biógrafo S. A. de B. Meira (*Teixeira de Freitas – o jurista do império* (vida e obra), 2. ed. Brasília, DF: Ceograf, 1983, p. 186-189.). Contudo, cabe aqui assinalar que tal estrutura é um aperfeiçoamento da “Táboa das materias” constante da *Consolidação das Leis Civis* – cuja Parte Especial se dividia unicamente em dois livros (um devotado aos “direitos pessoais” e outro comprometido com os “direitos reais”).



sistema tenha sido tão mal recebida pelo contratante: por que o escrúpulo científico do autor haveria de postergar o advento de uma codificação tão ansiada? Preocupações pragmáticas – ou melindres tão comuns à nossa historiografia jurídica – acabaram redundando, em 18 de novembro de 1872, na extinção do contrato que vinculava as partes<sup>18</sup>.

Observe-se, contudo, que aquilo que levou Augusto Teixeira de Freitas à extinção do contrato mantido com o Governo Imperial não parece ter sido a sua vaidade; se assim o fosse, haveria de ter dado continuidade a uma empresa já próxima de seu final, eternizando seu nome como autor do primeiro Código Civil brasileiro. Bem ao contrário, o que se depreende do *Carta de 20 de setembro de 1867* é uma angústia – tipicamente – científica, característica de um estado de alma inquieto e perturbado – pela mera possibilidade de afrontar, por meio de expedientes legislativos (e, portanto, contingentes), uma verdade (científica) que estaria além do alcance da “voluntas legislatoris”<sup>19</sup>.

Considerando que as noções de “pessoas”, “bens” e “fatos” (jurídicos) ultrapassavam os limites da experiência exclusivamente civil, Augusto Teixeira de Freitas defendeu a edição de dois códigos diferentes: um “Código Geral” – voltado à disciplina das “causas jurídicas” e seus “efeitos” (gerais) – e um “Código Civil” – especificamente devotado aos “efeitos civis” (e ainda comprometido com a dicotomia estabelecida entre “direitos pessoais” e “direitos reais”).

Novamente aqui não nos interessa concluir pelo acerto ou pela incorreção do pensamento do autor: o que buscamos destacar é que Augusto Teixeira de Freitas, tendo a possibilidade de eternizar seu nome com a autoria do primeiro Código Civil brasileiro, preferiu sacrificar as concretas honrarias do burburinho da rua (em prol de seu compromisso com as abstratas verdades científicas reinantes no silêncio de seu gabinete de trabalho). Fato é que sua obra não foi esquecida, tal

---

De todo modo, repise-se o fato de que a *Consolidação das Leis Civis* já se revela inovadora quanto à sua estruturação sistemática, sendo a primeira codificação civil dotada de uma *Parte Geral*. Para que se tenha em devida conta a relevância da precedência de Augusto Teixeira de Freitas, cf. – por todos – R. David: “[l]’idée d’une ‘partie générale’ a été présentée sous forme législative pour la première fois au Brésil dans la *Consolidação das Leis Civis* d’Augusto Teixeira de Freitas en 1858. Le Code civil brésilien de 1916 l’a consacrée en raison peut-être de ce précédent, plus que par imitation du BGB” (*Les grands systèmes du droit contemporains (droit compare)*. Paris: Dalloz, 1964. p. 90, nota 1.).

<sup>18</sup> Para que se tenham em conta os detalhes que levaram à extinção do contrato entre o Governo Imperial e o bacharel Augusto Teixeira de Freitas, cf. S. A. de B. Meira, *Teixeira de Freitas – o jurista do Império* (vida e obra), 2. ed., Brasília, DF, Cegraf, 1983, p. 347-364.

<sup>19</sup> A propósito, reitere-se o teor da Carta de renúncia encaminhada ao Instituto dos Advogados Brasileiros e o trecho especificamente transcrito em ocasião anterior do presente estudo (nota 07).

como imaginado – e talvez pretendido – pelo Ministro da Justiça José de Alencar: o legislador argentino soube muito bem reciclar o dejetivo legislativo brasileiro, tornando-o um dos mais prestigiados códigos civis de todos os tempos<sup>20</sup>.

De toda forma, evidencia-se aqui mais uma manifestação da intransigência científica de Augusto Teixeira de Freitas: agora, reveladora não de um seu compromisso com o passado, mas, sim, de uma vinculação de sua própria sorte ao desenrolar da Jurisprudência. Tal aspecto vanguardista do pensamento do autor pode surpreender pelo compromisso estabelecido com um novo “aliado” (o futuro): no entanto, que não se mostra de modo algum incoerente, pois intimamente atrelado à tenaz defesa de uma pretensa verdade científica – mesmo que à custa do virtual comprometimento da memória jurídica futuramente atrelável ao seu nome<sup>21</sup>.

Ora, a contundência das posições de Augusto Teixeira de Freitas nos permite afirmar que, qualquer que fosse o aliado “da” ocasião – e aqui o cuidado terminológico é imprescindível, pois o autor nunca foi propenso a aliados “de” ocasião –, sua posição frente aos desafios jurídicos jamais foi a de um hesitante: razão por que nos causou involgar surpresa entrever um aparente conflito entre os artigos 2853 e 2857 do Esboço de Código Civil – e que será objeto de nossa consideração no próximo item de nossa ligeira abordagem.

<sup>20</sup> A respeito da tragédia brasileira, eis a síntese de F. C. Pontes de Miranda, logo no *prefácio* ao seu *Tratado de Direito Privado*: “a ciência do direito, colhendo das regras jurídicas, da sistemática e da prática dos conceitos, obedece às diferenças; os juristas, aqui e ali, perdem-na de vista. Tudo aconselha a que se ordenem as matérias com toda a precisão conceitual. Já Teixeira de Freitas percebera que a parte do direito concernente à eficácia (‘dos efeitos civis’ dizia ele) havia de ser todo um livro, após as causas, as pessoas, os bens e os fatos jurídicos. Somente depois se trataria – no plano do direito civil – dos direitos pessoais e dos direitos reais. O Código Comercial fundir-se-ia, unificando-se o direito privado. Foi isso o que ele propôs em ofício de 20 de setembro de 1867, antes do Código suíço das Obrigações, – e a mediocridade circundante rejeitou” (*Tratado de direito privado* – parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas, p. XXII-XXIII.).

Observe-se que o autor se equivoca ao aludir a livro que versaria sobre os “efeitos civis” – após o tratamento das causas (pessoas, bens e fatos jurídicos). De fato, Augusto Teixeira de Freitas propõe um livro que trate dos efeitos jurídicos – e não civis – que sucederia ao tratamento das causas jurídicas (pessoas, bens e fatos jurídicos), constituindo-se em livros elementares do “Código Geral”. Por sua vez, os efeitos civis corresponderiam ao primeiro livro do “Código Civil”, que precederia o tratamento dos direitos pessoais e reais (que, respectivamente, comporiam a matéria dos livros segundo e terceiro do Código Civil).

<sup>21</sup> A despeito de uma tal “imprudência” de Augusto Teixeira de Freitas, deve-se destacar o fato de que não apenas o próprio autor do projeto de Código Civil argentino (Dalmácio Vélez Sarsfield) dedica ao jurista brasileiro grande parte dos méritos da codificação levada a efeito, como também a própria comunidade científica estrangeira tem seu nome em elevada consideração científica.

## 5. A personalidade do estudioso Augusto Teixeira de Freitas na hesitação quanto à distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação – um exemplo de escrúpulo científico constante do Esboço de Código Civil

Não se pretende, aqui, analisar as diversas disposições forjadas por Augusto Teixeira de Freitas para disciplinar o contrato de mandato; com efeito, já tivemos a oportunidade de desenvolver uma análise mais cuidadosa em ocasião outra de nossas investigações. Contudo, interessa-nos diagnosticar uma aparente contradição entre os artigos 2853 e 2857 do Esboço de Código Civil – perfeitamente contornável, aliás, graças ao emprego de expedientes hermenêuticos bastante elementares<sup>22</sup>.

Na primeira das disposições mencionadas se estabelece que “*haverá mandato, como contrato* (art. 1830), quando uma das partes se tiver obrigado a representar a outra em um ou mais atos da vida civil”; por sua vez, a segunda prescreve que “*haverá mandato, como ato unilateral, quando uma ou mais pessoas tiverem conferido autorização a outra ou mais pessoas para representá-las em um ou mais atos da vida civil. Antes de aceita pelo mandatário a autorização, não haverá contrato de mandato* (arts. 1833 a 1836)”<sup>23</sup>.

Tivemos a oportunidade de observar há pouco que Augusto Teixeira de Freitas sempre se mostrou bastante escrupuloso quanto às questões relacionadas à ciência; assim, considerado o particular contexto de sua própria obra, bastante inesperada – e pouco ortodoxa – é sua alusão a duas entidades inteiramente distintas por meio do emprego do mesmo vocábulo (*mandato*)<sup>24</sup>. De modo que sua hesitação parece reveladora de um estado de inquietação relativo a matérias que ainda não se mostravam inteiramente sedimentadas no cenário jurídico-científico de então.

Com efeito, até mesmo nos dias atuais a confusão entre os termos procuração, mandato e representação é frequente: não sendo poucos, pois, os “doutrinadores” que ainda baralham tais noções, incentivados

<sup>22</sup> A respeito do regime jurídico do contrato de mandato segundo o Esboço de Código Civil, cf. nosso estudo *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro*, 2010, p. 296-402, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>23</sup> Note-se que os itálicos são do original.

<sup>24</sup> Observe-se que o subterfúgio da utilização de itálicos demonstra o relativo desconforto de Augusto Teixeira de Freitas em provocar uma “antinomia de técnica legislativa”; a respeito da noção de polissemia, do conceito de “antinomia de técnica legislativa” e dos critérios utilizados para superá-las, por todos, cf. K. Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*, tradução de João Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 311-313, tradução de Einführung in das Juristische Denken.

pela ignorância jurídica perpetuada por um legislador acomodado; de toda forma, a maior parte de nossa civilística especializada já dissocia com muita tranquilidade o negócio jurídico de outorga de poderes de representação – negócio jurídico unilateral de procura (instrumentado na “procuração”) – e o contrato de incumbência (designado pelo termo “mandato”). De modo que, embora já não cause grande surpresa a certos espíritos mais atentos a existência de representação desprovida de procuração e desvinculada de um mandato precedente (a representação legal); de outorga de poderes de representação (negócio de procura) desvinculada de contrato de incumbência (v.g., no caso do locatário procurador de seu senhorio); e de mandato desprovido de efeitos representativos (frequentemente estudado a propósito da chamada interposição de pessoa) – ainda se costumam encontrar algumas vozes a defenderem a sinonímia entre expressões dotadas de alcances tamanho modo distintos<sup>25</sup>.

Todos esses aspectos nos interessam muitíssimo; contudo, não nesta específica ocasião. Neste momento, nossa preocupação central é a de registrar a hesitação de Augusto Teixeira de Freitas; não uma grande hesitação (pois ele próprio já se antecipava em apartar o *contrato do ato unilateral* em matéria de mandato); mas, sim, uma hesitação verdadeiramente grandiosa. Expliquemo-nos.

O *Esboço* de Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas – naquilo que concerne à disciplina do contrato de mandato – foi publicado em 1865, um ano antes da veiculação da obra de Paul Laband (*A representação na conclusão de negócios jurídicos segundo o Código Geral de Comércio alemão*), considerada pela doutrina especializada como “o momento decisivo da doutrina da abstracção do poder de representação”<sup>26</sup>.

De modo que ao apontar duas acepções distintas para a palavra mandato (uma como “contrato” e outra como “ato unilateral”), Augusto Teixeira de Freitas acabava por se antecipar a muitos de seus contemporâneos, o que não se mostra inteiramente surpreendente, quando se tem em mira que para a depuração do regime jurídico do mandato o jurista brasileiro empreendeu a elaboração de quase duas centenas de disposições – refertas de incisos, parágrafos e alíneas.

<sup>25</sup> Por exemplos de tais posicionamentos, cf. nosso estudo *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular*: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro, 2010, p. 18-20 (nota 06), Tese (Doutoramento), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>26</sup> A respeito, cf. P. de Albuquerque, *A representação voluntária em direito civil* (ensaio de reconstrução dogmática), Coimbra, Almedina, 2004, p. 10.

Eis a oportunidade, enfim, para esboçarmos uma ligeira conclusão a respeito de nossa intervenção.

## 6. Conclusões

Ora, se já não bastasse a Augusto Teixeira de Freitas a primeira versão em texto legal de uma *Parte Geral* (até então somente concebida em termos hipotéticos pela doutrina mais arrojada); ou a primeira alusão à estrutura escalonada do sistema jurídico (antecipando-se na *Introdução à Consolidação das Leis Civis* ao próprio Hans Kelsen); ou ainda a primeira defesa quanto à natureza sobranceira das normas constantes da chamada *Parte Geral* do Código Civil (e que para alguns estudiosos corresponderia a uma autêntica versão legislada da Teoria Geral do Direito Privado). Se nada disso fosse suficiente para que a obra deste singular autor viesse a ser respeitada dentro e fora do Brasil como um dos pontos mais altos da produção jurídica nacional, que ao menos lhe seja garantida a anterioridade naquilo em que foi precursor no âmbito do Direito Privado<sup>27</sup>.

Pois embora as certezas de muitos dos “jurisconsultos” atuais não ensejem qualquer espécie de reflexão, as hesitações de um espírito leal como o de Augusto Teixeira de Freitas acabam por suscitar controvérsias vivas até os dias atuais; talvez porque suas hesitações tenham

<sup>27</sup> A. Teixeira de Freitas já evidencia na *Consolidação das Leis Civis* uma compreensão escalonada do ordenamento jurídico; esta perspectiva – que hoje nos é familiar graças à influência do positivismo jurídico estrito (do normativismo kelseniano) – já pode ser vislumbrada em algumas passagens da própria *Introdução*. Dentre elas, merece destaque o trecho em que o autor afirma a desnecessidade técnica de normas jurídicas expressamente revogadoras de preceitos jurídicos incompatíveis com as bases do “systema representativo” (cf. A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, 3. ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876, p. XXXIII.).

Com efeito, em vez de uma concepção na qual a constituição ocupa uma posição de supremacia, era mais natural – à época em que a *Consolidação das Leis Civis* foi redigida – a tomada da constituição ao lado do código civil, como instrumentos ambos de garantia dos cidadãos contra o Estado, nos âmbitos, respectivamente, político (público) e privado. Razão pela qual a posição de A. Teixeira de Freitas parece inovadora a O. de Carvalho, que destaca a antecipação daquele em praticamente meio século com relação às ideias concatenadas por H. Kelsen: “se na filosofia, aliás difusa, de Teixeira de Freitas [...] o pensar *more geometrico* do jovem autor da *Nova methodus docendaeque Jurisprudentia* terá influído muito mais do que o idealismo subjetivo de Kant, só indirectamente bebido através da Escola Histórica, sobretudo de Savigny, a verdade, porém, é que essa vertente geométrica acabou por conduzir o grande mestre brasileiro a posições muito próximas da ‘*reine Rechtslehre*’ [...] a preocupação pelo método e pelo rigor do sistema [...] aproxima-o, realmente, na carta a Martim Francisco [...] da ‘estrutura escalonada da ordem jurídica’ de Kelsen [...] permitindo-lhe aceder, com meio século de antecedência, às intuições (e ilusões) do positivismo lógico do direito” (Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado. In: SCHIPANI, Sandro. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: CEDAM, 1988. p. 141-142.).

sido puramente conceituais – e na medida em que seu compromisso com as verdades universais da Ciência Jurídica jamais tenha sido atingido por qualquer espécie de hesitação.

## 7. Referências

ALBUQUERQUE, Pedro de. *A representação voluntária em direito civil* (ensaio de reconstrução dogmática). Coimbra: Almedina, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas I – posse, propriedade, direitos autorais, direitos reais de gozo sobre coisas alheias*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. In: SCHIPANI, Sandro. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: CEDAM, 1988.

CRUZ, Guilherme Braga da. Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. In: CRUZ, Guilherme Braga da. *Obras esparsas*. Coimbra: Universidade de Coimbra 1981. v. II: Estudos de história do direito – direito moderno (1a parte).

DAVID, René. *Les grands systèmes du droit contemporains* (droit compare). Paris: Dalloz, 1964.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Tradução de Einführung in das Juristische Denken.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1953.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. *Teixeira de Freitas – o jurista consultado do império* (vida e obra). 2. ed. Brasília, DF: Cegraf, 1983.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Aloísio Ferraz. *O uso brasileiro do direito romano no século XIX*: papel de Teixeira de Freitas. In: SCHIPANI, Sandro. Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano. Padova: CEDAM, 1988.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito das coisas*. In: LACERDA, Paulo de. Manual do Código Civil Brasileiro VIII. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular*: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

POUSADA, Estevan Lo Ré. L'opera di Augusto Teixeira de Freitas e la conformazione di un diritto civile tipicamente brasiliano: il suo genio inteso come conciliazione tra innovazione sistematica e acuità storica. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Bruxelles, n. 51, 2004.

POUSADA, Estevan Lo Ré. Por um triunfo do direito científico de F. K. von Savigny: cláusulas gerais, uniformização de jurisprudência e súmula vinculante (acerca de um eventual paralelo relativo ao judge-made-law do sistema de origem anglo-americana). In: PEREIRA JUNIOR, A. J.; JABUR, G. H. *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Luís Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. Tradução de Rechtsphilosophie.

SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. In: SCHIPANI, Sandro. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: CEDAM, 1988.

SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SURGIK, Aluísio. O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil. In: SCHIPANI, Sandro. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: CEDAM, 1988.

TELLES, José Hommem Correia. *Digesto Portuguez ou tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e a administrar e de a transferir por derradeira vontade*: para servir de subsídio ao Novo Código Civil. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1846.

# Contrato estimatório (venda em consignação)

*Carlos Alberto Garbi<sup>1</sup>*

Professor e desembargador aposentado

**Resumo:** o contrato estimatório foi disciplinado no Brasil pelo Código Civil de 2002, embora conhecido e praticado há muito tempo. O estudo que segue procurou examinar as mais variadas relações decorrentes desse complexo negócio jurídico e deu maior atenção ao poder de disposição recebido pelo consignatário, que produz efeitos importantes na solução das lides decorrentes deste negócio. O estudo esteve atento à lei italiana, inspiradora do legislador brasileiro, e apontou os cuidados necessários na realização do contrato.

**Palavras-chave:** Contrato Estimatório. Venda por consignação. Poder de disposição. Consignante. Consignatário.

**Abstract:** the consignment contract was disciplined in Brazil by the Civil Code of 2002, although known and used for a long time. The study that follows sought to examine the most diverse relationships arising from this complex legal contract and gave more attention to the power of disposition received by the consignee, which produces important effects on the solution of the law processes from this contract. The Italian law analyzed, inspiring the Brazilian legislature, and pointed to the care needed in the implementation of the contract.

**Keywords:** Consignment Contract. Sale by consignment. Power of provision. Consignor. Consignee.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Chefe do Departamento de Direito Privado e Social da FMU. Professor de Direito Civil dos cursos de graduação e pós-graduação. Autor de livros e artigos jurídicos.



## 1. Introdução

A recodificação do direito privado brasileiro de 2002, resultado do trabalho da Comissão Reale, não constituiu uma nova codificação do direito civil. Na verdade, como bem observa Mário Luiz Delgado, a nova codificação assegurou a sobrevivência do velho Código Civil de 1916, promovida pela concreção constitucional e revitalização dos seus institutos, decorrente da combinação da modernidade com as tradições do passado da nossa cultura jurídica.

O Código Civil de 2002 é fruto do monumental esforço empreendido, sob a coordenação de Miguel Reale, para dar uma nova e unitária fisionomia ao direito privado, vencendo-se a tendência de descodificação evidenciada na doutrina e na edição de microestatutos. A despeito do sucesso ou não da proposta de atualizar o direito privado brasileiro, e da crítica que se oferece ao aproveitamento de um velho código para a modernização do direito civil, é preciso enaltecer o revigoramento natural que ganha o direito privado com um novo código. Se de um direito novo não se pode falar propriamente com o código de 2002, certo é que nasceu com ele uma nova interpretação capaz de renovar as mais antigas instituições do direito privado, como a propriedade e o contrato.

Para comemorar cem anos de codificação do direito civil brasileiro, renovado, e homenagear os juristas que tanto contribuíram ao longo do tempo para aperfeiçoar a nossa *constituição do homem comum* (Miguel Reale), entendi que o tema proposto para este ensaio – *contrato estimatório* – bem se ajusta a essa fisionomia recodificadora, porque cuida de um contrato antigo, de origem romana e natureza mercantil, que entrou para o direito privado codificado pela porta que se abriu em 2002.

O estudo do contrato estimatório, de outra parte, apresenta-se como um verdadeiro desafio ao civilista moderno, pela interface com o direito empresarial e a complexidade que apresenta. É contrato que estabelece múltiplas e amplas relações com as bases do direito contratual e obrigacional, de forma que o seu estudo é um convite à *revisitação* e *aggiornamento* do direito civil.

## 2. Origem do contrato estimatório

O contrato estimatório, de natureza mercantil, tem origem romana (Max Kaser) e não era disciplinado pela lei brasileira, embora

conhecido e praticado h3a muito tempo. No direito brasileiro, assinala Waldirio Bulgarelli, n3o havia registro do neg6cio estimat6rio como contrato aut6nomo. Encontrava-se apenas refer6ncia 3a *consigna73o* nos arts. 170 a 173 do C6digo Comercial, como mera modalidade da comiss3o, com natureza diversa do t6pico contrato estimat6rio. Na comiss3o de venda, diz Pontes de Miranda, h3a a atividade do comiss3rio como cont6udo, o que de modo nenhum se observa no contrato estimat6rio.

Mais tarde, outra refer6ncia ao neg6cio estimat6rio no direito brasileiro 6 encontrada nos arts. 46 e 56 da Lei n6 5.474/68, que disp6e sobre as duplicatas, regulando a emiss3o de faturas em caso de concretiza73o da venda por consigna73o.

N3o obstante omissa a lei brasileira a respeito, o neg6cio estimat6rio sempre foi comum no com6rcio de arte e livros, assim como nas rela73es entre produtores e varejistas, e ganhou espa73o atualmente com o com6rcio de ve6culos usados, joias, m6veis e equipamentos de tecnologia. Com o C6digo Civil de 2002 passou a ser tratado como contrato de direito privado t6pico e nominado, encontrando-se em quatro artigos sua regulamenta73o (534-537).

N3o se tem mem6ria de quando o homem conheceu esse modelo de contrata73o, mas h3a registro expresse desse contrato no Direito Romano, como se v6 dos textos de Ulpiano, que se referia a uma “*actio de aestimato*” (Digesto, Livro XIX, t6t. III, fr. 1, e t6t. V, fr. 13).

Embora conhecido em outros pa6ses da Europa, valendo lembrar o C6digo Civil austr3aco de 1811, que tratou do neg6cio jur6dico estimat6rio como cl3usula de compra e venda (arts. 1086 e 1087), o legislador brasileiro buscou especialmente no C6digo Civil italiano de 1942, que regula em tr6s artigos o contrato estimat6rio (arts. 1556-1558), a inspira73o e paradigma para sua disciplina legal no d6igo de 2002.

No Brasil, Teixeira de Freitas j3a havia proposto a disciplina, do que chamou de “venda com cl3usula estimat6ria”, no *Esbo73o* (arts. 2.105-2.108). E o Projeto de C6digo de Obriga73es, presidido por Orosimbo Nonato, do qual participaram Caio M3rio da Silva Pereira, Theofilo de Azevedo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros, apresentado em 1965, dedicava dois artigos ao contrato estimat6rio, tamb6m projetados com base na lei italiana.

Cumpra anotar que os quatro artigos do C6digo Civil brasileiro, dedicados ao contrato estimat6rio, t6m a reda73o que receberam do seu anteprojeto, que n3o foi alterada quando convertido em projeto e depois aprovado pela C3mara dos Deputados (n6 634-B/1975 – publicado no Di3rio do Congresso Nacional em 17.05.1984) e pelo Senado Federal.

### 3. Definição

Pelo contrato estimatório, ou de venda em consignação, como é mais conhecido, uma pessoa, denominada CONSIGNANTE ou “*TRADENS*”, entrega bens móveis a uma outra, denominada CONSIGNATÁRIA ou “*ACCIPIENS*”, que fica autorizada a vendê-los no prazo estabelecido, quando pagará ao consignante o preço ajustado, se não preferir restituir a coisa.

Esta definição, encontrada no art. 534 do Código Civil brasileiro, corresponde quase exatamente àquela escrita no art. 1.556, do Código Civil italiano. Na lei italiana, contudo, não consta expressamente a **autorização** que é conferida ao consignatário para vender a coisa.

Essa autorização prevista na lei brasileira, na verdade, é indiferente ao consignante, visto que ele deverá receber o preço do consignatário quando vencido o prazo, seja qual for o destino dado ao bem. Poderá o consignatário vender ou até mesmo ficar com a coisa, visto que sua obrigação pelo pagamento do preço não decorre propriamente da venda do bem, mas de sua não restituição no prazo estabelecido, ainda que sem culpa do consignatário, pois a lei atribui a ele a responsabilidade absoluta pelos riscos da coisa, mesmo em caso fortuito ou de força maior (art. 535 do CC brasileiro e art. 1557 do CC italiano).

O Código Civil brasileiro deixou-se influenciar pela doutrina italiana, no sentido de que a outorga de poder de disposição da coisa constitui uma autorização (Visalli e Betti), interpretação a que se chegou para afastar a ideia de uma cessão ou de uma concessão.

Preferimos identificar o poder de disposição da coisa, outorgado ao consignatário, como um **direito real**, superando a tentativa do seu enquadramento em modelos de direito pessoal, todos sujeitos aos efeitos da vontade do consignante e que encontra por isso forte incompatibilidade com o negócio estimatório, não sujeito à revogação pelo consignante.

Assim, o consignatário poderá ficar com a coisa ou vendê-la, bem como poderá fazer doação, permuta, dação em pagamento ou lhe dar qualquer outro destino. Nada modificará o direito do consignante a receber o preço, razão pela qual não era necessário que a lei brasileira fizesse a restrição encontrada no art. 534 do Código Civil, que limita de certa forma o poder do consignatário a vender a coisa, pois a própria natureza do contrato permite a ele dar outro destino ao bem. Ademais,

a autorização referida na lei é implícita ao poder de disposição da coisa que o consignante outorga ao consignatário.

Nada impede, contudo, que o consignante estabeleça certas regras para o destino que deve ser dado ao bem, proibindo que sua alienação se faça a certa pessoa, como o concorrente do consignante, ou em certas condições, que podem desvalorizar o produto.

O consignante poderá até mesmo, sem descaracterizar o contrato, estabelecer que o consignatário não poderá ficar com a coisa, limitando-se a negociá-la com terceiro. Poderá, também, impor ao consignatário a obrigação de promover a divulgação do bem de certa forma ou em determinado lugar. Mas se a determinação do consignante anular totalmente a liberdade do consignatário e retirar dele o poder de disposição da coisa podemos ter outra figura contratual na espécie, como o mandato, a comissão, a agência ou a corretagem.

O contrato é *estimatório* porque o consignatário se obriga a pagar o preço previamente estimado pelo consignante, podendo ganhar com o sobrepreço que obtiver.

Interessante notar que não há autorização expressa na lei brasileira que assegure ao consignatário vender o bem por um preço maior do que aquele estimado, mas ela deve ser entendida, não só pela natureza do negócio, mas a partir da determinação do art. 534 do Código Civil para que o consignatário pague ao consignante o preço ajustado, de modo que ele estará livre para vender o bem por outro preço. Não importa, igualmente, que o consignatário venda a coisa por um preço menor, o que é indiferente ao consignante, visto que a obrigação do consignatário é pagar o preço estimado.

A estimativa do preço, portanto, vincula as partes como um elemento do contrato de compra e venda que poderá ou não ser realizado com o consignatário, caso ele queira a coisa para si. O preço estimado obriga também o consignante, que não poderá exigir do consignatário outro valor quando negociada ou não restituída a coisa.

Ao consignatário cabe a escolha entre restituir a coisa ou pagar o preço, escolha que se qualifica, segundo Sylvio Capanema de Souza, como uma **obrigação facultativa** ou como uma faculdade de substituição da prestação.

Logo, não está o consignatário obrigado a prestar contas do valor da venda ou do destino que deu ao bem, desde que pague o preço estimado, salvo quando for limitada sua liberdade pelas condições estabelecidas no contrato, situação que poderá ser resolvida em perdas e danos se ocorrer eventual descumprimento do negócio.

Melhor era a redação do Projeto de Código de Obrigações de 1965, presidido por Orosimbo Nonato, que definia o contrato estimatário, em seu art. 400, destacando aquela que é sua característica mais importante, qual seja o **poder de disposição** da coisa, sem fazer qualquer referência à autorização para venda, *verbis*: “Quem recebe coisa móvel, com a obrigação de restituí-la ou pagar ao consignante o preço dentro de certo prazo, tem a faculdade de disposição da mesma”.

É um contrato de uso muito frequente a respeito da venda de joias, antiguidades, objetos de arte, livros, eletrodomésticos e automóveis. Também é utilizado no comércio em geral quando o fabricante entrega seus produtos na rede varejista ao contato direto com o consumidor, liberando o comerciante e intermediário da imobilização do capital. É um recurso eficiente na circulação de riquezas e no fomento da atividade econômica. É negócio que, como assinalam Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias, facilita o tráfego jurídico através de vantagens recíprocas. Para o consignante amplia-se o potencial de vendas de seus produtos e para o consignatário há uma sensível diminuição de riscos do negócio, na medida em que poderá devolver a coisa que não conseguir vender.

#### 4. Natureza jurídica

Há muita incerteza a respeito da natureza jurídica do contrato estimatário. Alguns entendem que se trata de uma venda com condição suspensiva ou resolutiva. Mas não se pode aceitar a ideia porque o consignatário tem o direito de restituir a coisa e não pagar o preço, o que impede a concretização da venda.

Outros pensam em uma promessa de venda ou em um contrato de depósito preparatório da compra e venda. Promessa de compra e venda não é, porque, como visto, o consignatário pode restituir o bem. Igualmente não pode ser admitido o depósito, porque a restituição da coisa não é obrigação do consignatário, já que a ele é assegurado o poder de disposição e o direito de ficar com ela.

Entendem outros que se trata de um mandato para vender, com opção de restituição. Esbarra essa interpretação na possibilidade que tem o consignatário de reter o sobrepreço, o que seria impossível no mandato, pois o mandatário não pode se apropriar de bens do mandante ou exercer o mandato em proveito próprio, não se olvidando ainda que ele deve sempre prestar contas dos atos praticados, o que o consignatário não está obrigado a fazer.

Há também boa doutrina no sentido de que o chamado contrato estimatório nada mais é do que o contrato de comissão (Cunha Gonçalves). Esse entendimento se assenta na ideia de que o sobrepreço representa a comissão e reembolso de despesas em favor do comissário. Afirma-se, nesse sentido, que o *accipiens* atua sobre a esfera jurídica do *tradens*, o que revela a identidade causal entre a comissão e o contrato estimatório.

Não obstante a qualidade dos argumentos da doutrina em sentido diverso, há diferenças importantes entre a comissão e o contrato estimatório que impedem assemelhar esses negócios Juan M. Farina), especialmente o poder de disposição que se confere ao *accipiens*.

Temos que o consignatário pratica os atos de disposição em nome próprio, sem interferência do consignante, que não mantém com o adquirente qualquer relação jurídica. Como bem destacado por Rosenvald e Farias, “a relação jurídica estimatória é travada, exclusivamente, entre o consignante e o consignatário, sendo o terceiro adquirente absolutamente estranho a essa vinculação”. Não precisa o consignatário, destarte, exibir a autorização para a venda ao adquirente, que nem mesmo toma conhecimento que a coisa que lhe está sendo vendida pertence ao consignante (Sylvio Capanema de Souza).

Não há consenso na doutrina a respeito da natureza jurídica deste contrato, que não se identifica, embora se aproxime, com outros tipos contratuais, como a compra e venda, o depósito, a comissão, a corretagem e o mandato.

A técnica de recorrer a outros tipos de contratos para a interpretação do negócio estimatório, se de alguma forma poderia ser admitida antes de sua regulamentação legal pelo Código Civil de 2002, não mais se justifica. O erro dos juristas, escreveu Serpa Lopes, está na tentativa de enquadrar nas estruturas clássicas espécies novas de contratos.

É oportuno lembrar a advertência que há muito fez Vittorio Neppi, no sentido de que a origem romana do velho *aestimatum* influenciou parte da doutrina a buscar equivocadamente uma interpretação do moderno contrato estimatório naquela vetusta figura contratual, o que causou o profundo estado de incerteza na ciência jurídica sobre a natureza do negócio estimatório.

Hoje, deve ser reconhecido no contrato estimatório um tipo novo e autônomo no direito positivo brasileiro, que tem características próprias, superando-se a discussão doutrinária que recorria a outras figuras para definir sua natureza (Serpa Lopes e Tânia S. P. de Campos Melo).

E a respeito das suas características próprias, pode-se dizer que é um contrato *real*, que exige a entrega da coisa para se aperfeiçoar, a exemplo dos contratos de mútuo, comodato e depósito. Sem a entrega não pode o consignatário vender o bem. Adverte Sylvio Capanema de Souza que a simples autorização para a venda não tipifica o contrato estimatório, que pressupõe que as coisas já estejam à disposição do consignatário para que possam ser vendidas.

Mas a entrega não transfere a propriedade, porque ela não equivale à tradição translaticia. A entrega, entretanto, não é uma obrigação do consignante, que pode desistir do contrato antes que ela se faça, visto que é a tradição que aperfeiçoa o negócio. Responsabiliza-se o consignante, nesse caso, por qualquer prejuízo causado em razão da quebra injustificada da expectativa do negócio.

Pontes de Miranda entendeu que o contrato é consensual e, por consequência, perfeito quando o outorgado tiver aceitado a oferta do consignante, obrigando-o a entregar a coisa.

Preferimos, contudo, a doutrina que reconhece na entrega do bem o elemento necessário ao contrato estimatório, aceitando a afirmação de que ela é imprescindível para que o contrato possa se realizar com a venda do bem. Sem a entrega da coisa, não tem o consignatário o poder de disposição sobre ela para a execução do contrato, de forma que a simples autorização para a venda poderá identificar outro contrato, como a corretagem ou o mandato.

É contrato oneroso ou gratuito. É certo que o contrato estimatório visa o lucro do consignatário, mas nada impede que ele aceite as condições do consignante interessado apenas em fazer a venda do bem sem proveito próprio. Não se deve confundir o negócio estimatório com a compra e venda ou com o negócio que será realizado pelo consignatário e o terceiro. Este outro poderá ser oneroso, o que pode não ocorrer com o estimatório.

É contrato bilateral e comutativo, porque cria obrigações para ambas as partes e se assenta em razoável equilíbrio.

Contudo, o aspecto jurídico mais interessante desse contrato é o destaque que o outorgante faz do **poder de disposição** da coisa, que entrega com exclusividade ao consignatário e do qual fica privado (art. 537). A atribuição de disponibilidade da coisa marca de tal modo o contrato estimatório que ele não se define, caso seja autorizado o outorgado a fazer somente a demonstração da coisa ou tê-la como amostra (Sylvio Venosa).

Nesse ponto (poder de disposição conferido ao *accipiens*) reside a inovação que trouxe o direito italiano para esse negócio, seguida pelo código brasileiro. A doutrina aponta, a nosso ver com razão, que o *Codice Civile* mais que regulou o contrato estimatório, porque criou substancialmente um novo contrato ao modificar sua função econômica, porquanto no contrato estimatório a finalidade do *tradens* é preordenada a vincular a atividade do *accipiens* exclusivamente para a venda da coisa. Sucede que no modelo de contrato estimatório italiano esse fim típico e característico da entrega da coisa (para venda) é situado fora da estrutura do negócio, mudando radicalmente sua natureza (J. M<sup>a</sup>. Munhoz M. Planas). Consequentemente, ao deixar em dúvida a finalidade do contrato, porque o consignatário pode vender, comprar ou dar qualquer outra disposição à coisa, aponta a doutrina referida que esse aspecto da nova fisionomia do contrato estimatório é causa de graves confusões doutrinárias.

Adotando o direito brasileiro o modelo de contrato estimatório italiano, com especial destaque ao poder de disposição, atrai igualmente alguma incerteza na sua interpretação pela doutrina e jurisprudência.

Este poder de disposição corresponde exatamente ao *ius abutendi* ou *ius disponendi* que tem o proprietário? Pode ser destacado da propriedade? É um direito real?

Alguns têm entendido que esse poder de disposição é destacado do direito de propriedade e constitui direito real em favor do consignatário. É a opinião de Pontes de Miranda e J. A. Penalva Santos. Também admite essa interpretação, de certa forma, Sylvio Capanema de Souza, quando afirma que o consignante tem a propriedade limitada enquanto a coisa está com o consignatário.

Mostra-se correta essa interpretação, porque o objeto do contrato estimatório é coisa móvel infungível cuja propriedade se transmite com a tradição. Encontrando-se o bem nas mãos do consignatário, que está autorizado a vendê-lo e a fazer a sua tradição, não se pode admitir retratação do consignante, de sorte que a venda não está sujeita a nenhuma manifestação sua, que só poderá reclamar do consignatário a falta de pagamento do preço.

É forçoso reconhecer que o consignatário tem um poder sobre a coisa que não é de natureza pessoal e que muito se identifica com as características dos direitos reais. Como consequência, ao consignatário devem ser reconhecidas certas prerrogativas dos direitos reais nos limites do poder de disposição outorgado.



Destacado o poder de disposição, não poderá o consignante dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou comunicada a restituição, exatamente como prevê o art. 537 do Código Civil.

Entende Maria Helena Diniz que a alienação feita pelo consignante nesta situação é nula, conforme previsto no art. 166, inc. VI, do Código Civil, porque realizada com o objetivo de fraudar lei imperativa. Na verdade, qualquer ato de disposição do consignante, antes de restituído o bem, não poderá ser realizado porque, tratando-se de coisa móvel, a transferência da propriedade só pode ser feita pela tradição, impossível para o consignante enquanto o bem se encontrar nas mãos do consignatário.

Outro aspecto muito estudado e discutido na doutrina a respeito desse contrato se refere à natureza da obrigação do consignatário, visto que alguns sustentam que ela é alternativa, e outros, que é facultativa. Na obrigação alternativa, o devedor se libera executando uma das prestações. Assim, no contrato estimatório o consignatário cumpre o contrato pagando o preço ou restituindo a coisa. Nas obrigações facultativas existe apenas uma prestação, permitido ao devedor liberar-se com a substituição dela por outra prestação preestabelecida. Nesse sentido, o consignatário tem a obrigação de pagar o preço, mas poderá se liberar dela restituindo a coisa.

A doutrina italiana prefere ver no contrato estimatório uma obrigação facultativa (Carlo Giannattasio, Orazio Buccisano e Guido Alpa), interpretação também seguida no Brasil por Sylvio Capanema de Souza. Há entendimento diverso sustentado por Tepedino, Barboza e Moraes, no sentido de que ao consignatário não se dá uma pluralidade objetiva, que é própria da obrigação alternativa, mas somente uma única prestação (simples), que é de pagar o preço estimado. Nesse sentido, é opinião de Antonio Martins, anotada por Waldirio Bulgarelli.

É o que se vê do art. 535 do CC, que não exonera o consignatário de pagar o preço se a restituição da coisa se tornar impossível. A restituição da coisa é, portanto, verdadeira exceção na sistemática do Código, que representa, a rigor, frustração dos principais efeitos do contrato estimatório e não propriamente uma alternativa ou faculdade do consignatário.

## 5. Elementos do contrato

O contrato estimatório tem como objeto coisa móvel infungível. Entenda-se coisa móvel como corpórea, concreta e tangível. Bens imateriais não podem ser objeto desse contrato, que tem natureza real e

exige sua entrega material ao consignatário. Há quem admita a posse como objeto desse contrato, porque ela tem valor econômico e pode ser transferida independentemente da propriedade (Paulo Luiz Netto Lôbo).

As coisas imóveis, porque não podem ser objeto de tradição real, estão excluídas. Pontes de Miranda e Paulo de Tarso Vieira Sanseverino não encontram proibição no contrato estimatório de coisas imóveis. No âmbito do direito privado, predominam as normas dispositivas e não havendo regra proibitiva expressa deve ser aceita a celebração do contrato estimatório de coisa imóvel. Esse é o argumento utilizado. Nesse sentido, também a opinião de Rosenvald e Farias, que invocam o direito austríaco em abono da tese de que não havendo proibição é possível celebrar o contrato estimatório sobre imóveis. Com o devido respeito, não aceitamos essa opinião, porque o poder de disposição do consignatário impõe o recebimento da coisa. Sucede que a coisa imóvel só pode ser transmitida pelo registro, espécie de tradição ficta, que não tem tipificação real para o contrato estimatório, impedindo a vontade das partes de fazer celebração dessa natureza sem ofensa ao princípio da legalidade e da continuidade aplicados no registro de imóveis. O consignatário não poderia vender o imóvel e outorgar a escritura, pois o bem está registrado em nome do consignante. Assim, poderia ser outorgado um mandato ou firmado contrato de corretagem, figuras que se aproximam do negócio estimatório, embora inconfundíveis.

As coisas fungíveis e as consumíveis podem também ser objeto do contrato estimatório. Todavia, nesse caso, a entrega dessas coisas ao consignatário opera a transmissão da propriedade, restando ao consignante, que deixa a qualidade de proprietário, apenas um crédito, pois outras coisas poderão ser restituídas ao final do prazo previsto no contrato. Cuida-se de uma espécie *imprópria* de contrato estimatório.

O valor da coisa (preço) pode ser estimado desde logo ou poderá ser determinado no momento da opção do consignatário, podendo ser fixado pela cotação em bolsa, tabelas ou periódicos. Nada impede, também, que seja estabelecido por um terceiro designado no contrato.

Lembra Penalva Santos que o valor pode ser estimado abaixo do preço de mercado para motivar o consignatário a aceitar o negócio. O que prejudica a validade do negócio é a indeterminação do preço, por falta de elementos previamente definidos no contrato, porquanto o valor da coisa constitui elemento essencial do negócio.

Sylvio Capanema de Souza afirma que é nulo o contrato quando o preço ficar ao arbítrio de qualquer uma das partes, o que caracteriza a condição meramente potestativa (art. 122, CC).

Pode ser realizado entre pessoas naturais ou jurídicas. É necessário que o consignante seja proprietário do bem e dele tenha disponibilidade, pois o contrato entrega ao consignatário sua disponibilidade absoluta.

Embora o art. 534 do CC faça referência a um contrato com prazo determinado, nada impede que ele seja firmado com prazo indeterminado, entendendo-se que, neste caso, o prazo será aquele necessário à venda do bem de acordo com os usos e os costumes (art. 134, CC). Caberá ao consignante, neste caso, interpelar o consignatário a restituir o bem ou pagar o preço, dependendo dessa notificação para que ele seja constituído em mora (*ex persona*), de acordo com o art. 397, par. único, do Código Civil. É a opinião de Caio Mario da Silva Pereira e Sylvio Capanema de Souza.

Entende-se que o prazo é estabelecido em favor do consignatário (art. 133, do Código Civil), de forma que a ele deve ser assegurado o direito de fazer a restituição do bem antes de vencido o prazo, salvo se o contrato estabelecer de forma diversa (Sylvio Venosa). Ao consignante, por esta razão, não será dado exigir a restituição do bem antes de vencido o prazo contratado, que deverá respeitar para que o consignatário possa tirar o proveito esperado do negócio com a venda do bem e o lucro do sobrepreço.

Embora ao consignatário não se possa exigir a exibição da coisa, as partes podem convencionar obrigação desta natureza para impor ao consignatário a obrigação de expor a coisa à venda em certo lugar ou não expor em outro. Também pode ser convencionado que a coisa não será vendida em certas circunstâncias ou abaixo de certo valor. Tudo com o propósito de proteger a marca ou outros interesses do consignante.

Não impõe o Código Civil uma forma solene para o contrato estimatório. Logo, é livre sua celebração que poderá ser verbal ou escrita, seguindo o negócio a forma que melhor interessar às partes. Mas é sempre conveniente que se faça o contrato por escrito, com testemunhas, para prevenir litígio futuro.

Para a validade do negócio são exigidos os requisitos necessários a qualquer contrato, como a capacidade, legitimidade e consentimento das partes.

## 6. Efeitos

Não há nenhuma consequência para a devolução do bem ao consignante quando não realizada a venda, como não há responsabilidade

prevista para o consignatário se ele não encontrar comprador ou não se empenhar em fazê-lo. Ele se compromete a vender o bem, mas não assume a obrigação de resultado (Sylvio Capanema de Souza). Não se olvide, contudo, que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422, CC), o que significa que não poderá embaraçar a venda ou criar impedimentos para que ela se realize.

Caio Mario da Silva Pereira enumera as principais características do contrato estimatório: a) exige a entrega da coisa; b) esta deve ser bem móvel; c) acarreta obrigação para o *accipiens* de restituí-la ou pagar o preço; d) o preço é elemento essencial, devendo ser previamente estimado; e) é contrato a termo, devendo ser cumprido no prazo estipulado; f) transfere ao consignatário a disponibilidade da coisa.

O contrato estimatório transfere os riscos de perda e deterioração da coisa ao consignatário, que não se exime de pagar o preço ainda que a impossibilidade de restituição da coisa seja decorrente de fortuito ou força maior (art. 535). Há, nesse caso, uma inversão da teoria dos riscos (*res perit domino*), que atribui ao dono da coisa o prejuízo. Alguma dúvida poderia ser levantada a respeito, pois há quem sustente que essa obrigação sem culpa só poderá ser exigida quando a perda ou deterioração ocorreu após o prazo do contrato, mas é forte a redação do dispositivo legal citado a atribuir ao consignatário toda a responsabilidade pela coisa em razão da singularidade da situação em que a coisa se encontra em seu poder. Cuida-se, nas palavras de Rosenvald e Farias de responsabilidade objetiva com risco integral.

Como consequência, poderá o consignante recusar a restituição da coisa, caso pretenda o consignatário devolvê-la deteriorada, porquanto se refere o art. 535 do Código Civil à restituição **em sua integridade**. Daí se infere, nas palavras de Sylvio Capanema de Souza, que é da maior importância a perfeita descrição do estado da coisa no momento da consignação, sem a qual responderá o consignatário pela sua restituição em perfeito estado, presumido, assim, embora relativamente, se o recebimento ocorreu sem ressalva alguma a respeito.

Caso a perda ou deterioração possa ser imputada ao consignante, como lembra Penalva Santos a respeito de coisa entregue com vício, o consignatário não responderá pela perda ou deterioração.

O consignatário tem a posse direta do bem, que não anula a posse indireta do consignante. Mas não é proprietário. Por isso, enquanto não pagar integralmente o preço, o bem não poderá ser penhorado ou

sequestrado pelos credores do consignatário (art. 536 do CC brasileiro e 1558 do CC italiano).

Mas com razão admite Caio Mario da Silva Pereira que o terceiro, credor do consignatário, poderá validar o ato de constrição pagando ao consignante, dentro do prazo estabelecido no contrato, o preço estimado, que não poderá enjeitá-lo porque não ocorrerá nenhum prejuízo.

A posse do consignatário não poderá ser perturbada enquanto está em curso o prazo para a consignação, facultando-se a ele o uso dos interditos possessórios, inclusive contra o consignante.

O contrato estimatório poderá ser feito por prazo indeterminado. Nesse caso, caberá ao consignante interpelar o consignatário para a restituição do bem ou o pagamento do preço. Essa interpelação poderá ser feita de forma judicial ou extrajudicial, como prevista no art. 397, par. único, do CC, para a constituição em mora do consignatário.

Vencido o prazo ou notificado o consignatário, sua constituição em mora (*ex re ou ex persona*) modifica a posse, que passa a ser precária e, conseqüentemente, ilícita, autorizando o manejo dos interditos possessórios pelo consignante, como a ação de reintegração de posse.

É certo que o consignatário que não restitui a coisa está obrigado a pagar o preço, mas não se pode negar ao consignante o direito de obter a restituição da coisa enquanto ela está na posse livre do consignatário, depois de vencido. A alternativa de exigir o preço ou a coisa, caso o consignatário não a tenha vendido, ou caso ele também não tenha manifestado interesse em ficar com ela, é do consignante.

Manifestando o consignatário, de forma inequívoca, que aceitou a aquisição do bem, mas sem lhe pagar o preço, só poderá o consignante promover a resolução do negócio ou sua execução, mas não lhe será assegurada a simples restituição da coisa.

Convém destacar que o consignatário deve manifestar o seu interesse na coisa dentro do prazo assinado no contrato, pois não lhe será permitido, vencido o prazo, fazer a opção com a qual o consignante já não esperava e talvez já não tivesse interesse.

Importa assinalar, igualmente, que o art. 537 do CC permite que o consignatário faça a comunicação da restituição ao consignante. É espécie de resilição ou denúncia unilateral do contrato. Se a comunicação foi feita dentro do prazo do contrato, ainda que a restituição material se faça depois, não está o consignatário obrigado a pagar o preço. Nesse ponto, o legislador brasileiro avançou, pois o CC italiano

não prevê a possibilidade de simples comunicação com o efeito que deve ser reconhecido a essa manifestação da vontade.

Questão interessante se refere ao momento em que deve ser feito o pagamento do preço estimado quando vendida a coisa antes de vencido o prazo da consignação. Não havendo disposição a este respeito no contrato, o preço deverá ser pago imediatamente, pois não há nenhuma autorização legal para a retenção do preço pelo consignatário. De outra maneira o contrato estimatório seria convertido em mútuo, que não foi objeto da vontade das partes.

O consignante não pode dispor da coisa enquanto ela não lhe for restituída ou comunicada sua restituição (art. 537). Como o objeto do contrato estimatório é coisa móvel, cuja propriedade só pode ser transferida pela tradição, o consignante sem a posse direta da coisa não terá meios para dispor da coisa e nem poderes para fazê-lo, porque outorgou o poder de disposição ao consignatário. Ainda que o faça, a alienação contratada não prejudicará o consignatário ou o terceiro ao qual o consignatário alienou, porque autorizado a dispor da coisa e entregá-la ao adquirente.

A lei brasileira deixou de repetir, contudo, importante disposição encontrada na lei italiana. Declara o art. 1558, do Código Civil italiano, que são válidos os atos de disposição realizados por aquele que recebeu a coisa. Com isso o descumprimento do contrato estimatório, firmado pelo consignante e consignatário, não poderá prejudicar a validade do negócio realizado com terceiro, pois o consignante terá apenas um crédito a exigir do consignatário, sem qualquer direito sobre o bem, agora nas mãos de terceiro.

A omissão da lei brasileira, a esse respeito, pode criar incerteza e insegurança quanto ao poder de disposição do consignatário, que realiza o negócio em seu nome e não em nome do consignante. Ele não é representante do consignante no negócio, o que reforça a interpretação no sentido da validade do negócio de alienação. Em nome da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, a interpretação deverá ser feita no sentido de dar valor aos atos de disposição praticados pelo consignatário, salvo quando comprovada a má-fé do terceiro.

Consequentemente, o consignatário, que contrata em nome próprio com terceiro, responde perante o adquirente pelos vícios redibitórios e pela evicção, ressalvado o direito de regresso contra o consignante. Não se afasta, contudo, a responsabilidade direta do consignante, perante o terceiro adquirente, em razão da evicção. Cabe lembrar que a doutrina sustenta a possibilidade do adquirente se voltar diretamente contra

o alienante anterior pela evicção. Essa possibilidade foi expressamente admitida pelo originário art. 456 do CC, hoje revogado pelo NCPC.

Pode ocorrer a alienação, perda ou deterioração do bem enquanto estava sob a posse do consignatário. Nesse caso, ao consignante se constitui um crédito contra o consignatário, caso não prefira, e a escolha é sua, receber a coisa como está e reclamar indenização. Tudo se resolve com as regras da obrigação de restituir (arts. 238-240).

Outra questão diz respeito à falência do consignatário. A coisa deverá ser restituída ao consignante se ainda não vendida a terceiro ou se o consignatário ainda não havia manifestado sua aceitação. Todavia, se já vendida a coisa ou se aperfeiçoada a compra com a aceitação do consignatário, o consignante deve ser reconhecido como simples credor da massa, não lhe assistindo direito de obter a entrega do dinheiro (Vittorio Neppi). Outra solução importa em reconhecer ao consignante privilégio que ele não tem na falência, em detrimento da igualdade de tratamento dos credores no concurso. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça decidiu de forma diversa:

Assim, se a recorrente vendeu as mercadorias entregues em consignação pela recorrida antes da decretação da sua falência e recebeu o dinheiro da venda também antes da quebra, inclusive contabilizando-o indevidamente, conforme reconhecido na sentença, deve agora devolver o valor devidamente corrigido, pois já deveria tê-lo feito antes da quebra, já que não tinha disponibilidade nem propriedade do dinheiro da venda, que era por contrato da recorrida. A situação do consignante é de credor reivindicante e não a de simples credor quirografário. (REsp. n. 710.658/RJ, rel. Min. Nancy Andriahi, DJ 26/09/2005).

## 6.1 Benfeitorias e frutos

Para determinar os efeitos jurídicos do contrato estimatório é necessário lembrar que ao consignatário se transmite a posse direta da coisa. Há um desmembramento da posse promovido pela relação jurídica estabelecida com o contrato estimatório, identificando a situação prevista no art. 1.197 do CC. O consignatário não tem detenção da coisa (art. 1.198, CC), porque, como visto, recebeu uma parcela de poder

sobre a coisa (disposição) que lhe confere o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196, CC). Esse poder que se reconhece em favor do consignatário é o que define a posse sobre a coisa.

O consignatário poderá fazer uso da coisa? A resposta deve ser negativa quando não autorizado expressamente pelo consignante. Se o fizer motivará a rescisão do contrato estimatório com o efeito imediato da restituição da coisa, e se tiver causado danos deverá indenizar o consignante. A proibição decorre da possibilidade de restituição da coisa ao final do prazo, que deve ser feita nas condições em que ela foi recebida. No entanto, o uso da coisa pode ser identificado com a vontade do consignatário de ficar com ela, o que o obriga a pagar o preço.

A coisa poderá receber melhoramentos e acréscimos. Se a coisa recebeu melhoramentos ou acréscimos, sem despesa ou trabalho do consignatário, ela será restituída com os acréscimos sem que seja devida qualquer indenização (art. 241).

Se para o melhoramento ou aumento o consignatário empregou trabalho ou dispêndio, terá direito à indenização, desde que se reconheça sua boa-fé, lembrando que a respeito das benfeitorias voluptuárias não haverá indenização. Se o consignatário agiu de má-fé, terá direito à indenização apenas pelas benfeitorias necessárias, perdendo as úteis e voluptuárias realizadas.

Ao consignatário poderá ser reconhecido o direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis que realizou de boa-fé. Aquele que agiu de má-fé não terá direito de retenção.

A respeito dos frutos deve ser aplicada a regra do art. 242, parágrafo único, do CC. Aquele que percebeu frutos de boa-fé não será obrigado a indenizá-los. Mas pertencem ao consignante os frutos pendentes e os colhidos com antecipação.

## 6.2 Boa-fé

A boa-fé do consignatário decorre do conhecimento que ele tem a respeito do exercício da posse do bem. Se ele sabe que a sua posse é injusta, age de má-fé. É o que se pode dizer do consignatário que, depois de vencido o prazo ou não cumprida a obrigação de restituir, insiste em reter a coisa, que não vendeu, sem pagar o preço. Nesse caso, o consignatário está em mora e tem posse precária, que é injusta, e não pode alegar ignorância. Logo, só terá indenização pelas benfeitorias necessárias que fez de má-fé, sem direito de retenção. Contudo,



lhe é assegurado o direito à indenização das benfeitorias que promoveu enquanto tinha posse de boa-fé.

### 6.3 Despesas com a custódia e venda do bem

O consignatário não poderá exigir do consignante qualquer despesa que tenha realizado para a venda do bem, ainda que frustrada no prazo previsto. Também não poderá, à evidência, pretender compensação dessas despesas com o preço. É que as despesas são realizadas em proveito do consignatário, que pode ganhar com o sobrepreço, daí não lhe ser lícito qualquer pretensão a respeito contra o consignante.

## 7. Conclusão

A regulamentação do contrato estimatário veio preencher um vazio no direito brasileiro e dar maior segurança a esse negócio que sempre foi praticado.

Em razão das lacunas deixadas pela lei brasileira e a multiplicidade de relações jurídicas envolvendo esse contrato devem as partes procurar disciplinar bem os seus interesses, definindo prazos, valores, encargos da mora e cláusulas sobre a indenização e retenção por benfeitorias. É importante, igualmente, que o contrato se preocupe em descrever o estado em que se encontra a coisa entregue ao consignatário, prevenindo litígios.

Transferindo o titular a coisa ao consignatário, naturalmente o faz para que a venda. Essa a finalidade do contrato. Por isso adverte Arnaldo Rizzardo que não cabe pensar, antes da venda ou comercialização, deva o consignatário pagar o preço. Muito menos se cogita de se autorizar ao proprietário uma medida de recuperação, após a venda pelo consignatário, caso não receba o pagamento. Isto a menos que esteja o comprador de má-fé, ou combinado com aquele que fez a entrega, numa venda aparente e não real. Daí inserir um alto risco esta modalidade de negócio, pois se presta aos desonestos receberem os bens, vendê-los e não efetuar o pagamento a quem os entregou. Pressuposto primeiro, para a viabilidade dessa modalidade de venda, é a segurança (confiabilidade) que desperta aquele que recebe a mercadoria.

Tem razão o experiente civilista gaúcho. Ao consignante não cabe nenhuma medida para a recuperação do bem alienado pelo

consignatário, porque lhe outorgou o poder de disposição. O risco reclama cautela na escolha do consignatário e cuidado na realização do contrato, mas não deve inibir a prática desse importante negócio para as relações sociais e a circulação da riqueza.

## 7. Referências

- ALPA, Guido. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Torino: Utet, 1997.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FARINA, Juan M. *Contrato estimatório*. Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 1966.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1950.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do contrato estimatório e suas vicissitudes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2004.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. III.
- MELO, Tânia S. P. de Campos. *Contrato estimatório: autonomia no direito moderno*. In: ESTUDOS jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Direito das obrigações: compra e venda, troca, contrato estimatório*. Atualizado por Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Tratado de Direito Privado: Parte Especial, 39).
- NEPPI, Vittorio. *Il contratto estimatorio*. Padova: Cedam, 1938.

PLANAS, J. M<sup>a</sup>. Munhoz M. *El contrato estimat6rio*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.

REALE, Miguel. *Hist6ria do novo c6digo civil*. S6o Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II: contrato estimat6rio, doa76o, loca76o de coisas, empr6stimo (comodato - m6tuo)*. S6o Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 4).

SANTOS, J. A. Penalva. *Contrato estimat6rio*. Doutrina. Coordena76o de James Tubenclak. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *Coment6rios ao novo c6digo civil*. Coordena76o de S6lvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII: Das v6rias esp6cies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimat6rio, da doa76o, da loca76o de coisas.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *C6digo civil interpretado conforme a Constitui76o da Rep6blica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

# A ampliação das hipóteses de despejo antecipado

*Gilson Delgado Miranda*<sup>1</sup>

Juiz substituto em segundo grau do TJSP

**Sumário:** 1. A modificação da Lei de Locação e o acesso à justiça. 2. As hipóteses de antecipação da tutela previstas no artigo 59 da Lei n. 8.245/91. 3. Reparos urgentes determinados pelo Poder Público (art. 59, VI, da Lei n. 8.245/91). 4. Garantia não substituída (art. 59, VII, da Lei n. 8.245/91). 5. Término da locação não residencial (art. 59, VIII, da Lei n. 8.245/91). 6. Falta de pagamento no contrato de locação sem garantia (art. 59, IX, da Lei n. 8.245/91). 7. Bibliografia.

## 1. A modificação da Lei de Locação e o acesso à justiça

No dia 9 de dezembro de 2009 foi editada a Lei n. 12.112. Essa lei passou a vigorar no dia 25 de janeiro de 2010, ou seja, *vacatio* de 45 dias. A alteração da Lei n. 8.245/91 pelo novo diploma normativo foi idealizada para aperfeiçoar as regras e os procedimentos sobre as locações de imóveis urbanos.<sup>2</sup>

Segundo os estudos publicados pela imprensa na oportunidade da edição da lei em 2009, naquela ocasião havia no Brasil um déficit de 6 milhões de moradias e aproximadamente 3 milhões de imóveis desocupados.<sup>3</sup> Esses números aumentaram com a recessão que o Brasil passou nos últimos anos. “Dados preliminares da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) mais recente, de 2015, aponta crescimento anual de cerca de 30% dos lares afetados pelo alto comprometimento

---

<sup>1</sup> Mestre e doutor em Processo Civil pela PUC/SP. Professor dos cursos de graduação, pós-graduação e mestrado da PUC/SP. Integrante do Conselho Consultivo e de Programas da Escola Paulista da Magistratura (EPM).

<sup>2</sup> A destinação entre imóvel urbano e rústico não se concretiza pela sua localização, mas pela destinação econômica (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 592, p. 151; n. 386, p. 189, n. 348, p. 320; cf. citaram NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Leis civis comentadas*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 840). No mesmo sentido: TOMASETTI, Alcides, *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 3.

<sup>3</sup> Cf. *Jornal do Advogado*, ano XXXV, n. 347, fev. 2010.

da renda com pagamento do aluguel. No total, 3,8 milhões de moradias têm esse problema, dado que agrava o déficit habitacional. Além disso, entre 2013 e 2015 houve redução de quase 400 mil unidades na produção de novos domicílios, após mais de cinco anos de avanço”.<sup>4</sup>

Para alguns especialistas, os imóveis vazios são frutos de uma lei excessivamente protetiva, além de um claro e profundo desgaste do Poder Judiciário, ou seja, uma descrença motivada especialmente pela morosidade na solução dos processos.<sup>5</sup> Tudo isso prejudica, na ótica dos proprietários e possuidores, a retomada rápida do imóvel alugado, o que desestimula novas locações.<sup>6</sup>

Sem dúvida, a Lei n. 12.112, de 9 de dezembro de 2009, trouxe à tona mais uma vez a preocupação da efetividade do processo, abrindo “espaço para a consciência da necessidade de pensar o processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo”. Nesse caminho:

merecem menção muito destacada as iniciativas de Mauro Cappelletti e Vittorio Denti, cujos discípulos e seguidores, na Itália, em toda a Europa continental e em plagas americanas, compõem um grupo hoje muito coeso em torno da ideia que se convencionou denominar acesso à justiça.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4882412/deficit-habitacional-aumenta-com-recessao>>.

<sup>5</sup> Essa morosidade do processo foi determinante inclusive para a revogação do Código de Processo Civil de 1973. O arquétipo que foi amplamente desenvolvido no NCPC foi no sentido de “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de uma natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”. O CPC/15, assim, teve como matiz o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. Vale dizer, “a simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa” (MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. Uma breve reflexão sobre os recursos ordinários no projeto do novo CPC e a duração razoável do processo. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de et al. (Coord.). *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 246).

<sup>6</sup> “Segundo estudo do Ministério das Cidades, muitos dos proprietários desses imóveis já passaram por litígios desgastantes e traumáticos no Judiciário e não querem passar por isso de novo, razão pela qual mantêm seus imóveis vazios. Agora, com a nova Lei do Inquilinato, estima-se que parte desses imóveis voltem para o mercado de locação rapidamente, já que cessa o temor dos proprietários em relação às dificuldades enfrentadas para despejarem os locatários inadimplentes” (Cf. *Jornal do Advogado*, ano XXXV, n. 347, fev. 2010.).

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 19.

### Vale ressaltar:

Acesso à justiça equivale à obtenção de resultados justos. É o que também já se designou como acesso à ordem jurídica justa (Kazuo Watanabe). Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável ou resíduos de conflitos não-jurisdicionáveis (a universalização da tutela jurisdicional) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda a tutela jurisdicional a que tem direito. Nunca é demais lembrar a máxima *chiovendiana*, erigida em verdadeiro *slogan*, segundo a qual na “medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.<sup>8</sup>

Em termos gerais, o que está sempre em pauta é a relação entre direito material e processo, o que nos leva a pensar e repensar os modelos canalizadores de distribuição de justiça (novos e antigos). Como advertiu Ovídio A. Baptista da Silva, força identificar até que ponto o direito material deve curvar-se às limitações criadas pelo direito processual; até que limite este pode avançar no sentido de consolidar o direito material às suas exigências sistemáticas, sem perder sua função instrumental, transformando-se num estorvo mutilador do sistema jurídico que lhe cabe realizar no plano jurisdicional.<sup>9</sup>

Sem dúvida, a advertência de Humberto Theodoro Junior vem a calhar:

A propósito do ideário do processo justo, prevalece na consciência da civilização de nosso tempo a concepção de que um Código moderno, republicano e democrático, há de observar “um modelo social de processo”, que esteja atento às

<sup>8</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 19.

<sup>9</sup> *Curso de direito processual*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2, p. 428.

exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela aos direitos subjetivos em crise. Em tal modelo, como é inegável, não pode merecer guarida as espertezas dos litigantes no manejo das puras técnicas procedimentais e argumentativas como a causa do resultado da disputa travada em juízo. Para o processo justo (aquele exigido pelo Estado Democrático de Direito), o mais importante é que o processo seja construído e manejado “para possibilitar a descoberta da verdade dos fatos”, de maneira que só ganhe a “parte que tiver a verdade ao seu lado” e que, por isso, terá sua situação jurídica protegida pelo provimento judicial. A par disso, o caráter democrático desse moderno processo jurisdicional reside numa concepção inovadora do contraditório que não mais se limita a uma simples bilateralidade de audiência, mas que confere aos litigantes o direito de participar ativamente na formação do provimento jurisdicional que haverá de compor o conflito estabelecido entre eles. O processo deixa de ser “coisa apenas do juiz” ou “coisa apenas das partes”, para se tornar obra conjunta de todos os sujeitos processuais, fruto de uma empresa compartilhada entre todos eles.<sup>10</sup>

## 2. As hipóteses de antecipação da tutela previstas no artigo 59, § 1º, da Lei n. 8.245/91

Pode-se dizer, sem medo de errar, que a Lei n. 12.112, de 9 de dezembro de 2009,<sup>11</sup> foi pensada basicamente para dar mais **efetividade às ações de despejo**.<sup>12</sup>

Nessa esteira, surge o interesse na análise das hipóteses de antecipação de tutela previstas no § 1º do artigo 59 da Lei n. 8.245/91,

<sup>10</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 26.

<sup>11</sup> “Cuidando-se de norma processual, sua incidência é imediata, sendo de rigor a aplicação do direito à espécie, para determinar ao autor a prestação de caução – sob pena de a liminar perder operância” (STJ, REsp n. 1.207.161-AL, 4ª Turma, j. 08-02-2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão).

<sup>12</sup> Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo (art. 5º, *caput*, da Lei n. 8.245/91).

segundo o novo modelo após a reforma da lei do inquilinato.<sup>13</sup> Fica, porém, a advertência: o rol do § 1º do artigo 59 da Lei do Inquilinato não é considerado taxativo, pois viável a incidência subsidiária da hipótese geral de antecipação prevista no art. 300 do CPC/15 (STJ, REsp n. 1.207.161-AL, 4ª Turma, j. 08-02-2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão). Por que aplicação subsidiária? Porque, acertadamente, já na vigência do CPC/73, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com abalizada doutrina, tinha orientação forte no sentido de que, presentes os pressupostos legais do antigo art. 273 do CPC, era perfeitamente possível a concessão de tutela antecipada. Vale dizer, mesmo nas ações de despejo cuja causa de pedir não estivessem elencadas no art. 59, § 1º, da Lei 8.245/91 (STJ, REsp n. 702.205-SP, 5ª Turma, j. 12-09-2006, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima). Não há dúvida de que essa orientação prevalece também hoje, à luz do CPC/15.

É sabido que o originário artigo 59 da LI tinha apenas cinco incisos que regulavam a antecipação da tutela (liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel).

A reforma acrescentou mais quatro hipóteses. Antes falávamos em antecipação nos casos de:

(i) descumprimento de mútuo acordo celebrado por escrito (art. 59, § 1º, I, da Lei n. 8.245/91), com assinatura das partes e de duas testemunhas,<sup>14</sup> com prazo ajustado de desocupação de seis meses;<sup>15</sup>

(ii) extinção do contrato de trabalho (por exemplo, caseiro ou zelador), se a ocupação do imóvel pelo locatário estiver relacionada com o seu emprego, desde que haja prova escrita da rescisão ou ela seja demonstrada em audiência prévia (art. 59, § 1º, II, da Lei n. 8.245/91);<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Nesse sentido, aliás, importante trazer à colação o acórdão do TJSP, exarado recentemente, que reafirma a ideia de que o rol do art. 59 não é taxativo, motivo determinante, por certo, para autorizar a concessão da liminar com base no art. 300 do CPC/15, a saber: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. Indeferimento da liminar de desocupação “inaudita altera pars”. Não enquadramento nas hipóteses previstas pelo artigo 59, § 1º da Lei 8245/91. Concessão da antecipação de tutela com base no disposto pelo art. 300 do CPC. É possível, verificando-se no caso concreto a demonstração (i) da probabilidade do direito e (ii) do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda, de comprometimento da utilidade do provimento final. Todavia, não foram demonstrados os requisitos previstos para concessão da tutela de urgência. Negado provimento” (TJSP, AI n. 243842-56.2016.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 02-02-2017, rel. Des. Hugo Crepaldi). Na mesma quadra: TJSP, AI n. 2097415-56.2017.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 05-10-2017, rel. Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot.

<sup>14</sup> Não são testemunhas instrumentárias, ou seja, não precisam estar presentes quando da celebração do acordo entre o locador e o locatário.

<sup>15</sup> O prazo de desocupação inferior a seis meses apenas impede a liminar de despejo, mas não afasta o despejo decorrente do término da locação por mútuo acordo.

<sup>16</sup> Em julgado de 2005, o STJ apreciou um conflito de competência entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Estadual. A Justiça do Trabalho, considerando que o trabalhador não recebeu as verbas rescisórias,



(iii) término da locação para temporada, tendo sido proposta a ação de despejo até trinta dias após o vencimento do prazo (art. 59, § 1º, III, da Lei n. 8.245/91);<sup>17</sup>

(iv) morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação, permanecendo no imóvel pessoas não autorizadas por lei (art. 59, § 1º, IV, da Lei n. 8.245/91);<sup>18</sup>

(v) permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário<sup>19</sup> (art. 59, § 1º, V, da Lei n. 8.245/91).<sup>20</sup>

Agora, a partir da nova lei, falamos em antecipação de tutela também nas hipóteses de:

(vi) necessidade de se produzir reparações urgentes no imóvel determinadas pelo poder público, desde que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário ou, podendo, ele se recuse a consenti-las;

(vii) término do prazo notificatório previsto no artigo 40 da LI, sem a apresentação de nova garantia apta a manter a segurança natural do contrato;

---

manteve a posse do imóvel ao empregado; já na Justiça Estadual, o juiz autorizou a retomada. Cons-tou da ementa: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ciente de que o Juiz do Trabalho, no exercício de suas funções, deferiu medida liminar de manutenção de posse de imóvel ao empregado, o Juiz de Direito não pode, em outra ação, determinar a reintegração de posse do aludido imóvel ao empregador, sem usurpar a competência do Tribunal Regional do Trabalho – para quem, por meio de agravo de instrumento, foi devolvido o exame da decisão proferida no processo trabalhista” (STJ, CC 52.943-SP, Segunda Seção, j. 14-12-2005, rel. Min. Ari Pargendler).

<sup>17</sup> A locação para temporada é aquela destinada à residência do locatário, para a prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras no seu imóvel etc. (art. 48 da LI). Prazo máximo de contratação é de 90 dias, esteja ou não mobiliado o imóvel. Findo o prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador por mais de 30 dias, a locação é prorrogada por prazo indeterminado e a denúncia do contrato, neste caso, somente poderá ocorrer após trinta meses ou nas hipóteses do artigo 47 da LI.

<sup>18</sup> Morrendo o locatário, ficam sub-rogados nos seus direitos e obrigações: I. nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cujus*, desde que residentes no imóvel; II. nas locações com finalidade não residencial, o espólio, se for o caso, seu sucessor no negócio.

<sup>19</sup> A ação deve ser proposta contra o locatário, com ciência ao sublocatário. Vale dizer, “por não existir relação *ex locato* entre o sublocatário e o locador, este não poderá afrontá-lo pela via da ação de despejo. A demanda deve ser ajuizada contra o locatário e não contra o subinquilino. Todavia, intenda a ação de desalijo, por qualquer que seja o seu fundamento, deverá o locador dar ciência da mesma ao sublocatário legítimo e consentido, dando-lhe oportunidade de ingressar na relação processual como assistente litisconsorcial, já que sua obrigação é subsidiária e não solidária. Inteligência do art. 59, parág. 2º, da Lei nº 8.245/91” (STJ, REsp n. 288.031-PR, 5ª Turma, j. 16-05-2002, rel. Min. Jorge Scartezini). Na mesma quadra: STJ, AgRg no REsp n. 588.271-RS, 6ª Turma, j. 06-02-2007, rel. Min. Paulo Gallotti.

<sup>20</sup> Rescindida ou finda a locação, qualquer que seja sua causa, resolvem-se as sublocações, assegurado o direito de indenização do sublocatário contra o sublocador (art. 15 da LI).

(viii) término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação até 30 (trinta) dias do término ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada;

(ix) falta de pagamento de aluguel e acessório da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.

### 3. Reparos urgentes determinados pelo Poder Público (art. 59, VI, da Lei n. 8.245/91)

Essa modalidade de antecipação do despejo acerta uma anomalia da Lei do Inquilinato de 1991.

Ora, havendo a necessidade de obras urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser executadas com o locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las, é evidente o dano irreparável motivador da tutela antecipada, obrigando-se, para tanto e por certo, a juntada da intimação do Poder Público, pois enquadra um requisito objetivo.<sup>21</sup>

Nesse caso, justifica-se a medida para evitar o risco de acidentes em decorrência da permanência do locatário, ou outras pessoas, no imóvel, com a observação de que essa hipótese excepcional acarreta o desfazimento da locação (art. 9º, IV, da LI). Logo, terminada a obra, o locatário não poderá retornar ao imóvel, uma vez que, como dito, os reparos urgentes são motivadores do desfazimento do vínculo locatício.

É sempre bom lembrar que, na forma do artigo 26 da Lei do Inquilinato, o locatário está **obrigado** a consentir as **reformas urgentes**. É evidente que seu consentimento não necessariamente autorizará sua permanência no imóvel. Vale dizer, se as obras urgentes não puderem ser realizadas com o inquilino no imóvel, a lei canaliza para o desfazimento da relação jurídica. Sem a menor dúvida, o Poder Judiciário deve ser muito criterioso ao analisar questões dessa natureza, notadamente porque a orientação legal tem como pano de fundo a possibilidade de risco de acidentes; daí o desfazimento do contrato com desocupação imediata (art. 9º, IV e art. 59, § 1º, VI, ambos da LI). Em outras palavras:

---

<sup>21</sup> “A lei refere-se a reparações determinadas pelo Poder Público. Em cada caso deve ser examinada a idoneidade da exigência administrativa” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 76.).

[...] as modernas técnicas de engenharia encontram soluções adequadas, caso o ocupante decida suportar os incômodos das obras, mas é evidente que a lei não poderia obrigar o locador a aceitar os riscos de responder civil e criminalmente em caso de acidentes sofridos pelo locatário ou qualquer pessoa que resida no imóvel, durante a realização das obras. Qualquer obra traz um risco inerente de acidentes, por maiores os cuidados adotados, e por eles responderia o locador, em decorrência do princípio da responsabilidade civil pelo fato da coisa.<sup>22</sup>

Isso não quer dizer, à evidência, que todas as obras levarão ao desfazimento do contrato. Obras pequenas, sem riscos, podem ser realizadas sem resolução do contrato (pequenos reparos nos encanamentos, realização de pinturas para adequar as exigências do Poder Público, conservação de fachadas etc.). Consentindo o locatário, o contrato persiste por óbvio, inclusive porque opção diversa “colidiria com o espírito social da lei e tornaria a locação muito frágil”.<sup>23</sup> Como se vê, a questão envolve **bom senso** e análise dos elementos probatórios produzidos pelas partes e, eventualmente, pelo próprio juiz do processo.

Desocupado o imóvel, o locador poderá ser responsabilizado criminalmente se não der início às obras, no prazo de 60 (sessenta) dias da desocupação cuja necessidade levou à concessão da liminar (art. 44, III, da LI). E mais: poderá o locatário, nessa hipótese, reclamar, em processo próprio, multa equivalente a um mínimo de 12 (doze) e um máximo de 24 (vinte e quatro) meses do valor do último aluguel atualizado ou do que esteja sendo cobrado do novo locatário, se realugado o imóvel.

Não existe direito à antecipação (pela previsão do inciso VI) se estivermos diante de obras voluntárias, ainda que urgentes.<sup>24</sup> A lei, às expressas, exige determinação do Poder Público. Nesse vértice, aliás,

<sup>22</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada artigo por artigo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 69.

<sup>23</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada artigo por artigo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 70.

<sup>24</sup> A respeito: “É dever legal do inquilino permitir que se realizem as obras destinadas à reparação de danos no prédio locado. Consentindo ele na sua efetivação, sequer determinada pela autoridade pública, e não havendo risco na sua permanência no imóvel, é inadmissível deferir-se a retomada” (*Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 633, p. 136, jul. 1988; cf. citou SANTOS, Gildo dos, *Locação e despejo: comentários à Lei 8.245/91*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 43.).

força a incidência do parágrafo único do artigo 26 da LI, ou seja, o locatário está obrigado a consentir as obras, mas, se os reparos urgentes durarem mais de 10 (dez) dias, o locatário terá direito ao abatimento do aluguel, proporcional ao período excedente; se mais de 30 (trinta) dias, o contrato poderá ser resilido.

#### 4. Garantia não substituída (art. 59, VII, da Lei n. 8.245/91)

O artigo 40 da LI é incisivo ao regular a possibilidade de o locador exigir novo garantidor ou substituição da garantia quando houver a exoneração do fiador.

De fato, o fiador pode se exonerar nas seguintes hipóteses: a) havendo sub-rogação da locação nos casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o fiador, caso não queira continuar como garantidor do cônjuge ou do companheiro que irá permanecer no imóvel, deverá, no prazo de 30 dias contado do recebimento da comunicação prevista no § 1º do art. 12 da LI, exercer a faculdade legal potestativa,<sup>25</sup> ficando, porém, responsável pelos efeitos da fiança durante 120 dias após a notificação do fiador; b) prorrogada a locação por prazo indeterminado, uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração (nesta hipótese, o fiador ficará ainda obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 dias após a notificação do locador nos moldes do art. 40, X, da LI).

A primeira hipótese de exoneração justifica-se porque a fiança envolve uma **vinculação de confiança**. Não raro, o garantidor não tem qualquer laço de amizade ou parentesco com o cônjuge ou companheiro que permanecerá no imóvel. Anda bem a lei ao autorizar a exoneração havendo sub-rogação.

A segunda hipótese permite a exoneração por mera opção do fiador, estando o contrato em vigor por prazo indeterminado. Essa opção está em sintonia também com a natureza do contrato de fiança, que é gratuito e benéfico; e, por isso, não parece nada justo que o garantidor fique **responsável de forma indefinida**.

Adverte-se que, salvo disposição contratual em contrário, a fiança deve ser estendida, em tese, até a efetiva devolução do imóvel, ainda que a locação tenha sido prorrogada por prazo indeterminado (art. 39 da LI, com a redação determinada pela Lei n. 12.112/09). E mais: para

<sup>25</sup> Potestativa, isto é, não precisa de motivação.

a exoneração, que não tem efeitos pretéritos, o fiador deve notificar o locador de sua intenção, desde que o contrato esteja vigorando por prazo indeterminado, ficando obrigado ainda por 120 dias (prazo especial da LI e, assim, inaplicável o prazo de 60 dias, a partir da vigência da Lei n. 12.112/09, previsto no artigo 835 do CC).

Pois bem.

Havendo exoneração do fiador, o locador poderá notificar o locatário para apresentar nova garantia locatícia no prazo de 30 dias, sob pena de desfazimento da locação, nos termos do parágrafo único do artigo 40 da LI.

Desfeita a locação, pela ausência de garantidor, poderá o locador ingressar com ação de despejo, com a possibilidade de requerer a desocupação imediata diante da expressa autorização do artigo 59, VII, da Lei n. 8.245/91.

Inegavelmente, sem garantias o locador está exposto ao **risco da inadimplência** do locatário. Essa exposição que não foi assumida no início da locação é que motiva o desfazimento do vínculo e levou a nova lei a disciplinar a desocupação imediata. Nesse vértice:

se fosse preciso aguardar a sentença de mérito, que pode demorar, para só então se rescindir a locação, poderia o locador sofrer irreparável dano, se neste interregno de tempo viesse o locatário a ficar inadimplente quanto ao pagamento do aluguel e acessórios da locação.<sup>26</sup>

Ajuizada a ação de despejo, pode o locatário evitar a desocupação com a apresentação da garantia que faltou? Entendemos que não, pois o vínculo está desfeito (art. 40, parágrafo único, da LI). Entretanto, há quem defenda a aplicação por analogia do art. 59, § 3º, da LI, ou seja, apresentada nova garantia o locatário poderá elidir o despejo liminar (aplicação do mesmo sistema da purgação de mora).<sup>27</sup>

<sup>26</sup> SOUZA, Sylvio Capanema. *A lei do inquilinato comentada artigo por artigo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 263.

<sup>27</sup> A respeito: BISSON, José Luís Palma, Lei n. 12.112/2009, o gato que deveria ter sido nasceu lebre, *Revista do Advogado*, v. 30, n. 108, p. 64, maio 2010 e NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Leis civis comentadas*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 918.

## 5. Término da locação não residencial (art. 59, VIII, da Lei n. 8.245/91)

Como se sabe, a Lei n. 8.245/91 tem dois grandes sistemas de proteção ao inquilino: um no plano residencial e outro no plano não residencial.

No plano residencial temos: a) locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a 30 meses (regime do art. 46 da LI) – maior segurança ao locatário de um lado (contrato escrito e com prazo mais extenso) e mais facilitação à retomada do imóvel de outro; b) locações ajustadas verbalmente ou por escrito e com prazo inferior a 30 meses (regime do art. 47 da LI) – menos segurança ao locatário de um lado (contrato verbal ou por escrito com prazo mais exíguo) e mais dificuldade para a retomada do imóvel de outro; c) locação para temporada – aquela destinada à residência temporária do locatário para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, realização de obras no seu imóvel, desde que contratada por prazo não superior a 90 dias (regime dos arts. 48, 49 e 50 da LI) – mais facilidade à retomada do imóvel.

No plano não residencial: a) locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas (regime do art. 53 da LI) - locações de grande interesse público têm maior proteção da lei; b) locações envolvendo lojistas e empreendedores de *shopping center* – disposições atípicas para regular esse contrato especial (regime jurídico do art. 54 da LI); c) **para os demais casos** de locação não residencial, excluindo-se às hipóteses dos artigos 53 e 54 da LI, aplicação do regime jurídico do artigo 56 da LI – mais facilitação à retomada do imóvel pelo locador, desde que inexistir direito à renovação compulsória prevista no artigo 51 da LI.

É lógico que a locação residencial precisa de mais proteção da lei nesse autêntico **dirigismo contratual** que traz limites à liberdade das partes de contratar. Mas, em qualquer caso, a intervenção do Estado é motivada basicamente pela hipossuficiência do locatário na relação locatícia. Nessa quadra, o artigo 45 da LI está assim vazado:

São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente Lei, notadamente as que proíbem a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito

à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

Verdadeiramente, a Lei de Locações tem “ideologia definida de intransigente respeito aos direitos dos locatários e de rigoroso acompanhamento das hipóteses que possam ser muito prejudiciais ao locador”.<sup>28</sup>

O que nos interessa mais precisamente é entender a **regra geral** da locação **não residencial**. Indisputavelmente, diferenças significativas entre a locação residencial e a não residencial canalizam para o trato diferenciado. Vale dizer, a regra das locações não residenciais é de que o contrato por prazo determinado, independentemente do prazo de ajuste (12, 18, 24 ou 30 meses), cessa, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso (art. 56 da LI). Porém, findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de 30 dias sem oposição do locador (quer dizer, sem o ingresso da ação de despejo decorrente do término da locação), presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado (parágrafo único do art. 56 da LI). Mas vale a advertência: caso o contrato venha a ser prorrogado por prazo indeterminado, o interesse processual à ação de despejo só estará presente se o locador denunciar o contrato (**denúncia vazia**), com a concessão de 30 dias para desocupação (art. 57 da LI).

Nestas ações de despejo do art. 56 da LI é que se passou a autorizar a tutela antecipada (art. 59, § 1º, VIII, da LI). Pelo ordenamento jurídico, a **relevância social** da locação não residencial é **menos** significativa do que da locação residencial. Logo, além do regime diferenciado, autoriza-se o despejo antecipado.

Questão atual e muito relevante diz respeito à possibilidade do despejo de imóvel ocupado por sociedade empresária em recuperação judicial. O *stay period* deve compreender despejos por falta de pagamento? A competência para determinar a retomada do imóvel é do juízo universal ou do juízo cível?

Inicialmente, parece que as ações de despejo por falta de pagamento devem ser enquadradas nas hipóteses de execução do *stay period* previsto no art. 6º da Lei n. 11.101/05. De fato, o prazo previsto na Lei n. 11.101/05 tem como pano de fundo o ideal de preservar a unidade produtiva, beneficiando, indistintamente, o devedor e os credores

<sup>28</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Leis civis comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 890.

como um todo. Inegavelmente, o decreto de despejo nessas circunstâncias pode efetivamente gerar um impacto direto e nefasto à possibilidade de reestruturação da sociedade empresária. Por esses motivos, na perspectiva de garantir a unidade produtiva, abraçando, assim, os fins sociais da lei, há inúmeros julgados das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial no sentido de aplicar o período de suspensão previsto no art. 6º da Lei n. 11.101/05 às ações de despejo. Nesse sentido, força trazer à baila importante precedente da 1ª Câmara de Direito Empresarial estampado no julgamento do AI n. 2044673-54.2017.8.26.0000, j. 13-09-2017, rel. Des. Cesar Ciampolini, cuja ementa restou lançada da seguinte forma:

Recuperação judicial. Grupo Handbook. Decisão que determinou a suspensão das ações de despejo ajuizadas contra as recuperandas. Agravo de instrumento de locador. “Stay period” que visa à preservação da unidade produtiva, em benefício dos credores e das recuperandas. Ações de despejo que podem causar impactos diretos na reestruturação, uma vez que atingem bens essenciais ao desenvolvimento das atividades econômicas das recuperandas no varejo. Aplicabilidade do período de suspensão às ações de despejo. Demandas que, por decorrerem de mora no pagamento de créditos líquidos e certos (aluguéis), sujeitam-se à recuperação judicial. Competência do juízo recuperacional para apreciação de todas as medidas que possam atingir o patrimônio social e os negócios jurídicos das empresas em reestruturação, de modo a assegurar o cumprimento do princípio inscrito no art. 47 da Lei de Recuperações e Falências. Relevância dos pontos comerciais explorados pelas recuperandas, essenciais ao desenvolvimento das atividades comerciais e ao sucesso do plano de reestruturação. Manutenção da decisão agravada. Agravo de instrumento a que se nega provimento.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> No mesmo sentido: TJSP, AI 2185323-88.2016.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Empresarial, j. 08-02-2017, rel. Des. Cesar Ciampolini. Em precedente do STJ em caso simile restou decidido: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL CUMULADA COM DESPEJO E COBRANÇA. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ART. 47 DA LEI N. 11.101/05. 1. O art. 24, § 2º, II, do Decreto-lei 7.661/45 teve sua redação alterada com o advento da Lei no 11.101/2005 (art. 6º, § 1º), acarretando redução das hipóteses que não se submetem aos



A par de toda essa construção, diga-se necessária para garantir e preservar a atividade produtiva, nos julgados do STJ mais atuais a corrente que se cristalizou e na esteira de que **“nada obsta o prosseguimento de ação de despejo proposta por proprietário do bem contra empresa em recuperação judicial”**.<sup>30</sup> Em outras palavras, **“a ação de despejo movida pelo proprietário locador em face de sociedade empresária em recuperação judicial não se submete à competência do Juízo recuperacional”**.<sup>31</sup>

## 6. Falta de pagamento no contrato sem garantia (art. 59, IX, da Lei n. 8.245/91)<sup>32</sup>

Para incentivar novas locações, o que contribuirá para diminuir o déficit habitacional, a lei trouxe uma vantagem significativa para o locador retomar o imóvel havendo falta de pagamento do aluguel e acessórios da locação, estando o contrato desprovido de quaisquer das garantias locatícias previstas no artigo 37 da LI, por não ter sido contratada ou no caso de extinção ou exoneração da garantia.

---

efeitos da falência/recuperação. Assim, apenas as demandas relativas à quantias ilíquidas continuam tramitando no juízo em que estiverem sendo processadas, excluídas aquelas relativas à coisa certa, prestação ou abstenção de fato. 2. No caso, busca-se a restituição de coisa certa (despejo) e a cobrança de quantia líquida (aluguéis), cujo aferimento depende de simples cálculo aritmético. As medidas adotadas no âmbito da ação originária de despejo cumulada com rescisão contratual e cobrança poderão impedir o cumprimento do plano de recuperação judicial homologado e aprovado, acarretando, eventualmente, a convalidação da recuperação judicial em falência. 3. O crédito extraconcursal encontra-se intimamente ligado ao “fato da falência”, hipótese diversa da presente. Ainda que assim não fosse, caberia ao Juízo universal apurar se o crédito reclamado é ou não extraconcursal. 4. Ademais, a existência de contrato de compra e venda de Unidade Produtiva Isolada (Usina Santa Cruz), que estaria localizada em terras abrangidas pelo contrato de parceria agrícola, não afasta a competência do Juízo da Recuperação, se tal pactuação estiver prevista no Plano da Recuperação Judicial, como registrou a Recuperanda/suscitante na petição apresentada perante o Juízo universal. Cabe ao Juízo da Recuperação verificar a idoneidade e a licitude da pactuação. 5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de São José do Rio Preto/SP” (STJ, CC n. 119.949-SP, 2ª Seção, j. 12-09-2012, rel. Des. Luis Felipe Salomão).

<sup>30</sup> STJ, AgRg no CC 145517-RS, 2ª Seção, j. 29-06-2016, rel. Moura Ribeiro.

<sup>31</sup> STJ, CC n. 148.883-RJ, 2ª Seção, j. 26-04-2017, rel. Min. Nancy Andrighi.

<sup>32</sup> Com efeito, são apenas dois os requisitos para a concessão da liminar diante do não pagamento dos aluguéis pelo locatário: (i) depósito da caução; (ii) ausência de garantia. Assim, a prévia notificação do locatário não é requisito para a liminar. Vale dizer, “a prévia notificação do locatário não é exigida nas hipóteses de ação de despejo por falta de pagamento, pois se trata de mora ex re, que decorre do simples inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, exatamente como preconiza o artigo 397 do Código Civil” (TJSP, AI n. 2169011-03.2017.8.26.0000, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 27-09-2017, rel. Des. L. G. Costa Wagner).

Cuida-se de hipótese **providencial e justa**. Como se verifica na praxe forense, o tempo do processo até a decretação do despejo tem representado prejuízos consideráveis ao locador quando o contrato está desprovido de garantias, especialmente porque, nestes casos, “são remotíssimas as probabilidades de realização do crédito”.<sup>33</sup>

Concedida a liminar de despejo, entretanto, o locatário poderá evitar a rescisão da locação e elidir o cumprimento da tutela antecipada se, dentro dos 15 dias concedidos para a desocupação voluntária do imóvel e independentemente de cálculo, efetuar depósito judicial que contemple a totalidade dos valores devidos, na forma prevista no inciso II do artigo 62 da LI. Claramente, “o legislador prestigia o vínculo em favor do locatário moroso que, entretanto, antes da ordem liminar, faz o depósito da importância exigida pelo locador, purgando a mora, desde que, evidentemente, seja essa a causa de pedir de despejo”.<sup>34</sup>

Uma questão atual diz respeito à possibilidade da tutela antecipada em se tratando de garantia insuficiente. Imaginando, por exemplo, que a garantia tenha sido na modalidade de caução em dinheiro (que não pode exceder a 3 (três) meses na esteira do § 2º do art. 38 da LI) e que o dinheiro depositado já não mais garanta a satisfação de todo o crédito, viável concluir ser possível a liminar de despejo. O esgotamento da garantia pode ser entendido como inexistência, o que autoriza a incidência do inciso IX do § 1º do art. 59 da LI. Essa interpretação é a mais adequada para atender o ideal da reforma.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada artigo por artigo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 265.

<sup>34</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 918.

<sup>35</sup> Nesse sentido, força indicar o precedente da 31ª Câmara de Direito Privado, j. 22-08-2017, rel. Des. Carlos Nunes, a saber: “a relação locatícia discutida nos autos foi comprovada pelo contrato e, embora conste na cláusula 12ª a prestação de caução no valor de R\$ 1.400,00 (fl. 10), fato é que o débito em aberto, no valor de R\$ 5.102,07 supera tal garantia, de modo que se conclui pela sua extinção ante o fato de já ter sido absolutamente consumida pelo montante em aberto. Portanto, entendo tipificada nos autos a hipótese permissiva da concessão da liminar em sede de ação de despejo por falta de pagamento, tal como descrita pelo dispositivo invocado, é de regra sua concessão” (TJSP, AI n. 2139202-65.2017.8.26.000, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 22-08-2017, rel. Carlos Nunes). Em outro precedente: “LOCAÇÃO RESIDENCIAL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. TUTELA ANTECIPADA. CONSTATAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS, A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO. AGRAVO PROVIDO. Diante da constatação de que a garantia contratual é insuficiente para atender ao montante da dívida, ou seja, grande parte do débito não está garantido, inegável se apresenta o reconhecimento de que tem a autora o direito à concessão da medida liminar (artigo 59, § 1º, inciso IX, da Lei 8.245/91)” (TJSP, AI 2092865-52.2016.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 24-05-2016, rel. Des. Antonio Rigolin). Em sentido diverso, entendendo que exaurimento da garantia não se confunde com inexistência: TJSP, AI n. 2217623-69.2017.8.26.0000, j. 30-11-2017, Edgard Rosa; TJSP, AI n. 2125356-78.2017.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 29-11-2017, rel. Des. Neto Barbosa Ferreira.

Por tudo, fácil concluir que a nova lei quis dar um voto de confiança ao bom pagador. Para Magalhães de Almeida, esse novo sistema valoriza o fechamento de novos contratos com base apenas na análise do perfil do locatário, sem maiores burocracias ou garantias: “isso porque o proprietário do imóvel sabe que se deixar de receber pode entrar imediatamente com a ação de despejo. Com isso ele pode retomar rapidamente o imóvel e voltar a alugá-lo, passando a receber os aluguéis do novo” inquilino.

## 7. Bibliografia

BISSON, José Luís Palma. Lei n. 12.112/2009, o gato que deveria ter sido nasceu lebre. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 30, n. 108, p. 64, maio 2010..

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. Uma breve reflexão sobre os recursos ordinários no projeto do novo CPC e a duração razoável do processo. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de et al. (Coord.). *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Gildo dos. *Locação e despejo: comentários à Lei 8.245/91*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de direito processual*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada artigo por artigo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

TOMASETTI, Alcides. *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>36</sup> Cf. *Jornal do Advogado*, ano XXXV, n. 347, fev. 2010.

# Conceito e interpretação dos contratos mercantis

Ivo Waisberg<sup>1</sup>  
Advogado

## 1. Introdução

Já tivemos a oportunidade de analisar a autonomia do direito comercial e concluir solidamente por continuar o direito mercantil autônomo, mesmo após a entrada em vigência o Código Civil e a internalização neste diploma do direito de empresa.<sup>2</sup>

A efetividade dessa autonomia se reflete na peculiaridade dos seus institutos. E, sem dúvida, o contrato mercantil<sup>3</sup> é um dos pilares não só do direito comercial, mas também da economia e do mercado.

Este estudo teve por finalidade conceituar o contrato mercantil e analisar as regras de interpretação que norteiam o contrato comercial e o diferenciam de outros regimes contratuais.

## 2. O contrato mercantil

É controversa a manutenção da existência da distinção entre contratos civis e comerciais após o advento do Código Civil de 2002 e da pretendida unificação do direito obrigacional. A utilidade dessa distinção, que ainda subsiste conforme abordaremos adiante, reside primordialmente na definição dos cânones interpretativos nos contratos empresariais.

Fábio Ulhoa Coelho afirma que os contratos privados no direito brasileiro (excetuado os contratos de trabalho) eram divididos entre

---

<sup>1</sup> Livre-Docente em Direito Comercial, Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais e Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. *Master of Laws* em Regulação pela *New York University*. Professor de Direito Comercial da PUC-SP e da GVLaw. O autor agradece o auxílio de pesquisa e revisão de Ana Cláudia de Oliveira Rennó e Sara Tainá Soliani.

<sup>2</sup> WAISBERG, Ivo. O Projeto de Lei n. 1.572/2011 e a autonomia do direito comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67-84.

<sup>3</sup> Para todos os fins, neste artigo, usaremos como sinônimas as expressões contrato mercantil, contrato comercial e contrato empresarial.

comerciais e civis até 1991, quando entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, passando a ser tripartite esta distinção, pois a ela foram agregados os contratos de consumo.<sup>4</sup> Ricardo Negrão reconhece que a unificação do direito obrigacional não significa o abandono da autonomia do direito empresarial e que não há como tratar igualmente contratos firmados entre empresários e entre pessoas comuns.<sup>5</sup> A existência da distinção entre contratos comerciais e civis, após o Código Civil de 2002, é também expressamente reconhecida por Haroldo Verçosa, que divide os contratos entre civis, comerciais e do consumidor.<sup>6</sup>

Qualquer tipo de classificação científica não deve ser tomada como certa ou errada, mas sob o ângulo de ser útil ou inútil. Para nós, a classificação dos contratos entre comerciais e civis ainda tem respaldo e utilidade. A esses dois tipos seriam somados ainda como categorias distintas os contratos do consumidor, de trabalho e os contratos de direito administrativo.

Com efeito, a unificação das regras gerais de obrigações e contratos no Código Civil significa apenas que todos os contratos estão sujeitos às diretrizes para formação, validade e forma estabelecidas na parte geral de contratos, assim como a alguns princípios gerais, como a boa-fé objetiva ou a função social, que são aplicáveis, da forma supletiva a todos eles, respeitadas as peculiaridades de cada um. A unificação das obrigações, portanto, não significou o fim da distinção entre contratos civis e comerciais.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 34-38.

<sup>5</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, p. 224-225.

<sup>6</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 24-25. Aponta o autor, ainda, que os contratos civis são usados por empresários, assim como agentes não empresários recorrem a contratos historicamente mercantis (ibid., p. 25-26).

<sup>7</sup> Nesse sentido, Verçosa leciona: “Havendo sido feita a unificação do direito das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro, na esteira do que já ocorreu anteriormente em outros países, avultando de importância para nós o direito italiano, nem por isso teria deixado de existir uma clara separação entre contratos civis e mercantis, já que o Direito Comercial manteve a sua autonomia perante o Direito Civil” (VERÇOSA, op. cit., 2010, p. 29). É de se notar, no entanto, que o autor, ao final da obra ora citada, afirma que os contratos empresariais foram colocados na mesma roupagem dos civis, sem perceber o legislador o equívoco que incorria pelas diferenças existentes entre ambos. Critica, também, a opção legislativa do Código Civil, mencionando ser o antigo Código Comercial mais eficiente no atendimento às necessidades do empresário. Aponta, com isso, o que chama de crise do contrato, uma “infecção generalizada nos contratos mercantis” (ibid., p. 345-348). Efetivamente, não podemos deixar de concordar com a crítica ao modo como tentou o legislador unificar as obrigações no Código Civil de 2002. E este equívoco faz ser ainda mais importante a função de interpretação, tendo a consciência das diferenças das relações civis e comerciais, utilizando-se o ferramental adequado para o exame e interpretação dos contratos comerciais.

Engrácia Antunes, após apontar o declínio da clássica conceituação dos contratos comerciais centrada nas figuras dos atos de comércio ou na subjetividade da parte, concluiu pela existência da qualificação de contratos comerciais ou de empresas.<sup>8</sup> Conceitua este autor o contrato comercial:

[...] os contratos que são celebrados pelo empresário no âmbito da sua actividade empresarial: a intervenção de um empresário no contrato (designadamente, como uma das partes contratantes) e a pertinência desse contrato à constituição, organização ou exercício da respectiva actividade empresarial, são assim os elementos caracterizadores ou qualificadores da comercialidade de um contrato.

Entendemos que, embora pertinente, essa definição não é completa. Por um lado, corretamente, esse conceito afasta da mercantilização contratos celebrados por empresários fora de sua atividade, não tendo a qualidade da parte como único fator de categorização. Assim, evidentemente, quando dois empresários celebram a venda de uma residência de um para o outro, o contrato é civil embora as partes sejam empresárias. No entanto, a qualificação subjetiva exigir dois empresários restringe a conceituação e acaba por não abarcar, como veremos, alguns contratos nitidamente empresariais.

Forgioni já apontou que uma das características do contrato mercantil é a intenção do lucro:

Identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro. É preciso reconhecer: esse fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.<sup>9</sup>

A característica da busca do lucro por ambas as partes é sem dúvida um traço determinante dos contratos comerciais. No entanto, a

<sup>8</sup> ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 40.

<sup>9</sup> FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

autora também aponta a necessidade da subjetivação do conceito ao afirmar que o vínculo jurídico deve-se estabelecer entre empresas, neste ponto na linha similar de Antunes.<sup>10</sup>

Bom notar que Forgioni se refere a empresas no lugar de empresários, um avanço com o qual concordamos. Isto porque, a utilização do conceito de empresa ao invés de empresário amplia a abrangência da qualificação subjetiva para a caracterização do contrato mercantil.

Mas mesmo o conceito de empresa não seria capaz de englobar todas as situações passíveis de serem classificadas como mercantis contratualmente em nossa visão. Existem contratos que são mercantis pela essência de seu escopo e ambiente de celebração, ainda que as partes não sejam necessariamente empresárias ou nem mesmo empresas.

O ponto que se coloca é se um contrato celebrado entre um empresário e um não empresário, ou até entre dois não empresários, pode ser considerado mercantil. Ainda que de forma excepcional, entendemos que sim.

Um exemplo dessas situações pode ser encontrado no ambiente societário, podendo ser aplicado o raciocínio tanto para os contratos sociais de sociedades empresárias como para contratos parassociais, tal qual o acordo de acionistas e cotistas ou pactos laterais para instituição de preferência para aquisição de participação societária, opções de compra e venda, *tag along* ou *drag along*.

Em todos esses casos, as partes celebrantes podem não ser empresárias, nem mesmo empresas no seu conceito econômico. Podem ser apenas sócios da sociedade empresária, que em si não se qualificam como empresários ou empresa<sup>11</sup>. O objeto do contrato, isto é, a participação na sociedade empresária, é um objeto por natureza mercantil, visando por definição a busca do lucro.

A classificação de qualquer dos contratos acima listados como comercial nos parece evidente. Trata-se de uma relação de investimento visando o lucro de todas as partes. Ao comprar ações ou cotas, ou simplesmente detê-las, as partes estão participando da seara empresarial

---

<sup>10</sup> “Outrora, do ponto de vista subjetivo, a presença de uma única empresa (ou comerciante) na relação bastava para atribuir comercialidade ao contrato; hoje essa qualificação requerer que o vínculo jurídico seja estabelecido exclusivamente entre empresas” (FORGIONI, op. cit., 2009, p. 30.).

<sup>11</sup> Neste ponto, caberia perguntar se a simples condição de sócio de uma sociedade empresarial seria capaz de qualificar tal sócio como empresa. Caso a resposta seja positiva, o conceito de Forgioni captaria tal situação. Entendemos, no entanto, não ser, pois a condição de sócio pode fazer parte de uma atividade organizada, mas não é ela, em si, uma atividade desta natureza.

pelo lado do empresariado. E assim sendo, não pode ter outra característica o contrato que versa sobre a constituição da sociedade ou pactos sobre as participações que não a empresarial.<sup>12</sup> Sobre a compra e venda de participações sociais, por exemplo, Engrácia Antunes já apontou, com acerto, ser este tipo de contrato especificamente um contrato “naturalmente empresarial”.<sup>13</sup>

Outro exemplo de contrato mercantil em que ao menos uma das partes não é empresária está nos contratos relativos a investimentos, como, por exemplo, aqueles que ocorrem no mercado de capitais, envolvendo investidores pessoas físicas e corretoras, bolsas de valores e outros agentes. O objetivo final de lucro é claro e não permite outra classificação que não seja a mercantil, mesmo que uma das partes não seja empresária. Mas o intuito do contrato é indiscutivelmente mercantil. Vale notar que Menezes Cordeiro já esclareceu a importância de se analisar a essência dos contratos para averiguar sua classificação como comercial, mesmo no tocante a contratos mistos, isto é, que possuem parte do escopo comercial e parte não.<sup>14</sup>

Assim, a definição de contrato comercial não pode ter como elemento central apenas a questão subjetiva, ou seja, ser baseada unicamente na característica da parte. Isto é, nem o fato das partes serem todas empresárias torna o contrato comercial, nem o fato de não serem afasta a possível natureza mercantil. A classificação, em adendo ao caráter subjetivo, deve levar em conta também o seu escopo.

No nosso entender, o contrato mercantil pode ser definido como aquele celebrado entre empresários ou empresas no bojo de suas atividades econômicas, bem como aquele celebrado por empresários ou não empresários com escopo essencialmente comercial, assim entendido objetivo mediato ou imediato de lucro das partes na celebração, mediante a assunção de riscos alocados contratualmente.

---

<sup>12</sup> Evidentemente, o direito não despreza as diferenças entre o acionista controlador e o minoritário, ou entre o investidor qualificado e o pequeno investidor. Tanto o direito societário traz regras sobre a proteção do acionista minoritário quanto a regulação de mercado de capitais protege o investidor não qualificado, tentando mantê-lo informado ou destinando alguns investimentos mais sofisticados apenas para determinados tipos de investidor. Contudo, esta proteção ou diferenciação se dá dentro do direito societário ou da regulação de mercado. Os contratos celebrados com esse escopo são sempre comerciais, pois a operação tem como objeto exatamente um valor mobiliário. Sua essência é, portanto, mercantil.

<sup>13</sup> ANTUNES, op. cit., 2012, p. 45.

<sup>14</sup> Salientamos, ainda, que, num contrato misto que possua disposições de várias ordens, se no seu centro constar uma essencialidade mercantil, comercial será o contrato (ver CORDEIRO, Antônio Menezes, *Direito comercial*, 3. ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 537.).



Embora sujeitos a uma teoria geral comum, contratos civis e empresariais não são iguais. Em especial, a maior diferença entre eles se dá exatamente no campo da interpretação. Alguns cânones peculiares devem ser seguidos na interpretação dos contratos comerciais.

### 3. A interpretação do contrato mercantil

Todo contrato pode estar sujeito a interpretação<sup>15</sup>. As ambiguidades normais da escrita, as percepções diferentes das partes, a necessidade comercial ou até a falta de boa-fé, elementos habituais e muitas vezes cumulados, podem levar à necessidade de interpretação contratual. E caso isso ocorra, a interpretação passa a ser elemento de estabilização do mercado, pois ela dará o sentido ao contrato, que por sua vez é o instrumento de construção do mercado. É um ato, portanto, de suma relevância e impacto. Pensar em regras interpretativas é uma necessidade prática e não uma escolha acadêmica.

No tocante às diretrizes interpretativas dos contratos comerciais, vale mencionar as principais características que as diferenciam da hermenêutica do contrato civil.<sup>16</sup> Para a interpretação dos contratos

<sup>15</sup> Ensinha Roppo: “Muitas vezes, de facto, interpretar o contrato constitui uma verdadeira e própria necessidade, se se quiser dar ao mesmo uma actuação concreta e assim realizar, efectivamente, a operação económica que lhe corresponde. [...] É claro que situações como esta não são raras, devido ao facto de, nem sempre, as partes, ao formular o texto do regulamento contratual, empregarem expressões tão precisas, unívocas e completas como seria necessário para excluir qualquer dúvida em torno do seu significado, mas, as mais da vezes, usam palavras ou fórmulas linguísticas aproximativas, lacunosas, ambíguas, cujo real significado não é fácil de determinar; até porque uma mesma expressão pode ser entendida de diferentes modos conforme o tempo, o lugar as circunstâncias nas quais o declarante a formulou e o destinatário a recebeu, e em modos também diversos, consoante o grau de cultura, das competências profissionais específicas, os particulares uso linguísticos da região e o ambiente social, ao qual pertencem declarante e destinatário da declaração. É assim compreensível que cada contraente seja tentado (consciente ou inconscientemente) a retirar, para si próprio, vantagens da ambiguidade e das incertezas que, desse modo, se criam, tentando impor a interpretação que lhe é mais favorável. Mas é, por outro lado, claro que por esta via – se nenhum dos contraentes renuncia a fazer valer a sua interpretação, ou se, de qualquer maneira, estes não acordam sobre uma interpretação comum – a operatividade do contrato, do negócio, vem a ser paralisada. E assim permanece até que uma autoridade imparcial (em regra o juiz, solicitado por um dos interessados) declare, com força vinculante para as partes, qual é o sentido a reconhecer à expressão controversa, e assim solucione o conflito surgido. Na procura do significado a atribuir ao regulamento contratual, no individualizar, em concreto, a medida e a qualidade das obrigações que respeitam a cada parte consiste justamente a operação judicial de interpretação do contrato” (ROPPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Janeiro C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 169).

<sup>16</sup> “É mesmo evidente que os negócios mercantis merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores, porque estas obedecem a princípios que não podem ser aplicados aos vínculos entre empresários” (FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial,*

mercantis, apontamos a existência de quatro princípios, a saber: (i) autonomia privada ampla; (ii) usos e costumes; (iii) sentido econômico da operação e (iv) interpretação em favor do devedor.

(i) *autonomia privada ampla*

Já conceituamos a autonomia privada como:

a esfera de competência outorgada legalmente ao particular dentro da qual pode ele regulamentar suas relações por meio de negócios jurídicos. Com efeito, essa esfera pode ser maior ou menor dependendo do assunto e da relevância social da relação jurídica regulamentada.<sup>17</sup>

Suplantando o princípio voluntarista da autonomia da vontade, o conceito de autonomia privada deixa claro que esta liberdade é exercida dentro de limites sociais pré-estabelecidos.<sup>18</sup>

Mas o grau dessa autonomia está ligado ao jogo de forças dos contratantes e ao ramo do Direito. Quanto mais regulamentado e protetivo, menor essa autonomia privada. Assim, se fôssemos usar uma escala de 1 a 10, sendo 1 o menor grau de autonomia privada e 10 o maior, poderíamos dizer que no contrato de trabalho a autonomia seria de grau 1-2, no contrato do consumidor de grau 3-4, no contrato civil de grau 5-6 e no contrato comercial de grau 7-10.

---

*Econômico e Financeiro*, São Paulo, 130, p. 23, abr./jun. 2003.). E continua a autora: “Portanto, a interpretação do negócio comercial, sob o ponto de vista do mercado, não pode desconsiderar que: (i) segurança e previsibilidade são necessárias para garantir a fluência de relações de mercado; (ii) os textos normativos devem permitir adequada equação entre necessidade de segurança/previsibilidade e adaptação/flexibilização do direito; (iii) ao Estado, enquanto agente implementador de políticas públicas, há de ser assegurado o poder de intervenção sobre o mercado, editando normas que estabeleçam o que é lícito e o que é ilícito; (iv) a força normativa dos usos e costumes deve ser adequada ao interesse público; (v) os usos e costumes são fonte de direito comercial; a racionalidade econômica dos agentes não pode ser desconsiderada pelo direito estatal [...]”

<sup>17</sup> WAISBERG, Ivo. Autorização prévia da cessão de contrato nos contratos de adesão. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 3, v. 6, p. 84, jul./dez. 2000. Segundo Noronha, autonomia privada: “consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e distribuição de bens e serviços” (NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 115.).

<sup>18</sup> Sobre a evolução da teoria contratual, ver WAISBERG, op. cit., 2000.

Assim, no contrato de trabalho o grau de decisão das partes é pequeno, normalmente ligado a poucos elementos essenciais da contratação. No direito do consumidor, embora mais largo, a incidência de normas protetivas e de reequilíbrio é grande. No civil, já há um maior respeito à autonomia privada. Mas é no contrato mercantil que esta autonomia tem maior peso. E assim deve ser.

Com efeito, sendo os contratos mercantis parte fundamental da economia de mercado pautada na liberdade de iniciativa e concorrência, nada mais lógico que a autonomia das partes seja ampla, cabendo a cada uma o ônus da decisão de contratar ou não e do que definir como risco/retorno. Assim, a alocação de risco negociada deve ser respeitada.

Nesse cenário, as normas de caráter mitigador da autonomia, como aquelas referentes à onerosidade excessiva<sup>19</sup>, revisão de contratos, função social, têm seu espectro de incidência reduzidos ao caráter excepcional.<sup>20</sup> Não se pode dizer que não se apliquem, mas sua aplicação supletiva é mais rara em razão do respeito à autonomia das partes.

É comum a distinção entre interpretação subjetiva e objetiva<sup>21</sup>. A primeira diz respeito à intenção comum ou vontade comum das partes<sup>22</sup>. A segunda abrange encontrar o sentido mais funcional e comum daquela operação econômica para esclarecer as ambiguidades ou obscuridades contratuais de forma a dar sentido mercadológico à contratação.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> “O padrão de conduta que se exige dos profissionais é mais elevado. Nesse contexto, o rol de eventos ‘extraordinários e imprevisíveis’, capazes de conduzir a uma ‘onerosidade excessiva’, nos termos da lei, é também mais restrito” (PELA, Juliana Krueger. Risco e contratos empresariais: a aplicação de resolução por onerosidade excessiva. In: SZTAJN, Rachel; SALLES, Marcos de Almeida; TEIXEIRA, Tarcisio (Coord.). *Direito empresarial: estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2015. p. 494.).

<sup>20</sup> No caso de aplicação das leis de insolvência, por exemplo, a aplicação desses princípios pode ter seu espectro de incidência aumentado justamente em razão dos princípios de preservação da empresa e proteção aos empregos, o que, novamente, impacta tanto o grau de autonomia quanto os cânones interpretativos.

<sup>21</sup> “Dois são os principais critérios de interpretação: o critério subjetivo induz ao exame de intenção comum dos contratantes, o critério objetivo busca dar ao contrato sentido, entre os expostos em juízo pelas partes, que melhor corresponda a valores de objetiva sensatez, equidade, funcionalidade” (BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 57.).

<sup>22</sup> “A interpretação subjetiva é a indagação da vontade comum, ou seja, constitui a verificação da vontade real das partes contratantes - determinar o conteúdo do contrato aplicando-se o princípio de investigação da vontade real (voluntas spectanda - vontade verificada)” (SILVA, Américo Luis Martins da. *Contratos comerciais: atualizado de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 152).

<sup>23</sup> “A interpretação objetiva é a indagação que visa buscar o sentido concreto da intenção das partes contratantes, ou seja, é o meio de esclarecer as declarações literais contidas no contrato, cuja aplicação à realidade fática encontra-se prejudicada em virtude de serem dúbias ou ambíguas e por não ser possível identificar qual a efetiva intenção das partes contratantes. Daí dizer-se que

No contrato comercial, no entanto, existe um certo paradoxo na utilização das interpretações objetiva e subjetiva. Caso seja clara, a subjetiva deve prevalecer, ainda que seja contrária à objetiva, por respeito à autonomia privada ampla. Caso não seja clara, apenas a objetiva pode ser utilizada pelo intérprete.

Para dar vazão à autonomia privada, a primeira fonte interpretativa é o próprio contrato e seus documentos ancilares. Apenas após buscar nele a solução, restando omissivo, é que outras fontes de integração, como a boa-fé objetiva ou a vontade hipotética das partes, devem ser acionadas.<sup>24</sup> O intérprete deve buscar a intenção das partes nas suas declarações, seja no contrato, em contratos conexos ou em documentos negociais. Apenas das partes pode vir a sua vontade e a interpretação subjetiva. Obviamente uma cláusula ou uma comunicação, ou até um ato de execução podem explicitar a vontade de outra cláusula controversa, pois o contrato deve fazer sentido.

De forma ainda mais rigorosa que no contrato civil, portanto, o intérprete deve achar a intenção das partes e respeitá-la. E o local mais adequado para encontrar a intenção dos contratantes é, sempre, o contrato.<sup>25</sup> Assim, havendo dubiedade, a hermenêutica deve procurar na própria arquitetura contratual, levando em conta outras cláusulas do mesmo arcabouço contratual a melhor interpretação.<sup>26</sup>

### *(ii) usos e costumes*

Em segundo lugar, a influência dos usos e costumes na interpretação do contrato é muito superior no contrato comercial que no civil. Havendo dúvidas, lacunas ou ambiguidades, o costume do local para o mesmo tipo de negócio passa a ser importante fonte interpretativa.<sup>27</sup>

---

a interpretação objetiva é uma interpretação subsidiária: somente deve ser invocada quando for impossível a aplicação do princípio de investigação da vontade real das partes contratantes” (SILVA, op. cit., 2004, p. 153).

<sup>24</sup> CORDEIRO, op. cit., 2012, p. 536.

<sup>25</sup> Além das disposições contratuais, a conduta das partes no cumprimento da obrigação também é um importante elemento para esclarecer o que foi pactuado, pois a prática real é um fator essencial do direito de empresa.

<sup>26</sup> Dispunha o revogado artigo 131 do Código Comercial de 1850 (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850), no inciso 2: “2 – as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas”.

<sup>27</sup> De certo modo, novamente, era o que constava com acerto do Código Comercial de 1850: “Art. 130. As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”; bem como

A utilização dos usos e costumes atinge os contratos comuns de mercado, de contratação setorial ou local reiterada, em que se pode achar claramente um padrão comum e respeitado e se pressupor sua incidência no silêncio contratual ou na sua ambiguidade.

Contratos não usuais não poderão utilizar essa ferramenta interpretativa. Assim, por exemplo, um contrato entre dois agentes para a constituição de uma *joint venture* não tem como utilizar usos e costumes deste tipo de empreendimento, pois as peculiaridades do caso evitam a existência de um padrão e mesmo a justa expectativa no silêncio contratual.

### *(iii) sentido econômico da operação*

Em terceiro lugar, os contratos comerciais são onerosos. Qualquer obrigação assumida no bojo de um contrato comercial deve ser tida por onerosa. Ainda que não se possa atribuir um preço àquela especial disposição, o fruto de transação e concessões durante uma negociação comercial faz com que todo o contrato seja tido por oneroso.

No caso de um direito de preferência instituído no bojo de um acordo de acionistas, por exemplo, pressupõe-se que a preferência para a aquisição de ações foi precificada pelas partes como elemento para a decisão de contratar. As partes atribuíram um valor para dar ou receber a preferência, o que pode ter tido impacto determinante na decisão de contratar. Compreender a economia do contrato, base da sua onerosidade, é fundamental para nortear a interpretação objetiva, pois no campo comercial, de forma enfática, o contrato é a “veste jurídica de operações econômicas”<sup>28</sup> havidas entre as partes.<sup>29</sup>

---

do inciso 4 do artigo 131, que dizia: “4 – o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras”. O Código Civil traz disposição geral similar, mas que, no caso comercial, tem influência muito mais severa: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

<sup>28</sup> ROPPO, op. cit., 2009, p. 127: “Determinar o regulamento contratual significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos, os termos da operação econômica prosseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto refletem a ‘conveniência econômica’ do próprio contrato. [...] isto é que o contrato mais não é que a veste jurídica de operações econômicas, o instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas”.

<sup>29</sup> Obviamente que, se o elemento essencial do contrato for gratuito, como, por exemplo, a fiança sem custo, as regras de interpretação de negócios gratuitos vão se aplicar.

Ao analisar objetivamente o contrato, o intérprete deve atentar para a lógica econômica sistêmica do negócio entabulado. Assim, a alocação de riscos deve ser analisada juntamente com o retorno esperado. Preço, prazo, investimento, oportunidade, tudo deve ser ponderado.

Essa equação nem sempre se limita a preço, podendo atingir investimentos, prazos contratuais, elementos concorrenciais, ou estratégicos. De certo modo, o sentido econômico é a causa contratual do contrato mercantil.

Como já dito, uma vez ultrapassada a interpretação subjetiva por não ser clara a intenção das partes, a interpretação objetiva toma lugar. Nesse momento, é necessário buscar uma lógica econômica coerente para o contrato e ferramentas como a boa-fé objetiva, preconizada no artigo 422<sup>30</sup> do Código Civil, podem ser usados na interpretação do contrato comercial.<sup>31</sup>

Novamente, a parte tem liberdade para assumir um grande risco desprotegido ou uma prestação desproporcional dentro de sua autonomia privada. Mas se essa vontade não surge clara, na interpretação objetiva o sentido econômico pressupõe equilíbrio e sinalagma.

O intérprete deve procurar a melhor solução do caso concreto para seguir o que foi efetivamente contratado e que faça sentido econômico nessa fase. A interpretação deve ser pela função que as cláusulas interpretadas exercem no caso concreto e pela estrutura geral do negócio efetivamente entabulado entre as partes.

#### *(iv) interpretação em favor do devedor*

Por fim, entendemos ainda vigente um princípio que já vinha expresso no antigo Código Comercial de 1850: “Art. 1313, 5 – nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.”

<sup>30</sup> “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Para fazer justiça ao vetusto Código Comercial, a influência da boa-fé já estava reconhecida nos contratos comerciais nos incisos 1 e 3 do artigo 131: “1 – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; [...]”

<sup>31</sup> A boa-fé objetiva como elemento de interpretação e integração dos contratos já está sedimentada entre nós, não merecendo muita digressão. Sobre o assunto, ver NORONHA, op. cit., 1994, p. 125-204; COSTA, Judith Martins, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Ou seja, caso da interpretação subjetiva em respeito à autonomia privada ampla não surja clara a vontade das partes e da interpretação objetiva não se possa, usando os usos e costumes nem o sentido econômico do contato, chegar a uma solução razoável, a interpretação deve então favorecer o devedor. É uma regra de desempate, como a interpretação a favor do aderente ou o *in dubio pro reo* do direito penal.

### **Conclusão**

Os contratos mercantis são categoria contratual autônoma. Embora sujeitos supletivamente às normas gerais dos contratos, possuem peculiaridades que fazem com que suas regras interpretativas sejam distintas das demais categorias contratuais, mesmo do contrato civil.

O conceito de contrato empresarial não pode estar limitado à qualificação subjetiva das partes. Existem contratos entre empresários que não são comerciais, como existem contratos entre não empresários que são mercantis.

Os princípios que devem reger a interpretação contratual são a autonomia privada ampla, usos e costumes, sentido econômico da operação e interpretação em favor do devedor.

# Contratos empresariais e Lei Anticorrupção Sobre os efeitos do nulo em avenças alcançadas por acordos de leniência

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Marcelo Barbosa Sacramone*<sup>2</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Acordos de leniência e uma nova visão sobre o processo estatal sancionador. 3. Contratos empresariais maculados pela corrupção. 3.1. Os efeitos do reconhecimento da invalidade do negócio jurídico e a possibilidade de sua confirmação. 3.2. A possibilidade de o negócio jurídico nulo produzir efeitos. 3.3. Da confirmação do contrato nulo pelo acordo de leniência. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

## 1. Introdução

Questão de alta indagação nos dias que correm é saber que efeitos podem ser dados para as avenças firmadas entre Administração e empresas privadas cujas tratativas tenham sido maculadas pela corrupção.

O vício de motivo conduziria à nulidade do contrato, o que normalmente acarretaria a cessação de efeitos do pacto e a restituição das partes ao *status quo ante*.

Quanto ao que foi executado previamente à declaração de nulidade do negócio jurídico, a tendência seria a de preservação do que for possível, em atendimento não só à realidade (que teima em ter vida

---

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito da 2ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo.



para além do Direito) como em homenagem à vedação do enriquecimento sem causa, à socialidade e à funcionalização dos direitos<sup>3</sup>.

Ilustrando o ponto, teríamos aproximadamente o seguinte cenário: ressalvadas as consequências que devem advir aos criminosos (pessoas físicas ou jurídicas) em razão do ilícito, o que envolve a necessidade de composição do dano que eventual superfaturamento tenha acarretado ao erário, a construção de uma obra já incorporada ao patrimônio público ou a prestação de um serviço já fruído pela Administração são dados do mundo fenomênico que não podem ser desfeitos.

Por outro lado, não é legítimo que o Estado pretenda simplesmente o reembolso de tudo o que despendeu com a execução da avença.

A responsabilidade do particular quanto ao ilícito cometido será avaliada na sede adequada para tanto (que entre nós pode ser o juízo criminal, o da ação de improbidade ou o competente para a aplicação da Lei n. 12.846/2013<sup>4</sup>), mas a singela perda de tudo o que este recebeu, considerando que houve acréscimo ao acervo ou utilidade às atividades do Poder Público, implicaria confisco.

Situação complexa se dá com os contratos que, em vias de execução, são alcançados pela declaração de nulidade. A Administração deverá sempre suspender sua execução? Em havendo acordo de leniência com a empresa envolvida, em que condições tal instrumento poderá operar a convalidação da avença?

Eis as questões que buscaremos responder com o presente estudo.

## **2. Acordos de leniência e uma nova visão sobre o processo estatal sancionador**

O acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846/2013 – LAE é reflexo de uma nova forma de se encarar o processo estatal sancionador, que em maior ou menor medida avança em nossa legislação desde 1990, quando passou a ser expressamente admitido entre nós o estabelecimento de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC entre agentes

---

<sup>3</sup> GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 141.

<sup>4</sup> Para ficarmos em três das principais esferas de responsabilização previstas em nosso ordenamento para casos de corrupção, as quais ainda convivem com outras, como apurações junto ao CADE ou Tribunais de Contas.

estatais e os atores a quem se imputa a agressão a qualquer interesse difuso ou coletivo<sup>5</sup>, entre os quais está a moralidade pública<sup>6</sup>.

Certamente, seria melhor se tais avenças não fossem necessárias para a persecução de pautas de interesse geral.

Em um mundo ideal, criada a lei, vedadas condutas deletérias ao bem comum, estas seriam seguidas pelos integrantes de uma dada comunidade. Se não voluntariamente, via imposição da organização política que, através de seus órgãos de controle, apuraria a ocorrência de infrações e a respectiva autoria, atribuindo aos seus responsáveis as sanções previstas no ordenamento jurídico para quem viole os seus termos.

A sanção, entendida como consequência afliativa aplicada ao infrator da lei, funcionaria como um desestímulo especial e geral para a prática de comportamentos antissociais.

Nada obstante a lógica que se extrai de tal construção teórica, sua insuficiência para garantir que as pessoas não cometessem ilícitos acabou levando à reflexão sobre outras formas de se buscar o cumprimento das regras estatais para além da ameaça de uso da força contra quem desobedece-las.

Emerge, assim, a importância da contratualização do exercício da função pública<sup>7</sup> e do chamado Direito Premial<sup>8</sup> como instrumentos de

<sup>5</sup> O § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85, incluído em tal diploma pela Lei n. 8.078/1990, prevê: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>, acesso em: 24 out. 2017).

<sup>6</sup> Thiago Marrara identifica na MP n. 2.055 de 11.8.2000 o marco inicial da leniência em nosso sistema jurídico, diploma que alterou a Lei de Defesa da Concorrência de 1994 (Lei n. 8.884), nela inserindo os arts. 35-B e 35-C, que tratavam do instituto (MARRARA, 2017, p. 201). No mesmo sentido ver Taffarello (2017, p. 214).

<sup>7</sup> Dentre os estudos mais atuais que tratam do tema, tendo por foco a contratualização da competência de controle estatal, ver PALMA, Juliana Bonacorsi de, *Sanção e acordo na administração pública*, São Paulo, Malheiros, 2015; MARRARA, Thiago, *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. *Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

<sup>8</sup> Rogério Fernando Taffarello observa que, apesar de a celebração de acordo entre acusação e defesa como meio de se extinguir processos punitivos ser fato relativamente novo no nosso ordenamento, já que remonta a dispositivos da Lei n. 9.099/95 para crimes de menor potencial ofensivo, o Código Penal de 1940 já previa casos em que a conduta posterior do agente poderia redundar em abatimento ou isenção das penas cominadas ao crime que este praticou, do que são exemplos as figuras do arrependimento posterior em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (art. 16, com a redação que lhe foi dada pela reforma de 1984) e da reparação do dano no peculato culposo (§ 3º do art. 312) (Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmica e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira da Advocacia – RBA*, São Paulo, ano 2, v. 4, p. 212, jan.-mar. 2017.).

uma Administração mais eficiente, que, sem abdicar da prerrogativa de agir unilateralmente quando necessário, persiga a adesão voluntária dos particulares às suas políticas<sup>9</sup>.

Nesse contexto é que, no âmbito do combate à corrupção, nossa legislação passa a prever a celebração de contratos entre investigadores e investigados com a finalidade de propiciar uma apuração de ilícitos mais célere e eficaz<sup>10</sup>.

O processo estatal sancionador, vocacionado à identificação de episódios de mercancia da função pública, assume seu caráter instrumental de gerar bons resultados no funcionamento da máquina administrativa, com o pronto desmantelamento de redes criminosas e depuração dos quadros do funcionalismo e do mercado, condição não só para que cessem atividades ímprobas como para que se evite sua repetição no futuro.

A tarefa certamente não é fácil e a introdução de módulos de ação convencional de forma mais ampla em nosso sistema jurídico traz novos desafios para os que são chamados a operar tais ferramentas.

O primeiro é cultural.

<sup>9</sup> Renato de Mello Jorge Silveira, comentando a disciplina prevista para o acordo de leniência na Lei n. 12.529/2011 (Defesa da Concorrência), que revogou a Lei n. 8.884/94, discorre sobre a lógica do instrumento: “A racionalidade aplicada ao instituto do Acordo de Leniência, portanto, segue o primado da teoria dos jogos, em especial a lógica da “cenoura e do porrete” (stick-and-carrot approach). Assim, dar-se-iam benefícios ao leniente que decidisse pôr fim à conduta e deletar prática ilícita, sob pena de, caso não o faça, sofrer sanções severas. Não se trata de um simples abrandamento de sanção administrativa pela própria Administração, mas, sim, de uma anistia penal dada pela Administração por mera colaboração nas investigações. Por se tratar de medida de extinção de punibilidade penal ofertada por um órgão do Executivo, muito se questionou sobre sua constitucionalidade.” (SILVEIRA, 2014, p. 164).

<sup>10</sup> Esse aspecto é reiteradamente lembrado na literatura que trata do tema. A respeito, confira-se, a título ilustrativo, MARTINS, Ives Gandra da Silva, Acordos de Leniência – evolução do instituto na legislação brasileira – abrangência, legalidade e atualidade da M.P. n. 703/2015, *Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano XII, n. 70, p. 130, 2016; MARRARA, Thiago, Comentários ao art. 16, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Z., MARRARA, Thiago (Coord.), *Lei anticorrupção comentada*, Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 196; MORAIS, Flaviane de Magalhães B. B. de; BONACCORSI, Daniela Villani, A colaboração por meio de acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro - um estudo a partir da “Operação Lava a Jato”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCrim*, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 94 e ss., ago. 2016; MARTINEZ, Ana Paula, Desafios do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013, *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 125, p. 26-27, dez. 2014; PEREZ, Marcos Augusto, Acordos de leniência no processo administrativo anticorrupção brasileiro, in: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.), *48 visões sobre a corrupção*, São Paulo, Quartier Latin, 2016, p. 656-660; TAFARELLO, Rogério Fernando, Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro (op. cit., p. 220 e ss.).

Ainda é comum encontrar críticos que, apegados a bordões do tipo “não se negocia com criminosos”<sup>11</sup>, resistem a ver nos acordos de leniência um caminho adequado para a realização do Direito para além da tradicional fórmula da subsunção do fato ilícito ao dispositivo legal que preordena uma punição ao infrator, dentro de balizas bem discriminadas pelo legislador para tanto<sup>12</sup>.

A incorporação do acordo como meio à disposição do Estado para fazer cessar o ilícito acaba por significar uma rendição deste à realidade, ao fato de que nem sempre políticas fundadas em técnicas de “*comando e controle*” são as mais aptas a gerar bons resultados no mundo fenomênico<sup>13</sup>.

Assim, a previsão de um agir estatal dialogado e disposto a transacionar com o particular que incorra nas condutas discriminadas na LAE pode ser interpretada como uma tentativa de se repensar nosso arcabouço jurídico tendo por foco sua função, sua capacidade para, no dia a dia, cumprir os fins a que este se destina.

<sup>11</sup> “Há certas décadas seria impensável imaginar que uma autoridade pública dialogaria com um infrator confesso, responsável por desvios bilionários de recursos financeiros ou infrações econômicas com altíssimo impacto lesivo a interesses públicos primários. Perante o suspeito, à Administração tradicional se abria um único caminho: inaugurar os devidos processos acusatórios e esforçar-se para levantar provas a fim de punir os reais infratores” (MARRARA, 2015, p. 511).

<sup>12</sup> Sob uma perspectiva distinta da ora indicada por nós quanto à causa, mas apontando para o aspecto cultural como um dos principais entraves para o êxito do emprego dos acordos de leniência previstos na LAE, Ana Paula Martinez vê na estigmatização do delator um obstáculo a ser superado para o sucesso do instituto. Nas palavras da autora: “Um dos maiores desafios para o Programa de Leniência no Brasil é a resistência cultural à delação, pelo estigma do delator. Com efeito, a delação premiada — da qual o Programa de Leniência da Lei no 12.826/2013 é espécie — recebe críticas por incentivar a traição, o que traria implicações ético-morais. Segundo visão disseminada no Brasil, seja para a delação em geral, seja para o acordo de leniência (da Lei Antitruste), não é desejável que o Estado incentive conduta — traição — que gere desconfiança e desordem social” (Desafios do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013, 2014, p. 28). Tal óbice também é abordado e rechaçado por Rogério Fernando Taffarello (2017, p. 222-224).

<sup>13</sup> Sobre o ponto, vale lembrar que a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa — LIA) é expressa ao vedar “transação, acordo ou conciliação” nas ações disciplinadas por tal diploma (art. 17, § 1º), o que, ao menos sob uma perspectiva retórica, levaria os indivíduos a não violar os respectivos termos, já que o Estado seria implacável na punição dos agentes ímprobos. Nada obstante a intenção legal, a experiência em Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo revela que muitas dessas lides, em especial quando envolvem ocupantes de cargos públicos de alto escalão, acabam não tendo desfecho adequado em prazo razoável. As razões para tanto são diversas e já tivemos oportunidade de discorrer sobre algumas delas em outra oportunidade (CUNHA FILHO, 2016, p. 261 e ss.). De qualquer modo, nos parece que também em tal sede a possibilidade de estabelecimento de acordos investigadores e investigados, de modo análogo ao que hoje existe na seara penal (através das delações premiadas) e nas da Lei Anticorrupção Empresarial e de Defesa da Concorrência (por meio dos acordos de leniência), poderia ampliar a capacidade de a LIA contribuir para evitar atos desonestos que impliquem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou violação aos princípios da Administração.

E quanto ao referido aspecto, a quantidade de fatos ilícitos, que nos últimos anos só veio a público em razão da colaboração dos investigados com as autoridades, não deixa dúvidas acerca da importância do emprego dos acordos de leniência para a eficiência da missão pública de controle da probidade administrativa<sup>14</sup>.

Atestada a utilidade da via consensual para ampliar o conhecimento dos órgãos de fiscalização acerca das ilegalidades, que maculam o exercício do Poder entre nós, o segundo desafio que vemos no manejo de tais instrumentos é sua adequada procedimentalização.

Nossa legislação dirigida a prevenir e reprimir a corrupção é esparsa e assistemática, atribuindo a diversos agentes competências que, por vezes, são sobrepostas para apuração dos mesmos fatos<sup>15</sup>.

Logo, para que os acordos de leniência possam de fato contribuir para a cessação de novas infrações que tenham por objeto a mercantilização da função pública, o ideal seria que o processo para

---

<sup>14</sup> Marcos Augusto Perez nos dá notícia que nos Estados Unidos a prática da leniência assumiu recentemente o papel de principal instrumento de combate a crimes empresariais, sendo que através de acordos entre investigadores e investigados foram recuperados US\$ 9 bilhões em 2012, US\$ 2.9 bilhões em 2013 e US\$ 5.1 bilhões em 2014 (2016, p. 656-657). Entre nós, no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, sede em que os acordos de leniência vêm sendo usados desde os anos 2000, há notícia de celebração de mais de 50 avenças do tipo, o que é visto de forma positiva pela instituição (disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>, acesso em: 2 nov. 2017). No âmbito da operação Lava Jato, que por ainda estar em curso ainda não permite um balanço conclusivo sobre o seu significado para combate à corrupção no país, a imprensa divulga que um único acordo de leniência resultou em compromisso de uma grande empreiteira em restituir R\$ 700 milhões de reais às vítimas de seu envolvimento em crimes como formação de cartel, fraude à licitação, corrupção e lavagem de dinheiro (disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/08/camargo-correa-firma-acordo-para-devolucao-de-r-700-milhoes.html>>, notícia publicada em 21/08/2015, acesso em: 4 nov. 2017). Imaginamos que só este último fato já evidencia as vantagens do emprego da técnica negocial em comparação com o tradicional agir unilateral da Administração para apuração de crimes e de seus responsáveis, sendo que as críticas que existem acerca do modo em que tais avenças são formuladas devem ser usadas para aprimoramento do instituto (e não sua eliminação, o que viria na contramão da necessidade de maior eficiência na missão estatal de detectar e reprimir delitos praticados por organizações criminosas).

<sup>15</sup> Sobre as incongruências das disciplinas previstas para os acordos de leniência firmados nos termos da Lei de Defesa da Concorrência e da LAE, que podem incidir sobre os mesmos fatos, ver apontamentos feitos por Moraes e Bonaccorsi (2016, p. 101 e ss.) e Marrara (2015, p. 218 e ss.). Flaviane Moraes e Daniela Bonaccorsi, ao analisarem a experiência advinda da negociação entre Ministério Público Federal e algumas empresas envolvidas no célebre caso da Lava Jato, concluem: “o excesso de esferas de poder e de órgãos que atuam de forma sobreposta na questão do controle e punição de atos corruptivos gera insegurança jurídica para as empresas, riscos de *‘bis in idem’*, pela imposição de múltiplas sanções em esferas diferentes. Mas pode, também, ser sintoma de impunidade, pois o controle de muitos pode gerar um espaço em que ninguém controla, a princípio invisível, mas que estará claro na análise de riscos do mercado” (2016, p. 111). O problema de sobreposição de instâncias de responsabilização e risco de *bis in idem* também é alertado por Marcos Augusto Peres (2016, p. 662 e ss.).

sua celebração envolvesse todos os órgãos potencialmente interessados na apuração do ilícito, entre os quais se destaca o Ministério Público<sup>16</sup>, que têm competência para judicialmente buscar a responsabilização penal, civil e administrativa dos respectivos infratores.

Para garantir estabilidade a tal tipo de sinergia, que a nosso ver depende mais de boa vontade por parte dos servidores (e respectivas chefias) e da superação de uma cultura de insulamento de repartições públicas do que de lei, poderiam ser firmados convênios a disciplinar a atuação conjunta de todos aqueles que são responsáveis por apurar ilícitos que tenham por vítima o erário e o exercício isento da função estatal em prol dos cidadãos<sup>17</sup>.

Um terceiro desafio seria o da observância da proporcionalidade e da isonomia na aplicação dos acordos de leniência.

Em especial em razão de alguns movimentos que têm sido feitos pelo governo federal para tentar ampliar (talvez em demasia) as vantagens das empresas que pretendem, confessando seus ilícitos, cooperar com o Poder Público na apuração de casos de corrupção<sup>18</sup>, ao que se soma a aplicação prática do instituto em termos que são vistos por alguns críticos como excessivamente brandos<sup>19</sup>, vem à baila a discussão sobre a proporcionalidade das obrigações estabelecidas em tal tipo de avença.

<sup>16</sup> “É também necessário estabelecer expressamente na legislação a intervenção, desde o processo de negociação até a assinatura dos acordos, dos órgãos do Ministério Público com atribuições para garantir a idoneidade do acordo e a segurança jurídica das pessoas físicas e jurídicas implicadas – inclusive sob o ângulo das consequências jurídico-penais e no campo de ações de improbidade” (TAFFARELLO, 2017, p. 226).

<sup>17</sup> Thiago Marrara alude ao convênio entre entidades responsáveis por combate à corrupção nas diversas esferas de governo como um instrumento apto a coordenar as respectivas ações, dando como exemplo a possibilidade de integração das iniciativas do CADE e do Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União em tal âmbito, só que fazendo referência à necessidade de autorização legal para tanto (MARRARA, 2017, p. 211).

<sup>18</sup> Como é exemplo a edição da Medida Provisória n. 703 de 2015 que, tendo perdido seus efeitos por não ter sido aprovada pelo Congresso, pretendeu acabar com a regra de só se beneficiar a primeira empresa que denuncia o ilícito à autoridade, dispensava a confissão do ato de corrupção e estendia expressamente os efeitos da avença a outras esferas de responsabilização, inclusive de reparação civil. Sobre tal diploma, ver comentários constantes em Marrara (2017, 204-206).

<sup>19</sup> Refere-se aqui à discussão sobre o acordo de leniência firmado pelo Ministério Público Federal e a empresa JBS cujos principais gestores, pelo que fora divulgado pela mídia, ficavam isentos de maiores constrangimentos apesar da gravidade dos fatos denunciados aos agentes estatais (disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/05/27/jbs-rapidez-no-acordo-de-delacao-e-excesso-de-beneficios-geram-criticas/>>, notícia de 27/05/2017, acesso em: 4 nov. 2017). Um dos principais motivos para a polêmica foi a comparação entre as vantagens conferidas aos representantes da referida empresa e aquelas que foram asseguradas aos administradores de outras pessoas jurídicas envolvidas em casos análogos de corrupção (disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/acordo-de-delacao-premiada-da-jbs-teve-mais-beneficios-que-os-outros-que-criterios-sao-usados-entenda.ghtml>>, notícia de 03/06/2017, acesso em: 4 nov. 2017).

O acordo de leniência cumpre um papel importante no exercício da função de controle estatal sobre o fenômeno da corrupção (possibilitar conhecimento de infrações, punição de infratores e restaurar a ordem em setor da vida administrativa maculado por tal chaga<sup>20</sup>), não podendo, é importante lembrar, se travestir de ferramenta para impunidade.

Assim, ainda que seja natural ao exercício contratualizado da função pública a atuação dos agentes estatais dentro de parâmetros mais ou menos elásticos, do que sempre vemos com hesitação a busca de predeterminação legal ou regulamentar de forma exaustiva do que possa ou não constar dos referidos instrumentos de colaboração, os seus responsáveis têm o ônus de motivar adequadamente os direitos e deveres estabelecidos no manejo da competência que lhes é conferida pelo art. 16 da LAE<sup>21</sup>.

Logo, imaginamos que tenha de ficar claro para o público quais foram as vantagens advindas do emprego da técnica de concertação para a satisfação de interesses públicos primários, bem como qual foi a sua repercussão sobre a esfera jurídica das pessoas físicas que, atuando em nome da empresa, cometeram os ilícitos (note-se que a lógica da LAE é que, por mecanismos de *compliance*, esses indivíduos já tenham sido identificados e punidos pela organização interna da pessoa jurídica antes da comunicação da prática delitiva aos órgãos de controle<sup>22</sup>).

---

<sup>20</sup> Art. 16 da Lei 12.846/2017 – “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração” (disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>, acesso em: 4 nov. 2017).

<sup>21</sup> Uma das deficiências da disciplina dos acordos de leniência prevista na LAE é o fato de ela não ser expressa quanto aos efeitos da avença (em especial penais) com relação às pessoas físicas que colaboram com as autoridades (MARRARA, 2017, p. 200). Nada obstante, há notícia de que já houve negociação de colaboração pela qual o Ministério Público se comprometeu a não lançar mão de ações cíveis ou criminais em face dos indivíduos que contribuíram com as investigações (MORAIS; BONACCORSI, 2016, p. 108-109), obrigação que, desde que devidamente motivada, pode aprimorar a efetividade do instituto, ao menos até que este receba um melhor tratamento legal ou regulamentar no nosso sistema.

<sup>22</sup> “No cenário ideal desenvolvido legislativamente pressupõem-se a existência de mecanismos de integridade eficientes existentes da empresa, por meio de programa de integridade que, utilizando-se de investigações internas, apura atos de corrupção dentre membros da sua administração ou colaboradores (empregados, terceirizados, fornecedores, compradores), pune-se internamente e declara junto aos órgãos de controle o fato corrupto objetivando reduzir multa, evitar aplicação de sanções acessórias no âmbito administrativo e impedir processos judiciais de responsabilização” (MORAIS; BONACCORSI, 2016, p. 105).

Além disso, também considerando a margem de discricionariada de inerente ao emprego da leniência, acreditamos que, resguardadas informações que possam ser classificadas como sigilosas ou então desnecessárias ao cumprimento do dever estatal de conferir publicidade a seus atos, os fatos e as obrigações constantes desses acordos devem vir a público, permanecendo catalogadas para acesso de eventuais interessados, inclusive para que se possa fazer o controle do exercício futuro dessa prerrogativa estatal sob a perspectiva da isonomia.

### 3. Contratos empresariais maculados pela corrupção

Dentre os casos de ilicitude, a Lei 12.846/2013, em seu art. 5º, estabelece como atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, os negócios jurídicos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Pela especificação da Lei Anticorrupção, consideram-se ilícitos frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública.

Os contratos celebrados com fraude a esse diploma são considerados, nos termos do art. 166 do Código Civil, como nulos.

Ao caracterizar o negócio com fraude à lei como nulo, assegurou o Código Civil que a violação à lei imperativa sequer precisava ser direta. O negócio jurídico celebrado não precisa ser proibido. Ainda que permitido, o negócio jurídico estará viciado se firmado com o propósito de obter resultado não permitido pela Lei<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 95.



O contrato fraudulento não necessita violar a norma jurídica por si mesmo, mas poderá, mediante uma combinação de outros atos jurídicos, ser utilizado para produzir um resultado contrário ao interesse protegido pela norma imperativa<sup>24</sup>. Desde que os contratantes celebrem contrato por meio do qual seja prejudicado o patrimônio público ou atente-se contra os princípios da administração pública, referidos negócios jurídicos deverão ser reputados nulos.

### **3.1. Os efeitos do reconhecimento da invalidade do negócio jurídico e a possibilidade de sua confirmação**

A nulidade é espécie de invalidade. Inválida é a declaração de vontade proferida em desconformidade aos preceitos jurídicos, o que a torna irregular<sup>25</sup>. Para proteger a integridade do ordenamento são suprimidos os efeitos, em regra retroativamente, dos negócios jurídicos que desrespeitam seus ditames.

Além de imposição de sanção ao negócio jurídico com vício em sua formação, a invalidade é a apreciação legislativa da conveniência ou não de se atribuir aos interessados a manutenção ou não dos efeitos jurídicos produzidos em razão dos interesses desrespeitados. Diante disso, a invalidade poderá ser classificada em nulidade ou anulabilidade, conforme a natureza dos interesses protegidos pelo ordenamento e desrespeitados pelo negócio jurídico praticado<sup>26</sup>.

A anulabilidade é sanção a vício que afeta mormente interesses privados. Desde que os legitimados impugnem a validade do negócio jurídico, a anulabilidade priva o negócio de todos os efeitos jurídicos produzidos, em regra retroativamente<sup>27</sup>.

A proteção dispensada pelo ordenamento jurídico aos particulares, entretanto, perde a finalidade se os próprios interessados manifestarem sua vontade de se obrigarem pelo negócio jurídico viciado. Nesses termos, o negócio jurídico anulável está sujeito à confirmação pelas partes potencialmente prejudicadas pela sua mácula, resguardado os direitos de terceiro. A confirmação é justamente o saneamento

---

<sup>24</sup> BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3, p. 625.

<sup>25</sup> AMARAL Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 509-526.

<sup>26</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 418.

<sup>27</sup> ALARCÃO, Rui de. *A confirmação dos negócios jurídicos*. Coimbra: Atlântida, 1971. p. 50. Conforme art. 182 do Código Civil, “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

do negócio jurídico viciado pela pessoa cujo interesse a lei procurava preservar.

Além de poder ser confirmado pela vontade das partes, o negócio jurídico anulável poderá, também, convalidar-se pelo decurso do tempo, diante da omissão da parte interessada em alegar o vício<sup>28</sup>. Não alegado o vício que gere a anulabilidade no período decadencial, o negócio jurídico viciado produzirá normalmente os seus efeitos.

A nulidade, ao contrário da anulabilidade, é sanção imposta ao negócio jurídico que viola interesses de ordem pública. Como ordem pública, identificam-se os interesses protegidos pelas normas cogentes, “que se impõem a todos indistintamente, importando, por isso, ao direito como um todo”<sup>29</sup>.

Por afetar interesses gerais da coletividade, a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado e não está submetida à confirmação, nem convalida com o decurso do tempo.

A confirmação do negócio jurídico nulo é tradicionalmente rejeitada pela legislação estrangeira<sup>30</sup>. Na legislação brasileira, o Código Civil restringe as hipóteses de confirmação do negócio jurídico apenas aos vícios que gerem anulabilidades. Nos termos dos arts. 169 e 172 do Código Civil, apenas o negócio anulável poderá ser confirmado pela vontade das partes, de modo a produzir regularmente seus efeitos. O negócio jurídico nulo nem seria suscetível de confirmação por vontade das partes contratantes, nem convalidaria pelo decurso do tempo.

A confirmação do nulo seria impossibilitada, pois a concordância de um dos contratantes não poderia suprir a vontade de todos os demais da coletividade cujos interesses, albergados pela norma jurídica

---

<sup>28</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

<sup>29</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>30</sup> Apenas excepcionalmente há previsão legal de que o negócio jurídico poderia continuar a produzir seus efeitos em razão do comportamento das próprias partes nas hipóteses de nulidade da disposição testamentária ou da doação *mortis causa*. O art. 1.423 do Código Civil italiano consagra a não confirmação das nulidades, exceto disposição legal em contrário. O art. 590 do Código Civil italiano excepciona a proibição de confirmação do negócio jurídico nulo ao estabelecer que “la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa della nullità, ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione”. O art. 799 ainda determina que “La nullità della donazione da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa dal donante che, conoscendo la causa della nullità, hanno, dopo la morte di lui, confermato la donazione o vi hanno dato volontaria esecuzione”. No mesmo sentido, o Código Civil francês, no art. 1.340, admite a confirmação excepcional da doação *mortis causa* nula, assim como o Código Civil português no art. 968 e art. 2.309.

cogente, foram prejudicados. Diante da proteção ao interesse público, a manifestação de vontade do contratante em confirmar o negócio jurídico viciado seria insuficiente para sanar o vício, pois a norma não é destinada a proteger seu exclusivo interesse.

Outrossim, a proteção da ordem pública permite que qualquer pessoa alegue a nulidade e, inclusive, que o juiz a reconheça de ofício. A falta de alegação, por não se permitir que se comprometa esse interesse maior, impede que o vício se convesça com o decurso do tempo. O reconhecimento desse vício poderá ser realizado a qualquer momento, o que implicará, como na anulabilidade, o retorno das partes ao *status quo ante*.

### 3.2. A possibilidade de o negócio jurídico nulo produzir efeitos

Reconhecida a afronta às normas de ordem pública, impõe-se à manifestação de vontade das partes a sanção de nulidade. Como regra geral, estabelecida pelo art. 182 do Código Civil, suprime-se do negócio jurídico inválido todos os seus efeitos, inclusive retroativamente. As partes retornarão à situação anterior ao negócio jurídico, a menos que impossível, hipótese em que haverá indenização pelos prejuízos causados<sup>31</sup>.

Apesar da deficiência em sua formação ou durante sua execução<sup>32</sup> e da doutrina mais tradicional brasileira entender pela impossibilidade de convalidação do negócio jurídico nulo<sup>33</sup>, passou-se a sustentar que alguns efeitos jurídicos, notadamente em face de terceiros de boa-fé, deveriam ser preservados.

A conservação de alguns efeitos do negócio jurídico nulo passou a ser defendida em função da confiança na produção de seus efeitos

<sup>31</sup> Embora o art. 182 do Código Civil se refira, expressamente, somente às hipóteses de anulabilidade, a previsão é aplicável tanto aos atos nulos como aos anuláveis. Como ressalta Mattietto, “quanto ao principal efeito do reconhecimento da invalidade, as duas espécies se aproximam: a consequência tanto da declaração de nulidade do ato nulo como da decretação da anulação do ato anulável é a restituição ao *status quo* anterior ou, não sendo isso possível, a indenização com o equivalente” (MATTIETTO, Leonardo, *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 328-329.).

<sup>32</sup> O vício poderá ser originário, no momento da constituição da relação jurídica. Poderá ser também ulterior e acometer o negócio jurídico que era originalmente perfeito (GUERRA, Alexandre. *Op.cit.*, p. 141.).

<sup>33</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001. t. 4, p. 64.

depositada pela parte de boa-fé, cuja expectativa era decorrente de uma aparência de regularidade do negócio jurídico praticado. Essa legítima expectativa de que o contrato produziria efeitos, em razão da aparência criada e de seu desconhecimento do vício, deveria merecer proteção pelo ordenamento jurídico, de modo a garantir a segurança jurídica desses terceiros<sup>34</sup>.

Em face desses terceiros de boa-fé, passou-se a sustentar que a deficiência da formação do negócio jurídico cederia à aparência de sua legitimidade e em consideração a eventuais valores mais relevantes a serem tutelados pelo ordenamento no caso concreto, notadamente a segurança das relações jurídicas.

Referidos terceiros não poderiam ter que suportar, de modo absoluto, os impactos de uma desconsideração retroativa dos efeitos de um negócio jurídico em que se basearam para celebrar determinada relação jurídica, com o retorno das partes ao *status quo ante*. Esses efeitos deveriam ser ainda mais tutelados em consideração à legítima expectativa criada em razão de eventual aparência de regularidade do negócio jurídico viciado celebrado pelas partes. A manutenção de alguns efeitos diretos do contrato deveria, assim, ser garantida para a preservação da segurança jurídica dos terceiros de boa-fé.

Essa ponderação de valores a serem resguardados por ocasião da consideração dos efeitos do negócio jurídico em face dos terceiros de boa-fé também poderia ser realizada em face dos demais interesses relevantes que reclamem atenção no caso concreto.

Para uma posição doutrinária mais moderna, a ineficácia decorrente da invalidade ou a produção de efeitos do negócio jurídico nulo exige em todo o caso o sopesamento dos interesses que, prestigiados pelo ordenamento jurídico, estão em disputa em uma dada situação analisada.

A despeito da vedação legal, a conservação do negócio jurídico deverá prevalecer sempre que a deficiência na sua manifestação puder ser sanada, eventual lesão aos interesses públicos puder ser reparada e for conveniente ao interesse social cuja proteção era perseguida pela lei<sup>35</sup>.

Além da confiança e aparência de regularidade do negócio jurídico geradas ao terceiro de boa-fé, cujas expectativas legítimas devem ser

---

<sup>34</sup> WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003. p. 133.

<sup>35</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113.

o quanto possível resguardadas por quem for competente para declarar sua invalidez, a respectiva conservação de seus efeitos também pode se justificar em virtude da sua função social.

Superada sua deficiência, a preservação dos efeitos do negócio jurídico pode encontrar esteio na eficácia jurídico-social das relações jurídicas. As funções do contrato podem extrapolar as meras expectativas das partes e interferir na esfera jurídica de terceiros, com a promoção da dignidade humana e do solidarismo social<sup>36</sup>. Sanada sua deficiência, sua preservação poderia ser conforme “os valores da solidariedade e da cooperação ditados pelo texto constitucional”<sup>37</sup>.

A confirmação do negócio jurídico, assim, embora expressamente vedada pelo Código Civil no art. 169, poderia ser realizada pelas partes, excepcionalmente, desde que conveniente ao interesse público tutelado.

Essa possibilidade excepcional de convalidação do negócio jurídico nulo, com a produção de seus efeitos, ademais, conforma-se com a possibilidade de novação do contrato. A novação seria a contratação com o credor de nova dívida para extinguir e substituir a anterior. Superados os vícios e diante de sua autonomia de vontade, nada impediria que as partes celebrassem novo negócio jurídico.

A novação, desde que preserve os interesses de terceiros, poderá gerar novos direitos e obrigações como o anterior contrato viciado que fora extinto. Referida novação poderá, inclusive, a depender da vontade das partes, disciplinar a produção dos efeitos desde a data do negócio jurídico nulo anterior<sup>38</sup>.

Desse modo, a proteção à ordem pública pode determinar que o ordenamento jurídico sancione determinados negócios jurídicos com a nulidade e a impossibilidade de produção de seus efeitos. A mesma preservação aos interesses de ordem pública poderá exigir, entretanto, que os efeitos até então vedados sejam produzidos pelo negócio

<sup>36</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 167.

<sup>37</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid. Efeitos do negócio jurídico nulo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171. No mesmo sentido Alexandre Guerra, para quem pode-se “dizer com a mesma razão que a validade do negócio jurídico (e a eficácia que dela deflui) deve prevalecer se justamente for essa a forma pela qual se mostre adequada para a proteção do mesmo interesse público que a ordem jurídica visa a salvaguardar com a criação da hipótese de nulidade concretamente considerada na hipótese apreciada” (op. cit., p. 148).

<sup>38</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 165.

jurídico nulo confirmado, sob pena de esses valores da ordem pública serem ainda mais prejudicados<sup>39</sup>.

### 3.3. Da confirmação do contrato nulo pelo acordo de leniência

Em razão da prática de um ato de corrupção e de modo a acelerar a apuração das condutas ilegais e de cessar o ilícito praticado contra a Administração Pública, a composição entre investigadores e a pessoa jurídica investigada, pelo acordo de leniência, implica redução das penalidades administrativas previstas para o cometimento da falta pelo particular.

Desde que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a elucidação do delito, ocorra a cessação de seu envolvimento na infração cometida, a admissão de sua participação no ilícito e a colaboração permanentemente com as investigações, a multa administrativa poderá ser reduzida em até 2/3 do valor aplicável ao caso.

Não há limitação, entretanto, a que o acordo de leniência, desde que preenchidos determinados requisitos, interfira na consideração de efeitos dos negócios jurídicos maculados pela corrupção<sup>40</sup>. Embora a regra seja a declaração de nulidade dos contratos em que constatado o ilícito em sua formação, a depender das circunstâncias fáticas analisadas, pode-se justificar excepcionalmente a manutenção do vínculo com o colaborador.

O art. 16, § 4º, da Lei 12.846/13 determina que o acordo de leniência deverá ser estipulado com as condições necessárias para assegurar

---

<sup>39</sup> Para Bdine Junior, “a realidade social em que vivemos pode autorizar a conclusão de que somente se protegendo a confiança e a boa-fé de contratantes e terceiros se atenderá aos interesses sociais em conflito. Por vezes, a sociedade justa e solidária estará protegida com a invalidação dos negócios; outras, com o reconhecimento de sua eficácia, a despeito da incidência legal de hipótese de nulidade ou anulabilidade” (op. cit., p. 185). Em sentido idêntico, sustentou Alexandre Guerra que “o princípio da conservação dos negócios jurídicos visa ao aproveitamento na maior extensão possível do mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático do negócio para a obtenção do máximo de sua eficácia. O aperfeiçoamento dos elementos do negócio jurídico faz suprir o defeito que o macula, de sorte que não lhe seja imposta a sanção da nulidade, permitindo-lhe, por outro lado, o mínimo de eficácia pretendida pelos contratantes” (GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 150.).

<sup>40</sup> Em posição contrária, para Fábio Ulhoa Coelho o acordo de leniência seria restrito à redução das sanções administrativa da pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013 e na Lei 8.666/1993 (COELHO, Fábio Ulhoa. *Acordo de leniência e recuperação judicial*. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei 11.101/05*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 297.).

o resultado útil do processo. Referido resultado não é apenas para que seja descortinada a prática de um ilícito e que haja a aceleração das investigações em face das demais pessoas envolvidas, mas a proteção dos princípios da administração pública em face de seus contratantes e a integridade do patrimônio público nacional ou estrangeiro.

Se o reconhecimento da invalidade do negócio jurídico objeto da investigação acarretar maior violação de direitos de terceiros, do contratante de boa-fé ou maior prejuízo ao interesse público, cabe à Administração Pública zelar para que sua atividade de controle seja proporcional, buscando preservar os efeitos que melhor atendam à coletividade.

O resultado útil do processo, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei 12.846/13, poderia envolver, assim, inclusive, a convalidação do contrato viciado, por meio da confirmação pelas partes contratantes, com a manutenção de sua execução e de seus efeitos.

No que se refere à realidade, é certo que a simples declaração de nulidade do negócio e rompimento do vínculo contratual conduz a gastos de tempo e de recursos por parte do parceiro público, demora para conclusão de obras e possibilidade de perecimento de bens já mobilizados para sua concretização. A organização de novo certame licitatório, dependendo da complexidade do respectivo objeto e mesmo do envolvimento de outras potenciais concorrentes da ora contratada nos delitos investigados, pode-se revelar medida inócua ou extremamente antieconômica.

Por outro lado, sob a perspectiva da empresa, a possibilidade de manutenção da avença, além de um benefício em troca das informações compartilhadas, também viabilizaria, entre outras pautas, a manutenção dos postos de trabalho, a continuidade de circulação de riqueza e desenvolvimento regional, fatores que também podem se revelar convenientes ao interesse público<sup>41</sup>.

De qualquer modo, para que, em um acordo de leniência, se opte por autorizar a pessoa jurídica colaboradora a continuar um contrato administrativo, entendemos necessária uma procedimentalização transparente de tal iter decisório, com a intervenção de todos os órgãos estatais com interesse na referida apuração e, em especial, do ente público com o qual se deu a contratação a ser mantida, que é quem efetivamente poderá dizer se é mais vantajoso para o Estado tal medida ou se é melhor o rompimento do vínculo.

---

<sup>41</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *Acordos de Leniência no processo administrativo anticorrupção brasileiro*, op. cit., p. 660.

Embora só as circunstâncias de um caso concreto possam determinar se a manutenção da contratação será ou não adequada à realização de pautas de interesse geral, podemos, em abstrato, discorrer sobre alguns requisitos mínimos, sem os quais a hipótese tenderia a se caracterizar um injustificável benefício à entidade infratora e, conseqüentemente, estímulo à impunidade<sup>42</sup>.

Para que os efeitos do contrato sejam preservados, de modo a que o interesse público em sua preservação prepondere em relação ao vício anteriormente praticado, imprescindível que os danos causados, em razão da contratação, sejam reparados. Embora o art. 16, § 3º<sup>43</sup>, apenas estabeleça que o acordo de leniência não eximirá a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano, a manutenção dos efeitos do contrato pressupõe o saneamento do vício que o afetava. Sua confirmação somente poderá ocorrer se o vício que o acometia já não mais existir, ou este já foi reparado.

Para que isso ocorra, será necessário demonstrar o ressarcimento dos prejuízos advindos do vício que acometeu o contrato, como eventual sobrepreço decorrente da corrupção, bem como a revisão da avença para que reflita preço de mercado. Mas o prejuízo não é limitado ao dano causado à Administração. Como medida de reabilitação, a empresa deverá indenizar também terceiros que restaram prejudicados em razão da avença ou adotar providências para que tanto seja feito segundo cronograma aprovado no acordo de leniência<sup>44</sup>.

Além disso, o desenvolvimento da atividade empresarial pretendida em razão da convalidação dos contratos viciados anteriormente celebrados somente será conveniente ao interesse público se tiver ocorrido o autossaneamento do empresário, com a apuração interna da infração e punição de seus responsáveis, de modo a impedir que os atos lesivos voltem a ocorrer. Nesses termos, determinou o Decreto

---

<sup>42</sup> A respeito, nos inspiramos nas lições de Rafael Wallbach Schwind em *O autossaneamento de empresas acusadas de corrupção – self-cleaning e as lições do direito comunitário europeu*, in: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 671-692.

<sup>43</sup> “§ 3º do art. 16 da Lei n. 12.846/2013 – “O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.” (disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)>, acesso em: 10 nov. 2017).

<sup>44</sup> Rafael Wallbach Schwind, ao discorrer sobre as condições previstas na Diretiva da União Europeia n. 2014/24 sobre autossaneamento das empresas que cometeram ilícitos que levariam ao impedimento de participarem de licitações ou firmarem contratos com a Administração em tal âmbito, observa quanto ao ponto que o diploma em tela não exige que o ressarcimento do dano seja prévio à reabilitação, podendo ocorrer no futuro conforme medidas adotadas pela entidade para tanto (2016, p. 687-688).



8.420/2015, que regulamentou a Lei 12.846/2013, que o acordo de leniência deverá exigir o cumprimento de um programa de integridade da pessoa jurídica.

Nos termos do art. 41 do Decreto, da pessoa jurídica que pretende o acordo de leniência deverá ser exigido um programa de integridade consistente num conjunto de mecanismos para prevenir irregularidades e procedimentos internos para se detectar fraudes.

Entre as diversas medidas a serem estabelecidas conforme o porte, a especificidade do objeto social e o ato lesivo praticado pela pessoa jurídica, poderão ser exigidos, como parte do programa de integridade, padrões de conduta aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos.

Desse modo, a depender da gravidade do ato submetido ao acordo de leniência, o afastamento dos administradores que praticaram os atos lesivos poderá ser condição imprescindível para que o interesse público na manutenção dos contratos esteja configurado.

Por fim, como já referido, é requisito indispensável à confirmação do contrato nulo a ser realizada pelo acordo de leniência que participe do acordo e concorde com os seus termos o contratante diretamente prejudicado. Ainda que o vício de nulidade tutele um interesse público de toda a coletividade lesionada pela prática do ilícito, o contratante ou aquele que sofreu o prejuízo direto em razão do ato lesivo deverá desejar a continuidade da produção dos efeitos do negócio jurídico ou anuir com sua manutenção.

Além de ser o imediatamente afetado pelos seus efeitos, a pessoa jurídica da administração direta ou indireta não pode ficar vinculada aos efeitos do contrato e à sua confirmação sem que tenha manifestado livremente a vontade de continuar a se obrigar. Exige-se sua anuência aos termos do acordo para que sobre ela referido contrato possa continuar ou não a produzir os efeitos pretendidos.

#### **4. Conclusão**

Neste ensaio, buscamos responder a indagação sobre se um contrato administrativo maculado pela corrupção necessariamente deveria ter sua execução suspensa pelo Poder Público ou se haveria situações em que tal medida devesse ceder lugar à continuidade do vínculo, caso a hipótese fosse a mais adequada para a tutela de interesses de ordem geral.

Especulando sobre a última alternativa, discorreremos sobre a possibilidade de um acordo de leniência facultar expressamente à empresa colaboradora a preservação de uma avença com Estado na qual tenha se observado a existência do vício, dado que naturalmente implicaria a declaração de sua nulidade, aplicando-se as sanções previstas no nosso ordenamento para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na fraude.

Após contextualizarmos o papel que os acordos de leniência previstos na Lei n. 12.846/13 devem representar no processo estatal vocacionado a apurar corrupção no âmbito de contratos travados entre Administração Pública (direta e indireta) e pessoas jurídicas privadas, tecemos algumas considerações sobre como a referida falta poderia ser enquadrada sob uma ótica mais tradicional da nossa dogmática, e, em especial, se sua superação poderia redundar na confirmação dos negócios jurídicos respectivos.

Nossa conclusão foi no sentido de, nada obstante seu caráter excepcional, tal solução ser possível, desde que atendidas algumas condicionantes indispensáveis para se assegurar que a providência em tela realmente esteja a serviço do interesse público, não conduzindo à concessão de um benefício despropositado a um agente econômico que, mesmo submetido a um procedimento de reabilitação, cometeu uma grave violação às leis de nosso país.

## 5. Bibliografia

ALARCÃO, Rui de. *A confirmação dos negócios jurídicos*. Coimbra: ed. Atlântida, 1971.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Acordo de leniência e recuperação judicial*. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei 11.101/05*. São Paulo: Almedina, 2015.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. A lei e os juízes. Em que medida a atuação do Poder Judiciário pode constituir um elemento relevante no combate à corrupção? In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 255-274.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. in *Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z.; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 195-231.

MARTINEZ, Ana Paula. Desafios do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 125, p. 25-30, dez. 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de Leniência – evolução do instituto na legislação brasileira – abrangência, legalidade e atualidade da M.P. n. 703/2015 (parecer). *Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano XII, n. 70, p. 129-150, 2016.

MATTIETTO, Leonardo, Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001. t. 4.

MORAIS, Flaviane de Magalhães B. B. de; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio de acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro - um estudo a partir da “Operação Lava a Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 93-113, ago. 2016.

PALMA, Juliana Bonaccorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*, São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PEREZ, Marcos Augusto. Acordos de leniência no processo administrativo anticorrupção brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 655-670.

SCHWIND, Rafael Wallbach. O autossaneamento de empresas acusadas de corrupção - self-cleaning e as lições do direito comunitário europeu. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 671-692.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na lei anticorrupção *Revista dos Tribunais – RT*, São Paulo, ano 103, v. 947, p. 157-177, set. 2014.

TAFFARELLO, Rogério. Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmica e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira da Advocacia – RBA*, São Paulo, ano 2, v. 4, p. 211-230, jan.-mar. 2017.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.



# **VI**

## **Direito das coisas**



# Breves notas sobre o direito de propriedade imobiliária: do absolutismo à função social

*Wanderley José Federighi*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**Sumário:** Introdução ao tema. 1. Conceito e natureza jurídica do direito de propriedade. 2. A Constituição Federal e o Código Civil brasileiro: textos fundamentais no que refere ao tema. 3. Das limitações ao direito de propriedade. 4. A função social da propriedade. 5. Disposições legais mais recentes sobre a função social da propriedade. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

## Introdução ao tema

O direito de propriedade, como é sabido, é antiga aspiração do homem, desde tempos imemoriais. A ocupação progressiva de terras pelos homens primitivos; a subsequente criação de aldeias; depois, de vilas e cidades, mostram a predisposição do homem de se fixar ao solo – e, por fim, de proclamá-lo seu.

As mudanças e vicissitudes que esse direito sofreu, ao longo dos séculos, é bem conhecida. Basta que nos lembremos dos monarcas e dos senhores feudais, que exerciam um *direito de propriedade absoluto*.

Nos tempos mais recentes, a propriedade imobiliária passa a ser consagrada como um *direito do cidadão*. Cuida-se, à evidência, de fato ligado às grandes transformações sociais e políticas dos últimos séculos, como a Revolução Francesa, por exemplo, em que os privilégios da monarquia são postos abaixo, assegurando-se maiores direitos ao homem comum.

A Constituição norte-americana, um dos mais importantes documentos das nações democráticas dos últimos séculos, consagra o

---

<sup>1</sup> Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela mesma Faculdade. Membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados.



direito de propriedade, expondo que todo homem tem o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade (*life, liberty and the pursuit of happiness*), conceito bastante amplo, que abarca, decerto, tanto o progresso econômico como a propriedade, que com o mesmo há de vir.

De outra banda, a evolução da ciência do Direito, no quadro geral da sociedade contemporânea, leva o direito de propriedade imobiliária a patamar diferente; já não se o encara apenas como respeitante só a seu titular, mas analisa-se o seu papel perante toda a comunidade, para o fim de vir o mesmo a cumprir sua *função social*. A crise habitacional pela qual passa o País, aliada à imensa (e ainda mais grave) crise econômica que enfrentamos, com seu flagelo de desemprego, de fuga de investimentos, trazem um quadro sombrio para o futuro próximo.

É o referido direito encarado, nos dias atuais, sob diversos aspectos, sendo ainda extremamente pertinente lembrar-se da questão *ambiental* cuja consciência foi efetivamente despertada na sociedade contemporânea, não se podendo olvidar o quanto os dois direitos – o de propriedade e o direito a um meio ambiente saudável (como autêntico reflexo do direito à vida) – são atualmente interligados.

É nesse contexto que avulta a referida *função social* da propriedade, impondo-se algumas reflexões sobre o tema.

## 1. Conceito e natureza jurídica do direito de propriedade

Para o Direito Romano, lembra Thomas Marky que a propriedade (que advém de *dominium, proprietas*) é “um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea” (MARKY, 2007, p. 65). É um conceito, recorda o mestre, que vem da jurisprudência clássica, sendo considerada uma “relação direta e imediata entre a pessoa, titular do direito, e a coisa” (idem, *ibidem*).

Sob o Direito Romano, Sílvio de Salvo Venosa afirma que a propriedade era considerada como ligada à própria religião, e esta, por seu turno, à família, o que lhe dava um caráter sagrado, ligado ao lar, a casa, conceito que permaneceu na civilização ocidental (VENOSA, 2003, p. 153). Tal concepção foi “transmitida pelos glosadores para a cultura jurídica da Europa continental” (idem, *ibidem*). O conceito da mesma evoluiu com os séculos, passando, na Idade Média, a ser ligada à soberania nacional, já sem o caráter sagrado do Direito Romano; quanto ao Direito Canônico, lembra ainda Venosa que, por influência de Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho, tinha-se que a propriedade

era “ímanente à própria natureza do homem que, no entanto, deve fazer justo uso dela” (idem, *ibidem*).

Na França, a partir do século XVIII, o Código de Napoleão, contudo, veio trazer de volta a concepção romana em seu art. 544<sup>2</sup>, tendo tal Código tido imensa repercussão em todos os ordenamentos jurídicos que o tomaram por modelo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

O referido *direito de propriedade* acaba por ter diversos enfoques, de acordo com a matéria que se estuda.

Hely Lopes Meirelles afirmava que tal direito:

é o que afeta diretamente as coisas corpóreas – móveis ou imóveis –, subordinando-se à vontade do homem. Daí ser classificado como *direito real*, em oposição a *direito pessoal*, concernente às prestações a que as pessoas se obrigam mutuamente (MEIRELLES, 2005, p. 19).

Reportava-se tal jurista ao conceito de propriedade do direito romano, como sendo “o poder de usar, gozar e abusar da coisa sob seu domínio: *jus utendi, fruendi et abutendi re sua*” (MEIRELLES, 2005, loc. cit.)<sup>3</sup>.

José Afonso da Silva traz à baila o conceito de que o mencionado direito seria uma relação entre um *indivíduo* (sujeito ativo) e um *sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela como um modo de *imputação jurídica de uma coisa a um sujeito* (SILVA, 2008, p. 117).

O mencionado autor, outrossim, como estudioso do Direito Constitucional, critica essa visão que reputa como *civilista* do direito de propriedade, trazendo à baila a necessidade da observância da *função social* da mesma (SILVA, 2008, loc. cit.), o que em breve se analisará.

<sup>2</sup> Denota, outrossim, a segunda parte do referido dispositivo que é cabível usar-se e dispor-se da propriedade dentro do que a lei e os regulamentos permitem: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

<sup>3</sup> A propósito, Thomas Marky lembra que, já no Direito Romano, a propriedade “confere ao titular o direito de usar, gozar e dispor da coisa e, no sentido negativo, exclui toda e qualquer ingerência alheia, protegendo-o, no exercício de seus direitos, contra turbacão por parte de terceiros” (2007, p. 65). Interessante observar, a propósito, que o moderno direito norte-americano igualmente conceitua a propriedade como sendo “the right to possess, use, and enjoy a determinate thing” (vide, a propósito, Black’s Law Dictionary, p. 573), o que, nada mais, nada menos, é o próprio *jus utendi, fruendi et abutendi* dos romanos.

Silvio Rodrigues ressaltava a preponderância do *domínio* sobre os demais direitos reais, reputando-o o mais completo dos direitos subjetivos, aduzindo ser a propriedade a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, se manifestam, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre bens (RODRIGUES, 1976, p. 75). O mesmo autor socorria-se da célebre definição de Lafayette, segundo a qual o domínio é o “direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na sua substância, acidentes e acessórios” (RODRIGUES, 1976, p. 76).

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf afirmam ser o direito de propriedade:

o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência. É o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas. [...] Sua importância é tão grande no direito como na sociologia e na economia política. Suas raízes aprofundam-se tanto no terreno do direito privado como no direito público (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 99).

Outrossim, ao analisar a natureza do direito em questão, novamente Silvio Rodrigues destacava o fato de ser o mesmo considerado como *um direito absoluto, exclusivo e perpétuo* (RODRIGUES, 1976, p. 77). E lembrava que o caráter de absoluto desse direito advém do fato de que o proprietário tem sobre aquilo que é seu o mais amplo poder jurídico, usando e desfrutando a coisa da maneira que lhe aprouver (RODRIGUES, 1976, loc. cit.). Seria *exclusivo*, pois é exercido sem a concorrência de outrem, cabendo ao proprietário o direito de afastar da utilização da coisa quem quer que dela queira tirar proveito (RODRIGUES, 1976, p. 78) e *perpétuo* por extinguir-se apenas pela vontade do dono ou por disposição de lei (RODRIGUES, 1976, p. 80).

Indaga-se: será que, nos dias atuais, ainda se vê o direito de propriedade dessa maneira?...

## **2. A Constituição Federal e o Código Civil brasileiro: textos fundamentais no que refere ao tema**

A Constituição brasileira, espelhando a norte-americana, também enfoca o direito de propriedade. A Constituição anterior, de 1967, com

a Emenda Constitucional de 1969, aduzia em seu art. 153, *caput*, que: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade”.

Esse texto constitucional assegurava o *direito de propriedade*, que apenas poderia ser tirado do indivíduo mediante ação de desapropriação, a qual deveria se dar mediante *prévia e justa indenização em dinheiro*. Não havia a possibilidade de *confisco* de bens do cidadão, e o processo expropriatório, regulado pelo Decreto-Lei n. 3.365/41, ainda em pleno vigor, assegurava que quem tivesse sua propriedade desapropriada pelo Poder Público, com fins voltados ao interesse público, deveria ser indenizado integralmente pela sua perda – determinação esta que, a bem da verdade, nem sempre foi seguida à risca pelo Poder Público expropriante. O longo exercício das funções jurisdicionais nas Varas da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo, bem como nas Câmaras da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mostram o quão grande era (e ainda é) a luta dos proprietários expropriados para a obtenção da referida *justa indenização* – que, para ser *justa*, demanda muitos anos de litígio, o que denota não ser a mesma *prévia*, como quer a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXIV)!...

O Código Civil brasileiro de 1916, por seu turno, assegurava ao proprietário o direito de usar, fruir e dispor de seus bens (o conhecido *jus utendi, fruendi et abutendi* do Direito Romano), em seu art. 524.

O Código Civil atual, de 2002, igualmente dispõe sobre o tema, em seu art. 1.228, além de observar que o proprietário poderá reaver os seus bens de quem quer que injustamente os possua ou detenha.

A Constituição Federal ora em vigor, de 1988, aprovada sob o alarido da abertura democrática, procurou ser mais liberal do que a antecedente, outorgada na época do regime militar, fato este inegável e que se reflete em muitos dispositivos, que não são o objeto deste pequeno estudo.

O direito de propriedade continua garantido. O art. 5º, inciso XXII, diz expressamente: “é garantido o direito de propriedade”.

Logo a seguir, no entanto, o art. 5º traz o inciso XXIII, que diz que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Daí nasce uma celeuma que vem tomando vulto, com o passar dos anos, em especial pela dificuldade dos juristas de definir o que é a referida “*função social*” da propriedade.

É o que mais adiante se procurará analisar.

### 3. Das limitações ao direito de propriedade

O mencionado caráter *absoluto* do direito de propriedade veio, ao longo dos séculos, gerar diversos abusos no seu exercício. Conquanto a lei busque consagrar o mencionado direito para protegê-lo daqueles que o turbariam, muitas vezes quem necessita de proteção são os vizinhos do proprietário individualista ou inconsciente; ou, até mesmo, dada a proporção dos abusos cometidos, a própria comunidade onde o mesmo vive, eis que os abusos cometidos são de toda a sorte<sup>4</sup>. Os repertórios de jurisprudência certamente o mostram.

Silvio Rodrigues lembra, a propósito do tema, da prática de *atos ilegais* por conta do proprietário de imóvel, como, por exemplo, o que lança lixo em terreno de seu confinante, ou que atea fogo em suas plantações, aduzindo serem tais atos ilegais compostos por meio de indenização obtida em ação judicial. Outrossim, o mesmo autor lembra da maior dificuldade existente quando o ato do proprietário que causa prejuízo ou incômodo a seu vizinho resulta de ato praticado pelo confinante *dentro de seu direito*. Os exemplos citados são os de proprietário de imóvel que apenas acende sua lareira, ou o industrial que acende seu forno, mas a fumaça e o calor invadem o prédio contíguo, causando enorme incômodo a seus habitantes (RODRIGUES, 1975, p. 119).

Nesses casos, haveria a possibilidade de os prejudicados remanescerem irressarcidos, em especial ao se considerar a máxima *neminem laedit qui jure suo utitur*; entretanto, a teoria do *abuso de direito* veio em socorro dos prejudicados, estabelecendo-se que não pratica ato ilícito o proprietário que exerce seu direito de propriedade de *maneira regular* ou *normal*, podendo vir a responder por abuso de direito quando o exerce de forma *irregular* ou *anormal*.

Consagrando tal entendimento, o art. 188, I, do Código Civil de 2002, espelhando o que constava do art. 160, I, do Código Civil de 1916, estabelece que “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

<sup>4</sup> Verifica-se que até mesmo no Direito Romano havia limitações ao direito de propriedade. Lembra Thomas Marky, a propósito, da existência de *limitações de interesse público*, referentes, entre outros, aos terrenos situados nas *margens de rios*, que deveriam tolerar o uso público da margem; a manutenção de estradas marginais ficaria a cargo do proprietário do terreno; não seria possível a *demolição de prédios* sem autorização administrativa, e outros. De outra banda, também haveria limitações decorrentes de *direito de vizinhança*, como a questão dos frutos caídos sobre terreno vizinho, que continuariam de propriedade do dono da árvore, devendo o vizinho tolerar seu recolhimento dia sim, dia não; também a questão do fluxo normal de águas pluviais deveria ser suportada, e outros (MARKY, 2007, p. 66).

Muitos exemplos, outrossim, podem ser lembrados, para ilustrar, o denominado *abuso de direito*. O próprio Silvio Rodrigues lembrava o caso do proprietário que, por mero espírito de emulação, ergue uma enorme chaminé em seu terreno, com o objetivo de deitar sombra sobre o imóvel de seu vizinho (o que, no entendimento do referido autor, configura *ato ilícito*, pois cometido com o intento de prejudicar o confinante) (RODRIGUES, 1975, p. 120).

De outra banda, as queixas dos vizinhos também podem levar a exageros, o que deve ser devidamente mensurado pelo juiz da causa, para evitar prejudicar o proprietário que está a exercer seu direito, como dito linhas atrás, de maneira regular e normal. Ou, como lembrava mais uma vez Silvio Rodrigues, a vida em sociedade impõe certo número de encargos, entre os quais tolerar alguns incômodos; assim, o vizinho deve suportar o ruído normal das máquinas de uma tipografia confinante (*Revista dos Tribunais*, n. 186, p. 176) ou o rumor de uma loja próxima, onde se encaixotam mercadorias (*Revista dos Tribunais*, n. 186, p. 299). E concluía o mestre aduzindo que, para cumprir o duro ofício de decidir, o magistrado deve ter em vista um homem normal, “sem a dureza de um pugilista, nem a hipersensibilidade de um *Marcel Proust*” (RODRIGUES, 1975, p. 121).

O direito de propriedade, assim, deve ser exercido de maneira correta, dentro da lei e dos limites impostos por esta e pela moral e ética dominantes.

Contudo, além das limitações que a própria lei civil coloca, existem muitas outras, ao ponto de Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf chegarem a afirmar que é totalmente impossível a enumeração de todas as referidas limitações (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 117)<sup>5</sup>.

O próprio *condomínio*, edilício ou não, criado para o fim de facilitar a fruição do direito de propriedade, impõe aos condôminos, para a referida fruição, que respeitem as regras que lhes são impostas

---

<sup>5</sup> A propósito do tema, Carlos Alberto Dabus Maluf, em extenso e formoso estudo, traz à baila impressionante número de limitações ao direito de propriedade. O referido autor lembra, entre outras, das limitações no *espaço aéreo*; no *subsolo*; as limitações decorrentes da existência de *minas*; as advindas do *tombamento*; as limitações *voluntárias* (decorrentes de testamento, de doação ou de compra e venda); as limitações *legais*, que podem ser encontradas tanto em inúmeros dispositivos do próprio Código Civil brasileiro, como em leis especiais, tais como a lei de parcelamento do solo urbano (Lei n. 6.766/79), a lei do inquilinato (Lei n. 8.245/91), a lei de desapropriação (Decreto-Lei n. 3.365/41), e tantas outras; as limitações impostas pela preservação do *meio ambiente*, bem como vasto número de imposições legais que redundam em novas limitações.

(que, por consequência, afiguram-se como autênticas *limitações* ao direito de propriedade), com o que se chega a um ambiente harmônico, em que cada um deve estar ciente de que *seus direitos acabam onde começam os do próximo*. Isso fica bastante patente na questão, por exemplo, da *emissão de ruídos* no ambiente condominial. Assim, o condômino que não respeita os demais, promovendo festas barulhentas madrugada adentro; o condômino que, arvorando-se no caráter absoluto de seu direito, adota um cão de temperamento agressivo, ou que late o tempo inteiro, causando perturbação no local (quando não na vizinhança toda); o condômino que faz mudança e arrasta móveis em seu apartamento nas altas horas da noite, causando barulho extremamente perturbador para os demais condôminos, são exemplos vivos (e, infelizmente, nada raros) de pessoas que têm uma conduta egocêntrica, antissocial, despreparadas para viver em local próximo das demais, por não mostrarem sensibilidade mínima quanto aos direitos de seus vizinhos.

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf buscam enumerar, ainda, as *limitações da lei civil*, aduzindo que são inúmeras,

e dentre as principais podem ser indicadas as seguintes: *a*) as relações decorrentes do direito de vizinhança (Cód. Civil de 2002, arts. 1.277 a 1.298); *b*) as servidões prediais (arts. 1.378 a 1.389); *c*) as disposições protetoras da família, como as que impossibilitam doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 550); *d*) as que cominam pena de nulidade para a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador (art. 548); *e*) a Lei n. 8.245, de 18-10-1991, que só permite o direito de retomada pelo proprietário do prédio locado em casos restritos e expressos. (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 121-122).

No mais, verificam-se, como referido linhas atrás, quase incontáveis restrições ao direito de propriedade em vários textos da nossa legislação.

As mais numerosas e frequentes são aquelas encontradas no Direito Administrativo. Hely Lopes Meirelles afirmava que “limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem

pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social” (MEIRELLES, 2005, p. 89)<sup>6</sup>.

Lembram Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf do Decreto-Lei n. 25, de 30.11.1937, referente à *proteção do patrimônio histórico e artístico nacional*, com várias restrições ao direito de propriedade, inclusive pela proteção dos imóveis objeto de *tombamento*. O denominado *direito de construir* apresenta limitações decorrentes das normas edilícias e das leis de zoneamento e loteamento, com exigência de licenças prévias para o exercício de tais atividades. Os Códigos de Minas, Florestal, de Caça e o Código de Pesca igualmente impõem uma série de limitações ao que poderia ser o pleno exercício do direito de propriedade (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 119).

Hely Lopes Meirelles, por seu turno, enumera muitas limitações administrativas, começando pelo *Plano Diretor; a regulamentação edilícia; a própria delimitação da zona urbana; lembra, também, do zoneamento e do loteamento; as limitações de higiene e segurança e mesmo as limitações militares* (MEIRELLES, 2005, p. 107-149). Quanto a estas últimas, após necessária lembrança do disposto no art. 91, inciso III, da Constituição Federal, lembrava o grande jurista das *zonas fortificadas, da faixa de fronteira, da requisição de imóveis necessários às Forças Armadas e de outras pertinentes* (MEIRELLES, 2005, p. 149-150). Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf também trazem à baila essas limitações, lembrando, ainda, da *requisição de bens destinados ao transporte aéreo* (Decreto-Lei n. 4.008, de 12.01.1942); das *zonas indispensáveis à defesa do país* (Lei n. 5.130, de 01.10.1966), entre outras disposições legais (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 120).

A *desapropriação* igualmente restringe o direito de propriedade dos particulares, cuidando-se, como lembra Carlos Alberto Dabus Maluf, de um “poder do Estado, inerente à sua própria natureza”, cabível “desde que assim o exija o bem comum e desde que se mantenha o equilíbrio econômico resultante da perda do bem”, consistindo, portanto, em verdadeira “intervenção na propriedade privada” (MALUF, 2015, p. 21).

---

<sup>6</sup> O mesmo autor aduz que *limitações administrativas e restrições de vizinhança* são coisas substancialmente distintas. Estas “são estabelecidas nas leis civis para proteção da propriedade particular em si mesma e resguardo da segurança, do sossego e da saúde dos que a habitam (Código Civil, arts. 1.277 a 1.313), e aquelas são editadas em normas de ordem pública – leis e regulamentos – em benefício do bem-estar da comunidade, tendo em vista a *função social da propriedade* (Constituição Federal, art. 170, III)” (MEIRELLES, 2005, p. 89).



Ainda no que toca às limitações administrativas, impossível esquecer-se do denominado *Estatuto da Cidade* (Lei n. 10.257, de 10.07.2001), que institucionalizou normas gerais de direito urbanístico,

um conjunto de meios e instrumentos expressamente vocacionados para a intervenção urbanística, possibilitando ao Poder Público uma atuação vigorosa e eficaz nesse setor, viabilizando a concretização do princípio da *função social da propriedade* (MEIRELLES, 2005, p. 157).

Abordando desde o planejamento urbanístico, o mencionado Estatuto, uma das leis mais importantes a surgir nos últimos tempos para a regulação da vida nos centros urbanos, traz normas referentes à *desapropriação imobiliária*, às *servidões administrativas*, ao *tombamento*, ao *usucapião especial de imóvel urbano*, ao *direito de superfície* e a tantos outros institutos ligados à propriedade – ou à *falta* da mesma, na medida em que disciplina a assistência técnica e jurídica gratuita para comunidades e grupos sociais menos favorecidos.

Impossível olvidar-se, de outra banda, das limitações impostas ao direito de propriedade imobiliária pelas normas de *Direito Ambiental*.

Ramo da ciência jurídica relativamente novo, o Direito Ambiental impõe uma série de restrições ao proprietário de imóvel, com o fito de que o uso do mesmo seja adequado à legislação própria, para o fim de proteção do meio ambiente.

Assim, o Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), por exemplo, traz à baila as *Áreas de Preservação Permanente*; a *Reserva Legal*; a *Pequena Propriedade Rural* e outros institutos, prevendo, especificamente, a possibilidade de *intervenção* em Área de Preservação Permanente, o que, à evidência, se dá em virtude da existência de interesse social na dita área.

A própria *responsabilidade civil por dano ambiental* é intrinsecamente ligada à correta manutenção e conservação do meio ambiente, lembrando Patricia Iglesias que, havendo a possibilidade de quem incorrer no mencionado dano ser obrigado à reparação do mesmo; admitte-se, aliás, até mesmo a recomposição do dano patrimonial ambiental com o *dano moral coletivo*, tratando-se este de “violação antijurídica de determinado círculo de valores coletivos” (IGLESIAS, 2013, p. 135).

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf ainda lembram-se das *restrições decorrentes das leis eleitorais*, como o caso

de cessão obrigatória e gratuita de propriedade particular para o funcionamento das mesas receptoras, nos dias de eleição, conforme o disposto no art. 135, § 3º, do Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15.07.1965) (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 121); em seguida, também lembram-se das restrições decorrentes da *legislação penal*, como, por exemplo, a desapropriação, sem qualquer indenização ao proprietário, de qualquer gleba onde se encontrem culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243 da Constituição Federal)<sup>7</sup>.

São as limitações ao direito em questão, como afirmado com felicidade por Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf, efetivamente *inúmeras*, de vários tipos; tudo a demonstrar que o direito de propriedade realmente não é *mais absoluto*, devendo o mesmo adequar-se ao *interesse público*, às limitações impostas pelos *direitos de vizinhança* e ao próprio *bem comum*. O uso antissocial da propriedade é veementemente reprimido pela legislação moderna, o que vem ao encontro do reconhecimento da preponderância da referida *função social* da propriedade, o que ora se passa a abordar.

#### 4. A função social da propriedade

Esse conceito é ligado, decerto, à inexistência do que se possa chamar de um *direito absoluto*. Como já observado alhures, não mais se admite, nos dias atuais, o conceito de *direitos absolutos*. Todos os direitos devem ser devida e regularmente utilizados, dentro dos limites legais, para um convívio harmônico em sociedade.

Admite-se que até mesmo o mais sagrado dos direitos – o *direito à vida* – pode ser retirado da pessoa, caso haja necessidade premente de

---

<sup>7</sup> Cuida-se, como lembra José Afonso da Silva, de típica *expropriação-sanção*, em que se expropria “o bem, sem qualquer indenização, como sanção à infração cometida na gleba, consistente em cultura ilegal de plantas psicotrópicas. A expropriação é feita por decisão judicial em ação expropriatória proposta pela União (porque só a ela cabe essa expropriação), de acordo com o rito processual estabelecido na lei supracitada. A expropriação dar-se-á qualquer que seja o título que vincule o responsável pelo plantio à gleba – propriedade ou posse, sem que, neste último caso, o proprietário possa alegar a qualidade de terceiro de boa-fé” (SILVA, 2008, p. 885). Alexandre de Moraes aduz que se cuida de uma medida constitucional com dupla finalidade: “combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e aproveitamento das glebas para assentamento de colonos,” visando à *reforma agrária* (MORAES, 2013, p. 2111).

Recente alteração da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional n. 81, de 05.06.2014, estabeleceu estarem sujeitos à mesma sanção os proprietários de terras onde houver a exploração de trabalho escravo, triste realidade que, ainda nos dias atuais, mancha o nome do nosso País e suas pretensões à modernidade e a uma vida republicana.

fazê-lo<sup>8</sup>. Imagine-se o caso de um psicopata, armado com uma arma de fogo ou com uma arma branca, que se disponha a fazer uma chacina no apinhado centro da cidade. Um policial armado – ou mesmo um outro popular – não poderá abatê-lo, visando proteger a vida de inocentes?

Ainda que cause profundo mal-estar a perda de uma vida humana, mesmo a do agressor, no caso referido, é de se concluir no sentido de que a resposta à indagação efetuada há de ser positiva.

Assim, vivemos a época da *relativização* dos direitos.

O *direito de propriedade*, como entendem os juristas modernos, *também não pode ser absoluto*. Ultrapassada está a fase em que tal direito assim era considerado.

Por isso, a referência à *função social* da propriedade; ou seja, deve a mesma estar voltada à *melhoria da vida em sociedade*. Figure-se o exemplo do proprietário de um imenso terreno baldio, situado em zona valorizada da cidade, que se recusa a nele construir, apenas com o intuito de aguardar ainda maior valorização comercial. O proprietário de um imóvel símile, situado nas imediações de uma favela, poderia tê-lo expropriado para a construção de habitações populares, visando minimizar o impacto dos efeitos da pobreza na região.

Sobre o tema, a propósito, Celso Ribeiro Bastos prelecionava no sentido de que a liberdade de uso e fruição da propriedade

hoje vê-se, em muitos casos, transformada em dever de uso. É um desdobramento sem dúvida importante do moderno direito de propriedade. À luz das concepções atuais não há por que fazer prevalecer o capricho e o egoísmo quando é perfeitamente possível compatibilizar a fruição individual da propriedade com o atingimento dos fins sociais (BASTOS, 1996, p. 193).

A propriedade, em verdade, em tempos mais recentes, *nunca foi um direito absoluto*, mesmo sob a égide do Código Civil de 1916 e da Constituição Federal de 1967.

---

<sup>8</sup> A respeito do tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz ser a propriedade um direito que não está nem acima nem abaixo dos demais, devendo sujeitar-se às limitações exigidas pelo bem comum. E acrescenta: “Pode ser pedida em favor do Estado quando o interesse público o reclamar, como a vida tem de ser sacrificada quando a salvação da pátria o impõe” (FERREIRA FILHO, 1975, p. 283).

Esta, de maneira mais tímida do que a Constituição Federal atualmente em vigor, trazia, em seu artigo 161, considerações referentes à chamada *desapropriação para fins de reforma agrária*, visando à melhoria da vida das populações do campo, privada de melhores meios de subsistência.

O Código Civil de 1916, por seu turno, também trazia diversas situações em que se viam *limitações* ao direito de propriedade, demonstrando já não se considerar o mesmo de caráter absoluto. Assim, a propriedade seria considerada como *limitada*, quando um de seus elementos é entregue a outro titular (como, por exemplo, nos casos de *hipoteca, usufruto e servidões prediais*, em que haveriam de prevalecer tais institutos, limitadores do direito, sobre o do próprio titular).

Também os conhecidos *direitos de vizinhança* seriam autênticas *limitações ao caráter absoluto do direito de propriedade*, e são limitações que nós conhecemos bem. Basta lembrar-se da vida em condomínios verticais, com suas imposições; ou, mesmo para quem reside em casas, a obrigação de não construir de forma a criar estorvos para os vizinhos, como referido no tópico anterior, ao se analisarem as *limitações ao direito de propriedade*.

Há *limitações aéreas e subterrâneas* para as propriedades<sup>9</sup>. Existem disposições a respeito não só no Código Civil, mas também, como referido no tópico anterior, no *Código de Minas*, no *Código de Águas* e no *Código do Ar*, assim como no *Código Florestal*.

O proprietário deve respeitar as leis específicas de proteção da fauna, da caça e da pesca, além, é claro, da proteção do meio ambiente e do patrimônio paisagístico, histórico e artístico nacional, e ainda as posturas referentes a edificações.

## 5. Disposições legais mais recentes sobre a função social da propriedade

A Constituição Federal de 1988, além da referência feita no art. 5o, inciso XXIII, sobre a função social da propriedade, trouxe, ainda, considerações sérias sobre o tema nos artigos 182 e 183, que tratam da

---

<sup>9</sup> Recorde-se, a propósito, do antigo conceito do Direito Romano a respeito do direito de propriedade, no sentido de que o mesmo, de tão soberano que era, estendia-se “até o céu e até o inferno” (*usque ad sidera, usque ad inferos*)!

Política Urbana, e nos arts. 184 a 191, que cuidam da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária.

Estes últimos são desdobramento do que vinha disposto no art. 161 da Constituição Federal de 1967, referentemente à *desapropriação para fins de reforma agrária*.

Paulo Affonso Leme Machado lembra, no que diz respeito ao tema, que pelo menos *oito vezes* a expressão “*função social*”

está presente na Constituição: arts. 5º, XXIII; 170, III; 173, § 1º, I; 182, *caput*; 182, § 2º; 184, *caput*; 185, parágrafo único; e 186, II. A expressão “função social da propriedade” foi inserida pela primeira vez na Constituição Federal de 1967 (art. 157, III) (MACHADO, 2014, p. 176)<sup>10</sup>.

Os arts. 182 e 183 tratam da *política de desenvolvimento urbano*, a ser executada pelo Poder Público municipal.

O § 2º do art. 182 aduz que a propriedade urbana “cumpra a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”<sup>11</sup>.

O § 4º do mesmo artigo traz sérias disposições a respeito do direito de propriedade, aduzindo que é facultado

ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado,

<sup>10</sup> Aduz o mesmo autor que “a determinação da Constituição de que a Administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias – como, por exemplo, Petrobrás, Banco do Brasil) coloque no seu estatuto jurídico “sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade” (173, § 1º, I). Juntam-se, aí, *função social e fiscalização pela sociedade*” (MACHADO, 2014, p. 177).

<sup>11</sup> Patrícia Iglesias lembra, a propósito do tema, que a Constituição Federal, no art. 182, parágrafo 2o, “fixou os requisitos necessários para que se atenda à função social da propriedade urbana (atendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes, como instrumento básico da política de desenvolvimento e ordenamento de expansão urbana). Segundo o art. 186, a propriedade rural cumpre sua função social quando há: (i) aproveitamento racional e adequado; (ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do ambiente; (iii) observância das disposições relativas às relações de trabalho; (iv) exploração favorável ao bem-estar dos proprietários e trabalhadores” (IGLESIAS, 2013, p. 119).

que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I – parcelamento ou edificação compulsórios;
- II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Esses dispositivos fizeram eco no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001), que trouxe longos dispositivos a respeito da política urbana, com mais detalhes no tocante aos institutos referidos na Constituição Federal, visando compelir-se o proprietário a dar destinação a imóveis de sua propriedade, para evitar-se que os mesmos permaneçam ociosos.

O art. 7º do referido Estatuto da Cidade trouxe à baila o denominado *IPTU progressivo no tempo*, objetivando dar cumprimento ao disposto no art. 182 da Constituição Federal, aduzindo que, no caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos no *caput* do art. 5º do Estatuto (que estabelece que lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o *parcelamento*, a *edificação* ou a *utilização compulsórios* de solo urbano não edificado), ou, ainda, descumprido o disposto no § 5º do mesmo art. 5º, o Município “procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos coletivos”. Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf aduzem, a propósito, que o IPTU é, nesse caso, “considerado uma ferramenta de promoção da função social da propriedade privada no Brasil”, sendo sua progressividade um dos instrumentos dessa promoção (MALUF; MALUF, 2011, p. 70). Cuida-se, como lembram, de autêntica *medida sancionatória* do descumprimento da função social da propriedade (idem, ibidem).

Também foi criado o *usucapião especial urbano*, constante dos arts. 9º a 14 do Estatuto, com disposições que têm sido objeto de questionamentos, mas claramente destinadas à regularização de favelas (ou, como são chamadas atualmente, *comunidades*), tendo-se em vista a incrível quantidade das mesmas existentes nos centros urbanos, proliferando de forma descontrolada.

O parágrafo 1º do art. 1.228 do Código Civil de 2002 estabelece que o direito de propriedade “deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, denotando a grande preocupação do legislador contemporâneo com a preservação do meio ambiente; e não apenas o denominado *meio ambiente natural*, mas também o *meio ambiente artificial* e o *meio ambiente cultural*. É o que Patricia Iglesias denomina, como referido linhas atrás, *função socioambiental da propriedade*, como resultado da evolução do direito de propriedade no sentido de sua socialização, “como conceito moderno de utilização adequada da propriedade” (IGLESIAS, 2013, p. 120).

Aliás, a mesma autora afirma, com razão, que, no decorrer do século XX, reconheceu-se a necessidade de que a propriedade se desenvolvesse com um conteúdo de satisfação social, o que levou à *publicização* da propriedade; assim, o direito a um *meio ambiente ecologicamente equilibrado* consolidou-se como direito fundamental de terceira geração, sucedâneo do direito à vida (IGLESIAS, 2012, p. 53)<sup>12</sup>.

Outrossim, o art. 1.228 do Código Civil de 2002 trouxe a chamada desapropriação posse-trabalho, também objeto de questionamentos no meio jurídico, dado o impressionante número de imprecisões contidas nos §§ 4º e 5º deste dispositivo, com reflexos evidentes na jurisprudência; até agora, quatorze anos depois da entrada em vigência desse novo CC, *não há nenhum registro na jurisprudência de alguma ação referente a essa matéria que tenha vingado*.

Os requisitos dessa desapropriação posse-trabalho também são questionáveis. Diz o § 4º do art. 1.228 que o proprietário

também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

<sup>12</sup> Completa a autora: “Tutela-se o meio ambiente considerando a qualidade de vida. Reconhecido esse direito, deve-se fazer mudanças radicais na estrutura do Estado e da sociedade” (IGLESIAS, 2012, p. 53).

O § 5º. Diz: “No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

Ao analisar esse dispositivo, já tive, com a devida vênia, a oportunidade de questionar algumas das gritantes falhas verificadas no mesmo. Assim, destaquei o fato de que o dito dispositivo gerava perplexidade, traduzida nas seguintes perguntas: 1) o que se pode considerar como a “*extensa área*”, referida no § 4º? 2) O que se pode entender como o “*considerável número de pessoas*” que ocupam o imóvel invadido? De quantas pessoas estamos falando? 3) O que são as “*obras e serviços de interesse social e econômico relevante*”? 4) É ao juiz que cabe avaliar e definir tudo isso? Em caso positivo, utilizando-se de quais critérios? 5) Quem irá pagar ao proprietário do imóvel a indenização referida no § 5º do art. 1228<sup>13</sup>?

São perguntas que, com a devida vênia, até hoje não mereceram respostas convincentes por parte da comunidade jurídica.

O direito de propriedade ainda encontra grandes limitações, que lhe foram impostas mais recentemente, como já dito linhas atrás, em virtude da preponderância do Direito Ambiental, que, nos tempos atuais, ganhou o respeito merecido não apenas da comunidade jurídica, mas de toda a sociedade, em que predominam a civilização, o respeito à alteridade e ao interesse público.

Aliás, os estudiosos dessa matéria destacam não ter a propriedade apenas uma *função social*, mas uma verdadeira *função socioambiental*, a demonstrar o avultamento da consciência a respeito da necessidade da observância desse aspecto do mencionado direito. O *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, lembra Patricia Iglesias, é considerado “direito fundamental de terceira geração, mas nem por isso fica abaixo do direito de propriedade, que é de primeira geração”; entretanto, não há subordinação ao mencionado direito de propriedade, posto que “as categorias de direitos fundamentais têm igual dignidade constitucional, formando um todo harmônico” (IGLESIAS, 2013, p. 118).

## 6. Conclusões

A importância do direito de propriedade continua imensa, malgrado haja aqueles que defendem a existência de uma suposta *crise* desse direito.

<sup>13</sup> Trabalho intitulado Notas sobre a desapropriação posse-trabalho e o usucapião coletivo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; NERY, Ana Rita de Figueiredo; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de (Org.). *Direito urbanístico – ensaios por uma cidade sustentável*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 322.



A propósito dessa dita crise, contudo, é pertinente recordar-se das palavras de Antonio Chaves, na aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da USP, em 02.03.1970, que assim se pronunciou: “Mas crise por quê, se nunca como agora é reconhecida e proclamada a sua utilidade, a tal ponto que é justamente em decorrência das suas indiscutíveis vantagens que não se permite mais fique adstrita ao âmbito limitado e egoístico do seu titular, mas se exige que se espraie em benefícios a toda a coletividade?”<sup>14</sup>

O que se tem verificado, a partir dessa postura mais recente sobre o tema, é que houve efetiva *relativização* do direito de propriedade, antigamente considerado como absoluto, condicionando-se o seu exercício à observância da mencionada *função social da propriedade*.

Observando-se, outrossim, o preocupante quadro social que se desenha na sociedade brasileira contemporânea, é pertinente aduzir-se que embora o Judiciário tenha demonstrado eficiência (e sólido apego à letra da lei) na observância da defesa desse direito, com eventuais exceções, tem havido um crescente movimento no sentido de *umentar-se* essa relativização, fato este que, em virtude de exageros e abusos cometidos, vem causando um considerável mal-estar no meio social.

Desnecessário dizer-se do caos que vem sendo trazido ao País com a atuação de grupos ligados a movimentos de sem-teto e sem-terra, que, à guisa de lutar por justiça social, se utilizam até mesmo de táticas de guerrilha para atingir os seus objetivos. De outra banda, é fato notório que tais grupos não raro causam sérios prejuízos a atividades lícitas, como a lavoura, a agropecuária e até à pesquisa científica, cabendo lembrar-se de um caso ocorrido há poucos anos, quando um laboratório situado em área rural foi vandalizado por membros de um desses movimentos, causando sério prejuízo à referida pesquisa e ao progresso da ciência. Isso, evidentemente, sem que se fale nas violações aos direitos dos legítimos proprietários dos imóveis invadidos.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, buscando adotar soluções alternativas para os sérios problemas advindos das invasões em massa, criou um grupo intitulado GAORP, ou *Grupo de Apoio às Ordens Judiciais de Reintegração de Posse*, formado por 15 autoridades, de nível federal, estadual e municipal, além de três juízes auxiliares da Presidência, com a atribuição de

<sup>14</sup> Apud Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limitações ao direito de propriedade*, p. 206.

acompanhar as ordens judiciais de reintegração de posse caracterizadas como de alta complexidade, seja em relação ao número de pessoas envolvidas, local ocupado e outras circunstâncias a serem ponderadas, servindo como espaço interinstitucional de produção de soluções consensuais e/ou menos onerosa possível às partes envolvidas, com efetivo apoio a estas oferecido, bem como ao magistrado responsável pelo respectivo processo, em tudo o que for necessário. (art. 3º da Portaria n. 9.102/2014 do TJSP).

Também é atribuição desse grupo “desenvolver mecanismo de facilitação de comunicação entre os magistrados responsáveis pelos processos referentes às reintegrações de posse e às partes interessadas”.

É alentador ver que as autoridades legalmente constituídas buscam soluções pacíficas para um drama da magnitude da questão, que se espraia por várias áreas, inclusive a penal, não raro desbordando do campo meramente jurídico para o campo político.

Outrossim, conquanto a referida *complexidade das situações envolvidas* tenha aumentado com o passar dos anos, em especial em face da atuação dos movimentos sobreditos, que operam à margem da lei e com “*know-how*” específico, voltado à perpetração contínua de invasões de propriedades alheias, públicas e privadas, é de se dar ao magistrado de primeiro grau, linha de frente no combate à ilegalidade, um voto da mais absoluta confiança, em especial em face da proficiência que tem sido demonstrada por esses juízes no cumprimento de seu dever institucional e na maneira valente como têm enfrentado situações limite como as referidas, com o apoio necessário das autoridades policiais, incumbidas da manutenção da ordem.

Que se entenda que a propriedade tem sua função social, e não deve ficar abandonada, não utilizada ou subutilizada, com tanta necessidade de moradia. Mas que se proteja o direito do proprietário, que não caiu do céu. Que se permita ao Judiciário analisar, com as necessárias imparcialidade, soberania e independência, as situações jurídicas que lhe são levadas à mesa, sem transformar uma reintegração de posse num factóide político, a ser explorado por mal-intencionados de todas as áreas.

Só assim se estará cumprindo a lei e fazendo valer a efetiva Justiça.

## Referências bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BLACK'S law dictionary. 3<sup>rd</sup> ed. Saint Paul: Thomson West, 2006.
- FEDERIGHI, Wanderley José. Notas sobre a desapropriação posse-trabalho e o usucapião coletivo – análise comparativa do Estatuto da Cidade e do Código Civil. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; NERY, Ana Rita de Figueiredo; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de (Org.). *Direito urbanístico – ensaios por uma cidade sustentável*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- IGLESIAS, Patricia. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- IGLESIAS, Patricia. *Direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3: Direito das coisas.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 5: Direito das coisas.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5: Direitos reais.

# Breve exame da usucapião no Direito brasileiro

*Nestor Duarte*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## 1. Sistemas e modos de aquisição da propriedade e a usucapião

Os modos de aquisição da propriedade constituem-se de fatos jurídicos qualificados pelo ordenamento como eficazes para atribuir a um sujeito esse direito sobre determinado bem.

Identificam-se três sistemas em que, por modos diversos, se resolve a questão: o sistema romano, o francês e o alemão<sup>2</sup>.

No sistema romano, há fragmento constante do Digesto do qual se conclui não bastar justo título para a transferência do domínio; exige-se, também, um modo especial.<sup>3</sup>

Já, no sistema francês, basta o título, operando o contrato efeito translativo<sup>4</sup>. Conforme Planiol, o contrato não só produz efeitos obrigacionais, mas transfere a propriedade<sup>5</sup>.

No sistema alemão, difere o negócio jurídico que cria a obrigação de transferir a propriedade de outro, pelo qual a propriedade é transferida, sendo este, tanto para a transmissão de bens imóveis como de bens móveis, um contrato real e abstrato<sup>6</sup>.

Segue o Direito brasileiro o sistema romano, de modo a não bastar o título para a aquisição da propriedade (CC arts. 1245 e 1267), mas não são necessários dois negócios jurídicos, um causal e outro abstrato.

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>2</sup> GOMES, Orlando. *Direito reais*. 19. ed. rev., atual. e anot. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157.

<sup>3</sup> *D. Lib. XLI, frag. 31, 1: Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

<sup>4</sup> Code Civil, art. 711.

<sup>5</sup> PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5ème ed. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1908. t. premier, p. 836.

<sup>6</sup> WOLFF, Martin. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Traducción de Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1951. t. 1: Derecho de cosas, p. 372.

Essa tripartição dos sistemas funda-se, apenas, na indagação sobre se basta o acordo de vontades para a transmissão do domínio, mas não se pode descurar da classificação dos modos de aquisição, segundo alguns critérios, que se inserem nesses sistemas.

Para Luciano Camargo Penteado, falar em modos de aquisição da propriedade significa referir-se à “maneira concreta segundo a qual a situação jurídica ingressa no patrimônio do sujeito”<sup>7</sup>, para o que há diversos critérios de classificação<sup>8</sup>, iniciando-se pela distinção entre bens móveis e imóveis, pois existem modos peculiares aos imóveis (ex.: registro imobiliário), outros peculiares aos móveis (ex.: tradição, ocupação, especificação, confusão, comistão e adjunção) e outros ainda comuns a móveis e imóveis (ex.: sucessão hereditária e usucapião). Por um segundo critério, classificam-se os modos em originários (ex.: ocupação, usucapião, acessões naturais) e derivados (ex.: registro e tradição). Pelo terceiro critério, a aquisição se dá a título universal (sucessão hereditária), ou a título singular (em todos os demais modos).

Em suas Institutas, Gaio agrupou em duas classes os modos de aquisição da propriedade<sup>9</sup>, os da primeira categoria (*juris civilis*), “eram acessíveis apenas aos cidadãos romanos; os da segunda (*juris naturalis*), aos cidadãos romanos e aos estrangeiros. Na primeira, enquadravam-se a *mancipatio*, a *in jurecessio* e a *usucapio*; na segunda, a ocupação, a acessão, a especificação, a tradição e a aquisição de frutos”<sup>10</sup>.

A usucapião era instituto conhecido desde antes da Lei das XII Tábuas, que a ela alude, entretanto, sofreu modificações nos três períodos em que se divide a evolução do Direito Romano: pré-clássico, clássico e pós-clássico e, no Digesto, encontra-se o conceito de usucapião, atribuído a Modestino<sup>11</sup>.

No período pré-clássico, para se dar a usucapião variava o prazo de posse exigível, conforme se tratasse de coisa móvel (um ano) ou imóvel (dois anos), e se vinculava à garantia que o alienante dava ao adquirente contra a evicção, pois, decorridos aqueles prazos, a “*actio auctoritatis*”, para obter o dobro do preço pago, caso o adquirente

<sup>7</sup> PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 312.

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. Op. cit., p. 160.

<sup>9</sup> G. 2, 65: Ergo ex his, quae diximus apparet quaedam naturali jure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur; quaedam civili: nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium Romanorum.

<sup>10</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I, p. 292.

<sup>11</sup> D. 41, 3.3, Fr. Modestino: “Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.”

perdesse a coisa por evicção, deixava de existir, porque o adquirente – mesmo que o alienante não fosse o dono da coisa – se tornaria proprietário pela usucapião, não mais podendo cogitar-se de evicção.

No período clássico, a par da usucapião, surgiu outro instituto – “*longi temporis praescriptio*” – criado pelos magistrados provinciais para que, se o proprietário reivindicasse imóvel de alguém, que o possuísse por dilatado tempo, este podia opor a “*praescriptio*”, semelhante à “*exceptio*”. Tratava-se de um meio de defesa.

É no período clássico, também, que se estabeleceram os requisitos da “*usucapio*”: *res habilis, justa causa, bona fides, possessio e tempus*.

Finalmente, no período pós-clássico, Constantino introduziu uma forma especial de usucapião: “*longissimi temporis praescriptio*”, exigente de posse por quarenta anos e boa-fé, embora sem justo título, podendo defender-se, com ela, da reivindicatória.

Justiniano fundiu os institutos da “*longi temporis praescriptio*” e da “*usucapio*”, dando àquela eficácia aquisitiva<sup>12</sup>.

Essa fusão, porém, não extingue a distinção entre a usucapião e a “*praescriptio extintiva*” da propriedade e das servidões<sup>13</sup> embora conducentes a idênticas conseqüências, conforme faz ver Francisco Morato<sup>14</sup>, e que autoriza a exceção de usucapião<sup>15</sup>.

Em arremate, como um dos modos de aquisição de propriedade, a usucapião, presente em todas as fases do Direito Romano, permeia não só os sistemas de aquisição de propriedade que a ele se vinculam, mas também se reconhece no Direito francês<sup>16</sup> e com nuances no Direito alemão, em que, admitida expressamente a usucapião de bens móveis<sup>17</sup>, quanto aos imóveis, vigora de modo restrito, pela

<sup>12</sup> BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. Ristampa corretta della X edizione. Milano: DOTT. A. Giuffrè, 1987. p. 240.

<sup>13</sup> MACKELDEY, F. *Manuel de droit romain*. Traduit de l'allemand par J. Beving. 3ème éd. Bruxelles: Société Typographique Belge, Ad Wahlen et Cie., 1846. p. 145.

<sup>14</sup> MORATO, Francisco, *Da prescrição nas ações divisórias*, 2. ed., São Paulo, Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1944, p. 57: “Tanto uma como outra reclamam o decurso de tempo e têm de commum produzir connexamente a perda e aquisição de direitos. São os seus pontos de contacto. Mas o que uma faz por via indirecta, realiza a outra por via directa: o que uma assenta no tempo sem mais adminiculo, assenta a outra na posse com o adminiculo do tempo, justo título e boa fé, ou do tempo somente na usucapião extraordinária; o que uma opera como modo extintor, opera a outra como modo gerador. São os seus pontos de dissemelhança”.

<sup>15</sup> Súmula 237 do STF: O usucapião pode ser arguido em defesa.

<sup>16</sup> Code Civil, arts. 712 e 2258.

<sup>17</sup> BGB - § 937.

<sup>18</sup> BGB - § 900.

usucapião tabular ou de livros<sup>18</sup>, devendo o usucapiente estar indevidamente inscrito como titular durante trinta anos<sup>19</sup>. Também, o proprietário de um imóvel, quando este imóvel por trinta anos estiver na posse de outrem a título de propriedade, pode ter, pelo processo intimatório, excluído o seu direito<sup>20</sup>. O processo intimatório só é possível se o proprietário estiver inscrito no livro de imóveis, mas estiver morto ou desaparecido, e não houver sido realizada uma inscrição que dependesse de seu assentimento neste prazo de trinta anos; a sentença de exclusão ou caducidade converte o imóvel em “res nullius” e quem houver promovido a intimação obtém um direito real de apropriação e de inscrever-se como proprietário<sup>21</sup>.

## 2. Regras do direito luso-brasileiro

Sem retroagir a períodos mais remotos, aqui é suficiente situar-se a partir das Ordenações: Ordenações Afonsinas, de 1446, revogada em 1521 pelas Ordenações Manuelinas e, finalmente, as Ordenações Filipinas, de 1603, cujas características aponta R. Limongi França:

Se o tempo do Código Afonsino se caracteriza pela unificação do sistema luso, o do Código de D. Manuel traz a nota marcante do absolutismo e o das Ordenações de D. Filipe a característica da decadência da técnica jurídica.

Apareceu, todavia, a Lei da Boa Razão, em 1769, “sob a égide de Pombal, cuja finalidade foi reconduzir o direito para a trilha do bom senso e dos métodos racionais<sup>22</sup>, pois, anteriormente, os juizes e juriscultos “ficavam envolvidos em um labirinto” nos casos omissos, dada a possibilidade de invocarem-se o direito romano, o canônico, a autoridade legal de Accursio e de Bartolo, ou a autoridade moral ou jurídica dos Cujacianos, concluindo Coelho da Rocha: “Não havia no fôro injustiça, que se não defendesse com a auctoridade dos Doutores; assim como em moral não havia erro, que se não desculpasse com

<sup>19</sup> WOLFF, Martin. Op. cit., p. 280.

<sup>20</sup> BGB - § 927.

<sup>21</sup> WOLFF, Martin. Op. cit., p. 352.

<sup>22</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. I, p. 106.

uma serie de Casuistas”. Mais adiante, acrescenta que, passados três anos da Lei da Boa Razão, os redatores dos Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, “proclamavam a necessidade de fixar antes para administração da justiça uma norma positiva, ainda que menos exacta, do que deixal-a abandonada ao indefinido da razão” e é nesse ambiente que “as reformas parciaes, que se publicavam na legislação de todas as nações, e esta separação, que faziam os JCTos, das leis romanas, mostrava a necessidade, e ao mesmo tempo era o preludio dos novos códigos”<sup>23</sup>.

O primeiro Código Civil português surgiu em 1867, dissociando-se, então, a legislação brasileira da portuguesa, porque, no Brasil, apesar de preconizada na Constituição Imperial de 1824, a codificação só ocorreu em 1916, para vigorar a partir de 01 de janeiro de 1917. Assim é que as Ordenações Filipinas vigoraram em território brasileiro – contando o período anterior à independência em 1822 – mais tempo do que em Portugal<sup>24</sup>.

As Ordenações Filipinas não dispuseram especificamente sobre posse imemorial e usucapião, mas sobre posse imemorial e prescrição, distinguindo os prazos entre ausentes e presentes, assim como, para determiná-los, se ocorrente ou não a boa-fé<sup>25</sup>. Supriu a doutrina a deficiência da lei, assinalando-se-lhes os requisitos: coisa hábil, posse, lapso de tempo, boa-fé e justo título, dispensados estes dois últimos

<sup>23</sup> ROCHA, M. A. Coelho da. Instituições de direito civil portuguez. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886. t. I, p. 281-282.

<sup>24</sup> CC/1916: art. 1807 – Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias do direito civil reguladas neste Código.

<sup>25</sup> Ordenação Filipinas:

L. 2, XXVII: “Que nos lugares, em que se levaram e levavam Direitos e tributos, onde não havia Foral, nem outra authentica scriptura para se levarem, somente a posse immemorial em que stavam, nestes taes devia ser havida por título a dita posse immemorial, em que sempre estiveram, com tal declaração, que estes Direitos, que se assi haviam de haver per tal costume e posse immemorial, fossem daquelles, que os Reis destes Reinos costumaram geralmente dar e arrecadar para si, aos quaes se daria novamente Foral, confórme aos lugares seus semelhantes e Comarcãos”.

L. 4, III, § 1o: “Esta demanda lhe poderá fazer até dez anos cumpridos, se ambos, credor e possuidor, eram moradores em huma Comarca.

E sendo moradores em desvairadas Comarcas, então lhe poderá ser feita a demanda até vinte annos acabados. Os quaes dez anos e vinte se contarão do primeiro dia, que a cousa foi a poder do possuidor com título e bõa fé.

E vindo a cousa obrigada a poder do possuidor sem título algum, poder-lhe-há a demanda ser feita pelo credor até trinta annos cumpridos, contados pelo modo sobredito.

E se a cousa obrigada sempre fôr em poder do devedor, ou de seu herdeiro, ou de algum outro credor, a que depois fosse apenhada, possuindo-a por virtude do dito apenhamento, nestes casos poderá ser feita a demanda até vinte annos entre os presentes, e quarenta entre os absentes, contados do dia, que a obrigação for feita, em diante; salvo se constar da má fé dos sobreditos, porque então em nenhum tempo poderão prescrever”.



na prescrição extraordinária de trinta anos<sup>26</sup>. Cabe destacar, todavia, o que se compreendia entre as coisas passíveis de usucapião, porquanto, embora não suscetíveis certos bens à usucapião ordinária, o eram pela extraordinária de quarenta anos: “Mas, por exceção, só podem ser prescrites em quarenta annos os bens de domínio do Estado, cidades e villas, e os imóveis das igrejas e estabelecimentos pios”<sup>27</sup>. Não é hoje possível, entretanto, a usucapião de bens públicos<sup>28</sup> e, além disso, já merecia referência a Lei 601, de 18/9/1850, que proibiu “as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”, por isso, como anota Ruy Cirne Lima, essa lei “não se voltava unicamente para o passado”, mas, ao contrário, “a sua face importante é, precisamente, a que olha para o futuro”<sup>29</sup>. Não se há de confundir a atribuição de terras devolutas a particulares, de que já cuidava a Lei 601, “nos casos das posses existentes a 18-9-1850” e cuidam o Estatuto da Terra – Lei 4504/64 (art. 99) e a Lei 6383, de 07/12/1976, que utiliza a expressão legitimação de posse (art. 29 e § 1º), para definir “o ato administrativo pelo qual o Estado torna legítimo o fato possessório de terras devolutas da União”<sup>30</sup>.

Na Consolidação das Leis Civis de 1857, tratou Teixeira de Freitas da prescrição aquisitiva: “Posse, justo título e boa-fé, são os requisitos necessários para a prescrição aquisitiva” (art. 1319); definiu justo título, como “todo aquelle, que, conforme a direito, reputa-se hábil para a transferência do domínio” (art. 1320); excluiu o possuidor de má-fé que “em tempo nenhum poderá prescrever” (art. 1321), mas dispôs sobre a prescrição sofrida pelo credor hipotecário, “contra o terceiro possuidor dos bens hipotecados”, fixando o prazo de dez anos entre presentes e vinte entre ausentes (art. 1322).

A Consolidação Carlos de Carvalho estabeleceu os prazos de prescrição aquisitiva para bens móveis e imóveis; distinguiu a ordinária da extraordinária, referiu-se ao prazo de quarenta anos para “a prescrição dos bens do domínio privado da União” e à “posse imemorial” (art. 428 a 432).

<sup>26</sup> ROCHA, M. A. Coelho da. Op. cit., t. II, p. 365.

<sup>27</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier Livreiro Editor, 1877. v. I, p. 190.

<sup>28</sup> CF – Art. 183, § 3º – Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

<sup>29</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. p. 63.

<sup>30</sup> MIRA, Antonio Benedito Leal de. Legitimação de posse. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. v. 48, p. 374.

O Projeto Coelho Rodrigues de Código Civil tratou da usucapião no capítulo referente à perda da propriedade: “Art. 1813 – No caso de usucapião de coisa por outra pessoa, o proprietário anterior perde seu direito desde que a sentença que julgar a prescrição é consignada no respectivo registro”. A par disso, estipulou que “todas as ações reais ou pessoais extinguem-se pela prescrição de 30 anos, ainda que o adquirente não exiba título, nem alegue boa-fé” (art. 249). Refere-se aqui ao Projeto de Coelho Rodrigues porque dele confessadamente Clóvis Bevilacqua retirou “copiosos elementos”, mas que não encontrara apoio político no embate com Felício dos Santos<sup>31</sup>.

A indecisão acerca da denominação usucapião ou prescrição aquisitiva, nessa última fase anterior ao Código de 1916, revela-a Lacerda de Almeida<sup>32</sup>, mas prevaleceu no Código Civil de 1916 a opção de Clóvis Bevilacqua, que a defendeu firmemente<sup>33</sup>.

### 3. Usucapião na vigência do Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 regulou a usucapião tanto de coisa imóvel (arts. 550 a 553) como de coisa móvel (art. 618 e 619) e, como se vê, a disciplina daquela é mais extensa.

Nesse passo, de todo proveitoso o comentário de Clóvis Bevilacqua ao artigo 550, que dispunha sobre a usucapião extraordinária cujo prazo era de trinta anos, sendo reduzido, posteriormente, para vinte anos pela Lei 2437, de 07/3/1955, pois nele se realçam a importância econômica do instituto, os requisitos para sua configuração e os bens que por esse meio podem ser adquiridos<sup>34</sup>:

<sup>31</sup> BEVILACQUA, Clóvis. *Em defeza do Projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. p. 26.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de, *Direito das cousas*, Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos Livreiro Editor, 1910, v. primeiro, p. 228 (nota): “acho preferível a denominação de prescrição aquisitiva, consagrada, ao demais, pela linguagem das Ordenações e pelo uso, ao qual repugna a expressão usucapião extraordinária, usucapião immemorial, mas aceita e emprega os termos prescrição ordinária, prescrição de três anos.”

<sup>33</sup> BEVILACQUA, Clóvis, *Em defeza do Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1906, p. 86: “Incontestavelmente o methodo preferível é expôr, na parte geral, os preceitos sobre a prescrição propriamente dicta, pois que não se applicam elles sómente a uma classe especial de relações jurídicas, mas a todas, privando-as do remédio jurídico que as garante contra as violações. A usucapião (conservemos o nome romano, que nos ajudará a evitar a ambiguidade reinante) occupa seu posto natural entre os modos de adquirir a propriedade. Esse foi o methodo adoptado pelo código civil allemão, que aliás não realizou uma innovação, como é fácil verificar consultando os civilistas.”

<sup>34</sup> BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v. III, p. 71.

Usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada. *Est acquisitio dominii per possessionem prolixam et justam, vel acquisitio per usum (Calvino); ou, como disse Modestino: Est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* (D. 41, 3, fr. 3).

O Código denominou usucapião a prescrição aquisitiva, para evitar confusão, provenientes da identidade de certos cânones que formam o tecido dos dois institutos; a prescrição propriamente dita ou liberatória, e o usucapião ou prescrição aquisitiva. Os requisitos do usucapião serão expostos no comentário ao artigo seguinte, porque, aí, têm eles maior interesse.

2. – Consagra este artigo um preceito de grande relevância na vida econômica. Merece que se lhe dê toda a atenção.

Não introduziu o Código uma inovação, com a regra que o artigo consagra; antes ultimou a evolução de um instituto, que se vinha formando no direito pátrio. Aquele que, durante trinta anos, possui um imóvel, é considerado o verdadeiro dono, sem, ter necessidade de exhibir título, nem justificar a sua boa fé, requisitos, que se presumem.

As condições que o Código exige, são a continuidade, a tranquilidade (objetiva) e o *animus domini* (subjativa). Os trintas anos de posse devem ser contínuos, sem interrupção, muito embora o possuidor atual junte a sua posse à dos seus antecessores. A posse deve ter atravessado todo esse decurso de tempo sem contestação. Este respeito ou aquiescência de todos e a diuturnidade fazem presumir que não há direito contrário ao que se manifesta pela posse, e, por isso, deve esta ser tratada como propriedade, e assim inscrita no registro de imóveis.

3. – No usucapião trintenário, o que domina é o fato da posse contínua e incontestada, unida à intenção de ter o possuidor o imóvel como próprio, os requisitos do justo título e da boa fé são dispensados. Nem o possuidor necessita deles, nem terceiros poderão intervir para provar-lhes a carência.

Mas os bens públicos, comuns, de uso especial ou dominicais, não se adquirem por usucapião (art.

67). Os bens particulares, ainda que inalienáveis, podem ser objeto de usucapião de trinta anos; porque a inalienabilidade dos bens públicos é essencial à natureza jurídica, e a dos bens particulares é uma garantia, que a lei concede, em atenção a certas pessoas, ou a certas situações jurídicas.

O dec. n. 22.785, de 31 de maio de 1933, confirmou a opinião acima exposta, declarando que os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são suscetíveis de usucapião.

Já a disciplina da usucapião ordinária foi tratada no artigo 551 cujo prazo, distinguindo a situação de presentes e ausentes, estipulou para aqueles dez anos e vinte para estes, sendo – também pela Lei 2437/55 – reduzido o de vinte para quinze anos. Reputou presentes os moradores em um mesmo município e ausentes os de municípios diversos. Ainda, conforme Clóvis Bevilacqua<sup>35</sup>, para a usucapião ordinária, além do prazo, outros requisitos são necessários: a) psicológico – “convicção do possuidor, de que o imóvel lhe pertence”, ou seja, “a convicção de que possuía a coisa como própria, *animo domini*, e de que a sua posse tem fundamento jurídico”, isto consistindo “a boa-fé, que exclui a posse viciosa (violenta, clandestina ou precária)”; b) objetivos – a posse deve ser contínua e incontestada e baseada em título justo.

Na sucessão a título singular foi permitida a *accessio possessionis* (art. 552).

Embora apartando as disciplinas da prescrição e da usucapião, o Código reconheceu a identidade de alguns princípios e, por isso, no artigo 553, estendeu as causas “que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição” à usucapião, assim como ao possuidor se estendeu o disposto quanto ao devedor.

A usucapião de coisas móveis também se subdividiu em extraordinária e ordinária, variando, conforme escudada em justo título e boa-fé ou se independente destes atributos, aplicando-se-lhes os princípios de acessão da posse, da suspensão e interrupção<sup>36</sup>.

Ainda durante a vigência do Código Civil de 1916, outras modalidades surgiram de usucapião imobiliária, a começar pela Constituição de 1934, que dispunha: “Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar por dez anos consecutivos sem oposição nem

<sup>35</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, [19-]. v. I, p. 151.

<sup>36</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Op. cit.*, v. I, p. 217.

reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua moradia, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita” (art. 125). O preceito foi mantido na Constituição de 1937 (art. 148) e, ligeiramente alterado, passando o limite para vinte e cinco hectares, constou da Constituição de 1946 (art. 156, § 2º). O Estatuto da Terra trouxe para nível infraconstitucional a disciplina dessa matéria (art. 98) e a Lei 6969, de 10/12/1981, conferiu nova disciplina para a usucapião especial rural<sup>37</sup>.

Recuperou foro de constitucionalidade a usucapião rural na Constituição de 1988<sup>38</sup>.

Da usucapião especial de imóvel urbano também veio a tratar a Constituição Federal de 1988, no artigo 183, limitando-a a imóvel de até duzentos e cinquenta metros quadrados, desde que usado para moradia e não seja o usucapiente proprietário de outro imóvel urbano ou rural, excluindo expressamente os imóveis públicos<sup>39</sup>. Em sede de legislação infraconstitucional, sobreveio, então, o Estatuto da Cidade (Lei 10257, de 10/7/2001), repetindo a regra constitucional e admitindo a “*accessio possessionis*”<sup>40</sup>. De largo alcance, mas de difícil implementa-

<sup>37</sup> Lei 6969, de 10/12/1981:

“Art. 1º – Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

Parágrafo único. Prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.”

<sup>38</sup> CF:

“Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

<sup>39</sup> CF:

“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Regulamento)

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

<sup>40</sup> Lei 10257/2001:

“Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

ção pela necessidade de deliberações dos interessados sobre o condomínio que se forma, é uma outra modalidade de usucapião especial de imóvel urbano, conhecida como usucapião coletiva, também presente na Lei 10257/2001<sup>41</sup>.

Por fim, necessário referir a modalidade especial de usucapião cujos sujeitos são apenas os indígenas, integrados ou não, consoante Estatuto do Índio – Lei 6001, de 1912/1973<sup>42</sup>.

#### 4. Usucapião no Código Civil de 2002

O Código Civil de 1916 foi “um ordenamento para a época razoavelmente atualizado, informado que foi pelas luzes dos nossos melhores doutrinadores, cujo talento em nada desmerecia o padrão científico universal”, mas “o seu tempo foi exatamente um tempo de transição do direito individualista para o direito de cunho social, conforme os padrões da célebre constituição de Weimar, de 1919”<sup>43</sup>, daí o porquê

---

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.”

<sup>41</sup> Lei 10257/20001:

“Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (*Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017*)

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.”

<sup>42</sup> Lei 6001, de 19/12/1973:

“Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.”

<sup>43</sup> FRANÇA, R. Limongi. Op. cit., p. 129.

da edição de enorme acervo de leis especiais, incluindo aquelas que introduziram novas modalidades de usucapião.

O Código de 2002 também chegou com inovações, para atender ao “seu tempo”, valendo lembrar o que afirmara José de Alencar (Relatório do Ministério da Justiça, 1969): “Um Código Civil não é a obra da ciência e do talento unicamente; é, sobretudo, a obra dos costumes, das tradições, em uma palavra, da civilização, brilhante ou modesta, de um povo”.

Em matéria de usucapião, o Código de 2002 manteve a estrutura básica, dividindo-a primeiro em extraordinária e ordinária, conforme a codificação anterior. Alterou o gênero da palavra, antes no masculino (o usucapião – art. 530, III, do CC/1916) e, agora, no feminino (Da usucapião – Título III – Capítulo II – Seção I e Capítulo III, Seção I, do Livro III), o que já era preconizado por alguns autores e profligado por outros<sup>44</sup>.

A usucapião extraordinária teve o prazo diminuído para quinze anos, o qual é redutível a dez anos “se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo” (art. 1238 e parágrafo único). A usucapião ordinária encontra residência no artigo 1242, dependente de justo título e boa fé, com prazo de dez anos, mas será de cinco anos o prazo “se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”.

Para esses novos prazos, houve regra de transição estatuída no artigo 2029.

A regra concernente à “accessio possessionis”, na sucessão singular, bem como da aplicação ao possuidor das mesmas causas que, para o devedor, obstam, suspendem ou interrompem, a prescrição foram mantidas (arts. 1243 e 1244). Essas causas se encontravam na parte geral do Código (arts. 198 e 204). Merece observação, todavia, a modificação trazida pela Lei 13146, de 06/7/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que excluiu do rol dos absolutamente incapazes todas as pessoas que anteriormente assim eram consideradas, exceto os menores de dezesseis anos. Diante disso, como a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes, somente contra esses menores não correrá o prazo de usucapião invocado pelo possuidor e, conseqüentemente, deixa de existir óbice por tempo indeterminado à aquisição de bens

<sup>44</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 3, p. 113.

de menores, após completarem dezesseis anos e tornarem-se relativamente incapazes (art. 3º, c.c. 198, I, do CC).

Encampando o que já constava da legislação especial e amparada no texto constitucional, o Código Civil agasalhou a usucapião urbana (pro misero), restrita a área de até 250 m<sup>2</sup> utilizada para moradia própria ou da família do possuidor, que não for proprietário de outro imóvel urbano ou rural (art. 1240). O mesmo se deu com a incorporação da usucapião pró-labore, beneficiando aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano possuir “como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade” (art. 1239).

Posteriormente, foi incluído o artigo 1240-A ao Código Civil, pela Lei 12424, de 16/6/2011:

Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Esse direito, tal qual na usucapião pro labore e pro misero, não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

A usucapião de coisa móvel teve, também, reduzidos os seus prazos, passando para três na ordinária (art. 1260) e cinco na extraordinária (art. 1261), aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições dos artigos 1243 e 1244.

## 5. Fundamento, funções e reconhecimento da usucapião

A usucapião sacrifica a propriedade de um sujeito e beneficia o possuidor que a adquire. Dada a natureza perpétua da propriedade e, portanto, que “o domínio aspira a ter extensão igual à da própria vontade”<sup>45</sup>, carece de justificação a aquisição de um bem pela usucapião.

<sup>45</sup> GOMES, Orlando. Op. cit., p. 187.



Duas correntes disputam a determinação de seu fundamento: a subjetiva e a objetiva. Aquela busca apoio na ideia de renúncia ao direito pelo proprietário que não o exerce. A teoria objetiva tem em conta a utilidade social. É a ação do tempo que sana os vícios e milita a favor de finalizar a incerteza da propriedade. Afastando a pertinência dos fundamentos da corrente subjetiva, prestigia Benedito Silvério Ribeiro a corrente objetiva, aduzindo que “o interesse social ou interesse da coletividade, que constitui propriamente o primado do direito, é o fundamento básico de prescrição, tanto extintiva quanto aquisitiva”<sup>46</sup>.

O principal efeito da usucapião é conferir o domínio ao possuidor, mas, por vezes, é mesmo o verdadeiro proprietário que tem interesse de acabar com eventual incerteza, e disso é exemplo o que veio a estabelecer o parágrafo único do artigo 1242 do Código Civil, servindo para confirmar um direito<sup>47</sup>.

Os efeitos da usucapião operam “ex tunc”, daí dizer-se retroativa, o que acarreta como consequência a validação dos atos praticados pelo possuidor, a desnecessidade da restituição de frutos, inclusive os decorrentes dos atos praticados pelo usucapiente se a usucapião consumir-se e, também, se consideram válidos os direitos reais constituídos sobre o bem pelo possuidor desde sua constituição, se a usucapião vier a configurar-se<sup>48</sup>.

Observa-se que a lei faculta ao possuidor requerer ao juiz que lhe declare a propriedade; não lhe determina (art. 1238 do CC). De sua dicção emergem duas consequências: a sentença é declaratória e seu ajuizamento é facultativo.

A circunstância de ser facultativa a providência dá amparo ao entendimento de que a usucapião pode ser arguida como matéria de defesa (Súmula 237 do STF).

A natureza simplesmente declaratória e não constitutiva confirma o efeito “ex tunc” da usucapião, porquanto “seu objetivo direto” e imediato é declarar a existência da relação jurídica, que liga “o possuidor à propriedade” sendo que o registro da sentença no Serviço de Registro de Imóveis excepcionalmente não confere o direito de

<sup>46</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I, p. 198.

<sup>47</sup> CC:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

<sup>48</sup> GOMES, Orlando. Op. cit., p. 196.

propriedade, mas somente serve para facultar ao usucapiente a disponibilidade do imóvel”<sup>49</sup>.

De resto, anota-se que a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, rareando-se os que sustentam ser derivado, e aos quais responde Benedito Silvério Ribeiro argutamente: “a considerar o modo de aquisição como derivado, infelizmente haveríamos de considerar que todo imóvel usucapiendo teria um primitivo proprietário, o que seria difícil provar quando ausente, incerto ou desconhecido, ou ainda, quando não figurasse transcrito no registro imobiliário”<sup>50</sup>.

Quanto ao procedimento, as Ordenações Filipinas não dispunham senão modestamente no Livro IV, t. III, 1 e, conforme Câmara Leal, “não havia no direito antigo, regulamentação do processo da ação de usucapião”<sup>51</sup>, a qual, entretanto, figurou em Códigos Estaduais, até a unificação do Direito Processual Civil, como se vê do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (arts. 638 a 640). O Código de Processo Civil de 1939 dedicou-lhe procedimento especial (arts. 454 a 456). O Código de Processo Civil de 1973 também conferiu procedimento especial (arts. 941 a 945). Simplificou a ação de usucapião o Código de Processo Civil de 2015, dispensando-lhe duas disposições no procedimento comum (arts 246, § 3º e 259, I), ambas referentes a citações e intimações.

De outro lado, o Código de Processo Civil vigente inseriu o artigo 216-A na Lei 6015, de 21/12/1973 (Lei de Registros Públicos), admitindo, sem prejuízo da via judicial, “o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião”. Há um descompasso entre o reconhecimento extrajudicial e o pedido judicial, pois naquele se dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente (art. 216-A, § 3º), enquanto no procedimento judicial não existe essa previsão expressa, a qual, entretanto, não parece ser dispensável, considerando-se a peremptória vedação da usucapião de bens públicos (arts. 183, § 3º e 191, § único, da CF e art. 102 do CC).

O legislador mais moderno, portanto, usando de um instituto milenar, implementa a função social da propriedade, determinada pela Constituição Federal (art. 5º, XXIII), ao dispor no direito material sobre novas modalidades de usucapião, como a especial urbana, a rural e a familiar, e, no direito processual e registral, simplificando os procedimentos para o reconhecimento ou declaração da usucapião.

<sup>49</sup> BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 138.

<sup>50</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. Op. cit., v. I, p. 201.

<sup>51</sup> LEAL, A. L. Camara. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. v. V, p. 467.



# Usucapião de coisa própria: pode o proprietário usucapir bem que lhe pertence?

*Fernando Antonio Maia da Cunha*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*Alexandre Dartanhan de Mello Guerra*<sup>2</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*“Desde as fontes romanas, a usucapião é modo não só de adquirir a propriedade, mas também de sanar os vícios de propriedade ou outros direitos reais adquiridos a título derivado. Em termos diversos, constitui eficaz instrumento de consertar o domínio derivado imperfeito”. (NEQUETE, Lenine. Da prescrição aquisitiva. Porto Alegre: Sulina, 1954. p. 21).*

---

<sup>1</sup> Magistrado e integrante do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (1981). Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (2002/2004). Desembargador (2005), com assento na 4ª Câmara de Direito Privado. Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo e integrante do Conselho Superior da Magistratura (2010/2011). Diretor da Escola Paulista da Magistratura e Escola Judicial dos Servidores eleito pelo TJSP (2014-2016). Membro do Conselho Superior da ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, eleito pelo STJ (2014/2016). Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Civil e Processo Civil da Escola Paulista da Magistratura. Professor convidado da PUC-COGAE e da Escola Superior da Advocacia de São Paulo. Artigos: A arbitragem e os limites da atuação do Judiciário e O negócio jurídico na jurisprudência. Integrante da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial de 2012 a 2016. Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba e da Escola Paulista da Magistratura. Professor convidado dos cursos de especialização da PUC/COGAE. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação lato sensu em Direito do Consumidor, Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Público da Escola Paulista da Magistratura. Juiz Instrutor e Formador do Curso de Iniciação Funcional de Magistrados. Coordenador Regional da Escola Paulista da Magistratura (10ª RAJ). Titular da Vara da Fazenda Pública de Sorocaba (entrância final). Parecerista da *Revista Eletrônica de Direito Civil Civilística* (Qualis A2) e da *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* (Revista dos Tribunais). Juiz colaborador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Membro fundador do Instituto do Direito Privado e do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Autor e coordenador de obras e artigos jurídicos.

Este ensaio tem origem nas reflexões em aula proferida no Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Imobiliário da PUC-COGAE, ministrado em 28 de setembro de 2017, sob a coordenação dos Professores Doutores Everaldo Augusto Cambler e Willian Santos Ferreira. Agradecemos ao ilustre Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, pela gentileza da valiosa indicação de julgados.

**Sumário:** Introdução. 1. Perfil dogmático da usucapião. Direitos pessoal e real. Usucapião como forma originária de aquisição de propriedade. 2. A usucapião de coisa própria: a dupla finalidade da usucapião. 3. A venda a non domino e a usucapião tabular. 4. Aplicação concreta da usucapião de coisa própria. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

A usucapião é um meio originário de aquisição de propriedade por quem exerce a posse após certo período estipulado por lei. De regra, a usucapião é forma de constituição de direito real objeto de reconhecimento em ação judicial de provimento declaratório. Decerto, casos há em que a usucapião processa-se pela via extrajudicial, como autoriza o artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015, que altera o artigo 216 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973). Há uma tormentosa questão de cuja análise não se pode furtar: o proprietário tabular de um imóvel pode usucapir o próprio bem (que já lhe pertence)? Há interesse processual em assim agir? Há interesse processual (sob a vertente necessidade/utilidade) do provimento jurisdicional que declara a aquisição do direito de propriedade por usucapião àquele que já figura como proprietário na matrícula (titular do direito real, portanto, como estabelecem os artigos 1.227 e 1.245 do Código Civil)<sup>3</sup>?

É voz corrente que o proprietário tabular não tem interesse processual para, em juízo, pretender usucapir o seu imóvel. O objeto do ensaio que nos propusemos a desenvolver é enfrentar (e desmistificar) tal asserção, que não é invariavelmente verdadeira. Em um primeiro momento, analisaremos a conformação dogmática da usucapião, a (necessária) distinção entre os direitos pessoal e real e as consequências de se tratar a usucapião de uma forma originária de constituição do

---

<sup>3</sup> Código Civil. Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

direito real de propriedade. Na segunda parte, exporemos os argumentos favoráveis à possibilidade de usucapir bem por parte daquele que já figura na condição de proprietário na respectiva matrícula, desenvolvendo o que referiremos como a *dupla finalidade* da usucapião, e, especificamente, a incidência do instituto na venda a *non domino* à vista da usucapião tabular. Ao final, os nossos esforços concentrar-se-ão em apresentar (e analisar sob a perspectiva da Ciência do Direito) a orientação da jurisprudência que, acertadamente, admite a usucapião de coisa própria.

### **1. Perfil dogmático da usucapião. Direitos pessoal e real. Usucapião como forma originária de aquisição de propriedade**

A usucapião é um meio originário de aquisição de propriedade (e de outros direitos reais menores) por quem exerce a posse após certo período estipulado por lei. É uma forma de constituição de direito real objeto de reconhecimento de provimento jurisdicional declaratório, que admite processamento extrajudicial, uma vez atendidos os ditames estabelecidos no artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015 (que altera o artigo 216 da Lei de Registros Públicos).<sup>4</sup> Trata-se de uma forma voluntária de aquisição de certos direitos reais, a qual exige o exercício de posse com certas características e mantida pelos prazos legais, leciona Luís Manuel Teles de Menezes Leitão<sup>5</sup>.

A primeira reflexão pertinente aos objetivos visados diz respeito ao problema da diferenciação entre os direitos reais e os direitos pessoais. *Qual é a forma e o momento de constituição do direito real no Brasil? O contrato de compra e venda tem eficácia real no Direito brasileiro? Pelo fato de ser o adquirente da coisa e de ter pago a integridade do preço, o comprador é considerado o dono da coisa tão logo celebrado o contrato de compra e venda? O comprador adimplente tem a seu favor direito de seqüela e os demais estabelecidos em favor do proprietário no art. 1.228 do Código Civil? São questões que devem, a título preambular, ser respondidas.*

---

<sup>4</sup> Há ainda a usucapião administrativa prevista na Lei nº 11.977/09, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.424/11.

<sup>5</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2013. p. 212.

Dúvidas não pode haver a esse respeito: a resposta é definitivamente negativa. A forma de constituição do direito pessoal (puramente obrigacional, e, especificamente na compra e venda, de natureza consensual, isto é, decorrente do mero acordo de vontades) é distinta da forma e do momento de constituição do direito real de propriedade (com oponibilidade *erga omnes*, perpetuidade e os demais caracteres estabelecidos em favor do proprietário no artigo 1.228<sup>6</sup> do Código Civil). No Brasil (e também na Alemanha, por exemplo), a compra e venda é um negócio jurídico consensual sem consequências imediatas no plano da constituição dos direitos reais. Nos termos do artigo 482 do Código Civil do Brasil, “a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço”<sup>7</sup>. Significa dizer, aperfeiçoa-se a compra e venda (assim como o direito pessoal que dela dimana) desde o momento em que convergem as partes a respeito dos seus elementos essenciais: coisa e preço. A compra e venda gera um direito meramente obrigacional (e não um direito real). O mesmo se aplica, aliás, convém assinalar, aos contratos de permuta, de doação, de comodato etc. Significa dizer, na compra e venda, o vendedor somente assume uma obrigação de transferir (obrigação de fazer) a propriedade da coisa (mas não a transfere efetivamente pela relação negocial).

A consequência da constatação acima apresentada é deveras importante: o comprador que não recebe a coisa não tem ao seu favor a ação petitória para ter a coisa adquirida em juízo. Não lhe cabe invocar ao seu favor, por exemplo, do direito de sequela estabelecido na parte final do artigo 1.228 do Código Civil. Ao comprador, não há ação reipersecutória, ainda que pontual seja no adimplemento da sua obrigação: resta-lhe, sim, a via da execução específica da obrigação, ou, se preferir, cabe a ele pretender as perdas e danos contra o vendedor inadimplente, a teor do regime e da diferenciação estabelecidos no artigo 395, parágrafo único, do Código Civil<sup>8</sup>. Por certo, no Brasil (diferente-

<sup>6</sup> Código Civil. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

<sup>7</sup> Há no Código Civil brasileiro, a propósito, solução legislativa para o milenar problema da venda a *non domino*: “Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”.

<sup>8</sup> Código Civil. Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

mente do que ocorre em Portugal e na França, por exemplo), a compra e venda não transfere a titularidade da coisa para o adquirente.<sup>9</sup>

A usucapião é uma forma originária de aquisição de propriedade. A compreensão das consequências jurídicas de tal afirmação é elementar para responder afirmativamente à indagação título deste ensaio. *Na aquisição de propriedade imobiliária por usucapião, permanecem os ônus incidentes sobre o imóvel? As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, validamente inscritas do título registrário de propriedade na anterior relação jurídica de titularidade, permanecem incidentes depois da usucapião? Pode ser usucapido um imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade? Pode ser objeto de usucapião um imóvel hipotecado? Pode-se usucapir um imóvel rural inferior ao módulo rural?*<sup>10</sup> São questionamentos candentes que têm

<sup>9</sup> O mesmo não ocorre em todos os sistemas jurídicos. A título de exemplo, na França, o contrato de compra e venda por si transfere a propriedade da coisa. Justamente por isso dispõe o art. 1.599 do *Code* que “é nula a venda de coisa alheia”. O Código Civil de França, no artigo 1.583, afirma que “o simples acordo das partes sobre a coisa e o preço transfere a propriedade da coisa do vendedor para o comprador”. Não é o que se passa entre nós, como vimos. No Direito francês, destarte, o contrato por si só gera a um só tempo o direito pessoal e o direito real translativo de propriedade da coisa adquirida. O vínculo obrigacional que se honra faz nascer o direito real. Em Portugal, salienta Santos Justo, o direito de propriedade adquire-se também por contrato, nos termos do artigo 1.316 do Código Civil de Portugal (JUSTO, A. Santos. *Direitos reais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 275-276.). A lei civil portuguesa afirma que a constituição ou a transferência dos direitos reais sobre coisa determinada ocorre por meio do efeito do contrato, salvo as exceções previstas na lei, informa o art. 480º, nº 1, do Código Civil. No dizer de Santos Justo, essa regra “consagra o princípio *consensus pari proprietatem*, introduzida no nosso direito pelo Código de Seabra que se inspirou no *Code* Civil francês, influenciado pela Escola Racionalista do Direito Natural”. Antes, adverte o autor, as Ordenações de Portugal consagraram a solução do direito romano, segundo o qual o contrato de compra e venda produz efeitos obrigacionais: “obriga o vendedor a transferir a posse livre e pacífica da coisa; o comprador, de transferir o preço.” Daí advertir Santos Justo que “a nação brasileira oferece-nos, ainda hoje, um sistema jurídico-privado muito mais próximo da velha tradição portuguesa, muito mais liberto de influências estrangeiras, que o próprio sistema jurídico vigente em Portugal.” (JUSTO, A. Santos. *Direitos reais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 276-277.) O Direito brasileiro não confere eficácia real ao contrato de compra e venda, diante da clara dicção do artigo 1.245: “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º. Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”. Dispõe no mesmo sentido o art. 1.227 do Código Civil: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”. No que diz respeito a bens móveis, o mesmo vem a ocorrer. É o que estabelece o artigo 1.226 do Código Civil brasileiro: “os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.”

<sup>10</sup> O Superior Tribunal de Justiça e a Corte Paulista admitem com acerto a usucapião de imóveis inferiores ao módulo rural: “Se a inscrição é postulada com título derivado, deve-se observar o princípio do art. 8º da lei 5.868/72, que impede a divisão ou desmembramento de área em módulo inferior ou calculado nos termos do seu parágrafo primeiro. Tal vedação refere-se à *transmissão*.”



em comum a necessidade de previamente definir-se o que significa ser a usucapião uma forma originária de aquisição de propriedade.

A usucapião não é derivado de transmissão, mas originário de uma situação de fato comprovada jurisdicionalmente.” (TJSP, AC 069770-0/8 – CSMS – Rel. Des. LUIZ DE MACEDO, j. 12.05.2000); “[...] Preenchidos os requisitos do art. 183 da CF, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área onde situado o imóvel (dimensão do lote) [...]” (RE 422.349/R5, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 29.4.2015) (STJ, REsp 1.040.296-ES – STJ – Rel. Min. Luis FELIPE SALOMÃO, j. 02.06.2015). Colhe-se da Corte Paulista a seguinte ementa: “USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. Ação julgada procedente. Recurso do MP, alegando impossibilidade de se usucapir glebas inferiores ao módulo rural. Irrelevância. Modo originário de aquisição da propriedade. Ausência de vedação expressa no Estatuto da Terra, no que se refere a aquisições originárias [...]”. A fundamentação do voto é lapidar e, conquanto extensa, merece a transcrição: “[...] Cinge-se a controvérsia a saber se é ou não possível a usucapião de áreas rurais de dimensões inferiores à fração mínima de parcelamento que, via de regra, corresponde ao módulo rural. A usucapião define-se como modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada e qualificada por requisitos estabelecidos em lei. É modo originário de aquisição da propriedade, porque não há relação pessoal entre um precedente e um subsequente sujeito de direito. O direito do usucapiente não se funda sobre o direito do titular precedente, não constituindo este direito o pressuposto daquele, muito menos lhe determinando a existência, as qualidades e a extensão. São efeitos do fato da aquisição ser a título originário: a) desnecessidade de recolhimento do imposto de transmissão quando do registro da sentença; b) o título judicial ingressa no registro independentemente de registro anterior, ou seja, constitui exceção ao princípio da continuidade e mitigação ao princípio da especialidade registrárias; c) os direitos reais limitados e eventuais defeitos que gravam ou viciam a propriedade não se transmitem ao usucapiente; d) caso resolúvel a propriedade, o implemento da condição não resolve a propriedade plena adquirida pelo usucapiente. Disso decorre que o melhor entendimento é no sentido de que pode a usucapião recair sobre imóveis rurais de área inferior ao módulo rural estabelecido no Estatuto da Terra (Lei 4.504/64). 4. O art. 65 do Estatuto da Terra veda a divisão do imóvel rural em áreas de dimensões inferiores às do módulo rural. Para que haja a divisão de um imóvel rural, é preciso, por óbvio, ato voluntário, na via negocial ou judicial. Não é o caso da usucapião, que não pressupõe a divisão de imóvel maior, mas, ao contrário, se funda no fato jurídico da posse que a lei converte em propriedade pelo decurso do tempo. São diametralmente diversas as hipóteses de parcelamento voluntário irregular do solo rural (vedado pelo art. 65 do Estatuto da Terra) e da usucapião, na qual não se adquire imóvel de alguém, mas contra alguém, inaugurando nova cadeia dominial. O parcelamento irregular do solo pressupõe ato de vontade do parcelador, o que não ocorre na usucapião, em que um mero comportamento, uma conduta similar à do proprietário, prolongada e qualificada, vai converter a posse em propriedade. Desta forma, não há, no Estatuto da Terra, qualquer vedação expressa à usucapião de glebas inferiores ao módulo rural. Criar-se-ia situação de profunda injustiça caso antigos possuidores de glebas rurais inferiores ao módulo, situação aliás comum, não pudessem jamais adquirir a propriedade, permanecendo em eterno estado de insegurança jurídica (cfr. a lição maior de Benedito Silvério Ribeiro, in *Tratado de Usucapião*, volume 2, 4ª edição, 2006, item 299, pág. 1055). 5. Não se alegue que interpretação teleológica do Estatuto da Terra impediria a aquisição por usucapião de imóvel de área inferior ao módulo rural. Isso porque, se algo existe de irregular não é a declaração de propriedade pelo decurso do tempo, mas a própria ocupação do solo, que viola os objetivos traçados pelo Estatuto da Terra. Parece claro que negar o pedido inicial não regularizará a ocupação eventualmente irregular do solo, que, ao contrário, persistirá no tempo. Continuarão os autores de posse do imóvel, violando da mesma forma o Estatuto da Terra, porém sem reconhecimento da propriedade, em situação de incerteza jurídica, geradora de conflitos fundiários. Por outro lado, não é a declaração da propriedade que legitimaria ocupação irregular. Evidente que mesmo proprietários podem e devem, em certas hipóteses sofrer restrições e impedimentos quanto ao exercício da posse. Tome-se como exemplo a pro-

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado que pelo fato de a usucapião ser um modo originário de aquisição da propriedade, não subsiste a hipoteca sobre o bem incidente, assim como não sobrevivem todos os demais ônus que gravam o imóvel antes da usucapião<sup>11</sup>. Conforme lição de José Carlos de Moraes Salles, na aquisição originária de propriedade (diversamente do que ocorre na compra e venda, por exemplo, por se tratar de forma derivada de aquisição/transmissão de propriedade) não ocorre a transmissão do direito por interposta pessoa. A aquisição do domínio pelo usucapiente é direta, diz, de modo que o adquirente faz seu o bem apropriado sem que o direito seja a ele transmitido por outrem.<sup>12</sup> O usucapiente adquire a propriedade pela tão só comprovação da posse e do tempo fixado em lei. No plano tributário, por exemplo, é inviável cogitar a incidência de imposto de transmissão de propriedade imobiliária na usucapião. Adquire-se a propriedade sem indagar da transmissão pelo anterior titular da coisa; “desaparece uma propriedade e surge outra; todavia, não se pode afirmar ter havido transmissão”. Justamente por isso a usucapião é usualmente referida pela doutrina como *prescrição aquisitiva*<sup>13</sup>.

---

priedade sobre imóveis situados em zonas de preservação ambiental. Não é certamente a usucapião que vai tornar a ocupação já existente irregular. Ao contrário. A regularização fundiária certamente será o primeiro passo para a regularização da gleba e para que ela cumpra a sua função social. [...] 6. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo decidido, admite a usucapião sobre imóveis rurais cujas dimensões sejam inferiores às do módulo. [...] (TJSP, Apelação Cível nº 568.206.4/8-00, Rel. VITO GUGLIELMI, j. 31 de julho de 2008, com farta citação de precedentes). Argumento final reforça a possibilidade da concessão de usucapião de área inferior ao módulo rural. Basta imaginar a hipótese da usucapião especial rural, de matiz constitucional (art. 191 CF) que tem por objeto imóveis de até 50 hectares, se o módulo for superior a tal limite. Seria dizer que lei inferior e regulamentos do INCRA se sobreporiam à norma constitucional. [...]” (TJSP, Apelação nº 990.10.243764-7, Relator FRANCISCO LOUREIRO; 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/11/2010; outros números: 990102437647).

<sup>11</sup> Na recente jurisprudência do STJ, não se duvida que a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade: “[...] a usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, de modo que não permanecem os ônus gravados no imóvel. Precedentes [...]” (STJ, AgRg no AREsp 737.731/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 19/11/2015). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 560.869/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 25/05/2015; REsp 1106809/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 27/04/2015; AgRg no REsp 1415166/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 24/10/2014; AgRg na MC 21.983/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 18/09/2014; AgRg no AREsp 499.882/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 01/08/2014; STJ, AgRg no REsp 647.240/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, terceira turma, DJe 18/02/2013, entre outros. Há respeitável entendimento de que a usucapião de imóvel gravado com garantia hipotecária é possível, mantendo-se, contudo, a garantia hipotecária.

<sup>12</sup> SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens móveis e imóveis*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 50.

<sup>13</sup> SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens móveis e imóveis*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 54.

Fábio Caldas de Araújo leciona que, por ser uma forma de aquisição originária de propriedade, é infundado reconhecer qualquer forma de relação jurídica entre o antigo e o novo titular do domínio. Na usucapião, sobressai, diz, o efeito liberatório<sup>14</sup> (*usucapio libertatis*): com o nascimento do novo direito de propriedade para o possuidor prescritebente desaparece todo o histórico da matrícula pela constituição de uma nova matrícula em decorrência da usucapião; “os eventuais gravames e direitos reais menores inscritos, como o usufruto ou o direito de superfície, desaparecem pela aquisição *ex novo*”. Fosse a usucapião uma forma derivada de aquisição de propriedade, adverte, por certo subsistiriam todos os direitos ligados ao ato de posse. Se assim o fosse, haveria apenas uma sub-rogação pessoal, na qual todos os gravames seriam necessariamente transmitidos ao novo proprietário. Não é o que ocorre, contudo.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a usucapião é um modo originário de aquisição de propriedade cujo principal efeito é constituir título em favor do usucapiente, com oponibilidade *erga omnes* (inclusive contra os interessados em relação aos quais tem a força de operar a sua transferência para o usucapiente). Em um segundo momento, diz o autor, a usucapião tem o efeito consolidador do domínio da coisa em favor daquele que a adquire por título cuja eficácia é discutida. Álvaro Moreira Carlos Fraga<sup>15</sup> examina a usucapião no plano da “posse como criadora de direitos”. José de Oliveira Ascensão sublinha que a aquisição por usucapião independe de uma manifestação de vontade do possuidor em benefício de quem esteja a reunir os requisitos legais, a teor do que estabelece os artigos 1287, 1288 e 303, com efeitos retroativos, no Direito português, à data de início da posse (arts. 1317 e

---

<sup>14</sup> Fábio Caldas de Araújo afirma que o (irrestrito) efeito liberatório da usucapião é polêmico. Daí dever o intérprete delimitar a sua extensão diante das particularidades do caso concreto. De regra, a usucapião realmente gera a ampla desvinculação do bem em relação aos seus gravames e em relação aos anteriores proprietários. Tanto é assim, diz, que a constituição de nova matrícula faz desaparecer a matrícula anterior (que continha eventuais ônus e gravames). Todavia, adverte o autor, há casos em que a usucapião pode ser consumada sobre direitos reais menores. Significa dizer, há usucapião de usufruto, de uso, de direito de superfície, de servidão, dentre outros. Nesses casos, é evidente que aquele que adquire uma servidão aparente por meio da usucapião, exemplificadamente, não elimina abruptamente o direito de propriedade do seu titular. Assim, o efeito liberatório da usucapião deve ser compreendido com reflexão, inclusive para não lesar os terceiros de boa-fé; “a consumação da usucapião sobre o domínio poderá não gerar a extinção da servidão instituída quando o novo titular do domínio tenha permitido a passagem pelo prédio serviente, durante o período em que consumou a prescrição aquisitiva.” (ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.).

<sup>15</sup> FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. *Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971. p. 213.

1722). Ascensão ensina, ainda, que a usucapião é, assim como se passa entre nós, uma forma originária de aquisição de propriedade, de modo que o novo titular recebe o seu direito independentemente do direito do titular anterior; “em consequência, não lhe podem ser opostas as exceções de que seria passível o direito daquele titular”<sup>16</sup>.

A usucapião não é apenas uma causa confirmatória da transmissão, alerta Caio Mário da Silva Pereira; “invocando os seus requisitos, o adquirente titulado elimina as discussões e põe a sua propriedade fora do alcance de dúvidas”<sup>17</sup>. É exatamente neste segundo efeito que se concentram as reflexões que seguem. Notem bem: a usucapião não é apenas uma forma originária de adquirir-se a propriedade; desde as suas origens romanas, é também uma *forma de sanear aquisições derivadas imperfeitas*. Desde as suas fontes romanas, como demonstraremos, a usucapião é um modo eficiente de consertar a propriedade derivada viciosa; no dizer de Francisco Eduardo Loureiro, “usucapião não é somente modo originário de aquisição da propriedade pelo possuidor, como também modo de sanear aquisições derivadas imperfeitas”<sup>18</sup>.

## 2. A usucapião de coisa própria: a dupla finalidade da usucapião

Na doutrina contemporânea, poucos estudos se propõem a especificamente enfrentar o tema em destaque<sup>19</sup>. A impossibilidade de usucapir coisa própria residiria no campo do interesse processual. Como é de conhecimento geral, ao lado de legitimidade de parte, o interesse processual compõe o que a doutrina convencionou designar como condições da ação. Em uma primeira leitura (superficial e menos crítica), dir-se-á que falta ao proprietário a necessidade da tutela

---

<sup>16</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 300.

<sup>17</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 123. v. IV: Direitos reais.

<sup>18</sup> Ementa: USUCAPIÃO. Condomínio *pro diviso* sobre imóvel rural. Autores titulares de parte ideal de três imóveis contíguos, com matrículas distintas, mas com posse localizada e antiga sobre parte certa. Ausência de qualquer reclamo por parte dos demais condôminos ou confrontantes – Reconhecimento do domínio sobre a parte certa ocupada. Possibilidade. Usucapião tabular e entre condôminos admitidos pela doutrina e jurisprudência. Usucapião não é somente modo originário de aquisição da propriedade pelo possuidor, como também modo de sanear aquisições derivadas imperfeitas [...] Recurso provido para julgar procedente a ação de usucapião (TJSP, Relator FRANCISCO LOUREIRO; 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/06/2013).

<sup>19</sup> Como exemplo, é possível colher o estudo monográfico de Eduardo Augusto, *Usucapião de imóvel por proprietário tabular*. Disponível em: <<http://eduardoaugusto-irib.blogspot.com.br/2011/05/usucapiao-de-imovel-por-proprietario.html>>. Acesso em: 1 out. 2017.

jurisdicional para que assim o seja: ora, se o sujeito já é o titular do imóvel, não há necessidade da intervenção estatal que assim o declare. Mesmo para solucionar problemas referentes às deficiências na descrição do imóvel, igualmente faltaria ao agente a adequação do bem da vida colimado à via processual eleita (terceira vertente do interesse processual). Nesse caso, a via indicada por lei é a de retificação de registro imobiliário, a teor do que estabelece o artigo 212 da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/77. Não haveria interesse processual a manejar a ação de usucapião pelo proprietário de fração ideal de um imóvel que pretende ver reconhecida a titularidade sobre parcela certa. Nesse caso, ressentir-se-ia de falta de adequação, pois o procedimento adequado estabelecido por lei é a lavratura de escritura de divisão consensual ou a ação de extinção de condomínio. A afirmação de que o proprietário tabular não tem interesse processual para usucapir não é absoluta, contudo. Há situações de fato que revelam que a questão deva ser respondida positivamente. Não há necessariamente ausência de interesse processual. A situação do coproprietário, que pretende usucapir a fração do bem correspondente aos demais, é uma das que seria admissível a usucapião, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em 1999, em excelente acórdão de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar.<sup>20</sup>

Não nos parece que deva prevalecer o entendimento invariavelmente contrário à usucapião de coisa própria. Não há, sistematicamente, ausência de interesse processual nessas circunstâncias. A utilidade da usucapião, em casos dessa ordem, reside justamente em pretender-se a declaração originária de propriedade imobiliária (própria da usucapião). Trata-se de situação excepcional, por certo, que exige análise prudente, criteriosa, mas que não deve ser negada indiscriminadamente. A hipótese em estudo revela a utilidade da aplicação concreta da segunda finalidade da usucapião: *servir como forma de sanear aquisições derivadas imperfeitas*. O direito de propriedade constante do registro imobiliário de natureza derivada (negocial) é diverso do direito de propriedade originário que se pretende ver reconhecido (isto é, independentemente da causa negocial). São direitos estruturalmente

<sup>20</sup> Ementa: “CONDOMÍNIO. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o statu quo. Aplicação do princípio da boa-fé (*suppressio*)” (STJ, REsp 214.680/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJ 16/11/1999, p. 214).

diferentes, em virtude das consequências da causa negocial no ato jurídico translativo da titularidade<sup>21</sup>.

Decerto, não é correto afirmar que sempre há a via da usucapião para adquirir a propriedade, em especial nas situações derivadas de negócio jurídico legitimamente celebrado. O fato de o ato jurídico de transmissão de propriedade ser vultoso, por exemplo, sob as perspectivas registral e tributária, não é fundamento jurídico suficiente que autorize a parte a pretender a aquisição originária de propriedade por usucapião. A questão deve ser entendida nas suas devidas medidas e *cum grano salis*, como é próprio da prudência necessária à interpretação jurídica. É preciso cautela para garantir a aplicação da lei tributária e das exigências registrárias. O fato concreto é que a lei civil não veda a usucapião como meio de regularização de direitos que incidem sobre um bem imóvel, razão pela qual a jurisprudência admite esta via. Eduardo Augusto conclui não haver carência de ação pela falta de interesse de agir, por exemplo, “na ação de usucapião ajuizada pelo proprietário tabular, se for comprovado que os instrumentos legais adequados são de excessiva onerosidade [...] para a solução do vício existente no registro de seu bem imóvel”.

O proprietário é autorizado a usucapir o bem que lhe pertence quando houver o interesse jurídico de sanear a cadeia de aquisição dominial. Obviamente, deve preencher todos os requisitos legais à declaração da usucapião. Benedito Silvério Ribeiro admite a usucapião de imóvel registrado em nome do usucapiente. Desde o Código Civil de 1916, a transcrição do título aquisitivo de propriedade gera a presunção relativa de domínio, razão pela qual, lembra, no regime do Código Beviláqua, a teor do que estabelecia o artigo 859, o proprietário é aquele em cujo nome se encontra transcrito o imóvel no registro imobiliário. Trata-se de um ato jurídico solene por meio do qual se cria

---

<sup>21</sup> Sobre o problema da causa, ver: PENTEADO, Luciano de Camargo, *Doação com encargo e causa contratual*: uma nova teoria do contrato, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013: “No direito brasileiro, a causa não é um dos elementos necessários à existência do contrato, de acordo com a lei, mas isso não implica dizer que o Código Civil em vigor seja anticausalista. Pelo contrário, a causa aparece em diferentes funções, como a de dar juridicidade, determinar eficácia superveniente, ser requisito de outro ato.” (Op. cit., p. 412). A ilicitude da causa, por certo, pode determinar a invalidade do negócio jurídico: Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito [...]; Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa; Art. 139. O erro é substancial quando: [...] III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico. Para estudo profundo a respeito da invalidade da causa, ver: GUERRA, Alexandre, *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a primazia da eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais, São Paulo, Almedina, 2016.

o direito real em favor daquele que adquire o bem, assim consubstanciando a transmissão da propriedade. O Direito confere ao ato jurídico a publicidade própria dos direitos reais. Como regra, destaca, não é mesmo cabível a usucapião em favor daquele que possui o registro; “a sentença declaratória de domínio seria redundância ou superfetação”<sup>22</sup>. No mais das vezes, “a coisa que já é do autor não pode se tornar mais dele – *nec res quae jam actoris est, maius eius fieri potest*”; “o direito à prescrição aquisitiva do imóvel é conferido ao possuidor sobre bem de domínio alheio, descabendo visar usucapião de imóvel de propriedade do próprio prescribente”. O autor refere ao óbice processual para assim pretender, pois se a lei impõe a citação daquele em cujo nome esteja registrado imóvel objeto da ação, chegar-se-ia à ilógica situação em que o usucapiente seria, a um só tempo, autor e réu. Prevalecia entre os romanos, ensina, a máxima *quod meum est, amplius meus esse non potest* (aquilo que é meu, não pode ser mais meu).<sup>23</sup>

<sup>22</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1 e 2, p. 247. Note-se que não é imprescindível a decisão judicial com trânsito em julgado para que somente então se possa afirmar a aquisição originária de propriedade por usucapião. A questão, entretanto, é controversa. A sentença proferida em ação de usucapião tem natureza jurídica declaratória. Tal asserção tem relevantes efeitos concretos, permitindo, por exemplo, a meu ver, que o usucapiente, após o lapso temporal exigido por lei, ceda os seus direitos sobre o imóvel antes mesmo de ajuizar ação de usucapião, pois a propriedade já se adquire independentemente de ação judicial. Nesse sentido é o entendimento do Des. Francisco Eduardo Loureiro na declaração de voto divergente nº 20814 proferido nos Embargos Infringentes nº 9045934-81.2007.8.26.0000/50001: “EMBARGOS INFRINGENTES – Atualidade da posse que não é requisito para o ajuizamento da ação de usucapião – Sentença de usucapião de natureza declaratória, reconhecendo em caráter *ex tunc* direito preexistente - Posterior modificação ou interrupção da posse, consumado o prazo aquisitivo, que não se mostra relevante – Entendimento referendado pela Súmula 263 do Supremo Tribunal Federal – Possibilidade de o usucapiente, após o lapso temporal exigido por lei, ceder seus direitos sobre o imóvel antes mesmo de ajuizar ação de usucapião, uma vez que a propriedade já havia sido adquirida – Legitimidade que deriva da promessa de entregar o imóvel regularizado ao adquirente - Embargos infringentes acolhidos, para julgar improcedente a ação rescisória”. Restou consignado no seu voto: “[...] É texto expresso do artigo 1.241 do Código Civil que ‘poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel’. O dispositivo é claro no sentido de que a sentença que reconhece a usucapião possui natureza declaratória, reconhecendo direito preexistente, que se aperfeiçoou no exato momento no qual o usucapiente preencheu o requisito temporal da posse com as qualidades exigidas em lei. A natureza declaratória da sentença produz relevantes efeitos. O principal deles é os requisitos da posse *ad usucapionem* persistirem somente durante o lapso temporal exigido em lei. Escoado o prazo, o possuidor já se converteu em proprietário, faltando apenas a declaração judicial de tal situação jurídica. Logo, a perda da pacificidade, da continuidade e da boa-fé (na usucapião ordinária) e a destinação diversa da moradia (nas usucapiões especiais) são irrelevantes para a aquisição já consumada da propriedade. Até mesmo a perda da posse não altera esse quadro, tanto assim que a Súmula 263 do Supremo Tribunal Federal reza que ‘o possuidor deve ser citado, pessoalmente, na ação de usucapião’ [...]”.

<sup>23</sup> No seu dizer, um formal de partilha, uma carta de arrematação ou de adjudicação ou outro instrumento passado dentro dos limites legais e devidamente registrados não poderão estar ameaçados por alegações de nulidade qualquer, mormente porque tão só será anulado ou cancelado o registro, seja

Benedito Silvério Ribeiro adverte que há situações especiais em que pode ocorrer a usucapião de imóvel próprio. Na verdade, o sucesso da usucapião de coisa própria depende dos fundamentos jurídicos invocados, os quais devem revelar a possibilidade de um juízo de mérito. A hipótese aventada, salienta, é excepcional, mas não é vedada pelo sistema. A situação recomenda a especial cautela do julgador para que não ocorra situação de fraude à lei (notadamente à lei tributária). Se o autor afirma que o título levado a registro tem procedência ilegítima ou que figura ele no registro imobiliário “por descuido ou desatenção de um oficial omisso ou inescrupuloso”, exemplifica, a parte pode pretender a usucapião extraordinária, em tese. A usucapião extraordinária, como cediço, dispensa a existência de justo título e boa-fé, por expressa disposição de lei<sup>24</sup>. É ainda possível a usucapião de coisa própria, exemplifica, na situação daquele que se vale de um formal de partilha contendo incorreções, o qual é levado a registro em que consta área maior que a quota-parte cabível a outros beneficiários (ou no qual consta a descrição do imóvel em divergência com a realidade ou omitindo ou excluindo herdeiros).

Em princípio, é também admitida a usucapião na situação em que é levado a registro um título nulo sem que haja má-fé por parte do apresentante. Nesse caso, uma vez lançada no registro imobiliário determinada transcrição enganosa (ainda que saiba o seu detentor a invalidade, pontua), pode a parte valer-se da ação de usucapião para o reconhecimento do domínio. Casos há, ainda, nos quais o título em si pode ser perfeito, mas nele consta por erro a transcrição inexata, enganosa ou inexistente do imóvel; “presente justo título e caracterizados os demais requisitos prescritos na lei, nessas circunstâncias especialíssimas, será perfeitamente viável a pretensão do autor, averbando-a à margem do registro existente o seu cancelamento ou truncamento e procedendo-se à abertura de registro e matrícula para o imóvel

---

por competente ação de nulidade, seja por reivindicação cumulada com anulação. Ainda aí, o titular de domínio permanecerá em atitude até de passividade, opondo o seu título dominial, inclusive o domínio por prescrição aquisitiva, pois sabido e também já assinalado alhures que a defesa sob esse fundamento, feira na reivindicatória, extingue esta, desde que observados os requisitos legais. (RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1 e 2, p. 247.).

<sup>24</sup> Código Civil de 2002. Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.



usucapiendo”<sup>25</sup>. A providência, conquanto seja excepcional, é autorizada por nosso sistema jurídico.<sup>26</sup> A propósito, é certo que o Código Civil contém solução para viabilizar a aquisição de propriedade na hipótese em que o registro de aquisição onerosa de propriedade seja anulado. Trata-se da usucapião tabular estabelecida no artigo 1.242, parágrafo único, do Código Civil.

Diogo Leonardo Machado de Melo<sup>27</sup> desenvolve importante estudo a respeito da usucapião tabular prevista no artigo 1.242, parágrafo único, do Código Civil<sup>28</sup>. Ao contrário do que se pode afirmar em uma primeira leitura do diploma normativo, diz, para configuração da usucapião ordinária, não é imprescindível que o justo título de aquisição esteja registrado. Quem registra é o proprietário, lembra, razão pela qual tem ele o domínio da coisa. Sendo assim, em princípio, falta a

<sup>25</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1 e 2, p. 253. Refere o autor a entendimento do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em acórdão encontrado em *Revista dos Tribunais* 357/400 no qual restou assentado que “não há menor ilegalidade em que o possuidor, por não ter confiança no seu título dominial, recorra à ação de usucapião”. “Deveras, a situação em exame pode se fazer útil na situação de existência de título aquisitivo de domínio, mas insuscetível de assegurar ao proprietário o domínio. A situação que se refere é aquela em que o título encontra-se já registrado, mas contendo vícios que podem impossibilitar o ‘aperfeiçoamento do domínio pleno’”, diz, caso em que se entende possível lançar o proprietário mão de usucapião. Como cediço, o título nulo pode gerar efeitos registrais. A anulação do registro, contudo, não gera necessariamente a anulação do título inválido. É possível que o título, apesar de aparentemente perfeito, revele o que a doutrina aponta como aquisição a non domino, isto é, feita por aquele que não é o proprietário anterior. Nesse caso, decerto, embora exista justo título e transcrição, diz Silvério, é cabível a pretensão usucapional. No entanto, adverte, não há como se deferir a usucapião se o vício em foco for do primeiro título transcrito e se houver outras transcrições posteriores e desde que assim permitam os documentos de transferência de domínio; “deverá o pretendente [...] comprovar por documentos ou meio idôneo que houve aquisição a non domino, para só daí socorrer-se da prescrição aquisitiva” (RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1 e 2. p. 255).

<sup>26</sup> Leciona com propriedade Benedito Silvério: “seria uma incongruência se todos os que realizam negócios imobiliários quisessem ratificá-los por usucapião para livrá-los de toda e qualquer demanda que futuramente pudesse vir a ser intentado, o que representaria enorme desconfiança no registro público”. “O tempo sana todos os vícios da aquisição e convalesce os títulos ensejadores desta, como é da tradição do nosso direito”. A síntese do autor fica assim apresentada: “somente será possível usucapir imóvel com registro em nome do próprio prescribente desde que não seja possível sanar administrativamente vício ou defeito irremediável, mas resumidos os casos a aquisições a non domino, uma vez bem alinhados os fundamentos da pretensão e cabalmente comprovadas as alegações”.

<sup>27</sup> MELLO, Diogo Leonardo Machado de. Variações sobre a usucapião tabular. Artigo 1.242, parágrafo único, do Novo Código Civil. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Coord.). *Direito registral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 3, p. 1183-1205. (Coleção Doutrinas Essenciais).

<sup>28</sup> Código Civil. Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, continua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

quem registra interesse processual, de regra, para o manejo da ação de usucapião, uma vez que o bem, no seu dizer, “que já é do autor não se pode tornar mais dele”. No mérito, adverte, há a superfetação, isto é, a confusão entre a figura do autor e do réu (que deve ser o proprietário na ação de usucapião). Remetendo a Orlando Gomes, Diogo Melo afirma que o justo título deve ser abstratamente considerado como apto a transferir a propriedade<sup>29</sup>. Certo é, no entanto, que aquele que tem o registro do imóvel não está sempre impedido de ingressar com a ação de usucapião. Adverte haver casos em que a usucapião pelo titular da coisa é necessária para promover a regularização (e a ratificação) de uma titularidade já existente e cancelada (ou, ainda, bloqueada por ato judicial). É o que estabelece, enfatiza ele, a hipótese do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002. Daí a pertinência da síntese do autor: “haverá sim o interesse de agir em promover a ação de usucapião justamente para reconhecer a aquisição originária da propriedade através de uma nova situação jurídica, mesmo que exista registro do imóvel (agora cancelado ou bloqueado) em nome do autor da demanda”.

### 3. A venda *a non domino* e a usucapião tabular

Além das hipóteses apontadas, a venda *a non domino* desperta interesse no estudo da usucapião de coisa própria. Doutrinadores de peso, tais como Zeno Veloso, Fran Martins e Francisco Eduardo Loureiro debruçaram-se com profundidade no assunto<sup>30</sup>. Na Itália, a doutrina destaca que a boa-fé deve preponderar em favor do adquirente nas situações de aquisição de bem que não pertence ao que se apresenta como o alienante legítimo. Mesmo em favor do *incauto adquirente*<sup>31</sup>, diz a doutrina, o Direito Civil italiano dispensa-lhe proteção. A lei exige a boa-fé por parte do adquirente. Cuida-se da boa-fé de natureza subjetiva (art. 1.147 do Código Civil italiano): é a ignorância do vício que inquina a alienação no momento da aquisição patrimonial. O ônus da

---

<sup>29</sup> Enunciado 86 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “A expressão justo título contida nos arts. 1.242 e 1.260 do CC abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro.”

<sup>30</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 130. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007.

<sup>31</sup> A esse respeito, v. GAMBARO, A. e MORELLO, U., *Tratatto dei diritti reali*. Milão, Giuffré, v. 1: Propriedade e possesso, p. 635 ss.

prova da boa-fé (isto é, da ignorância) recai sobre o próprio comprador. Para que o Direito defira a proteção prevista no artigo 1.153 do Código Civil da Itália, é preciso que o adquirente torne-se possuidor logo que a coisa seja comprada do *non dominus*, razão pela qual é possível afirmar que se imprime destaque à tutela da aparência negocial. O ato de *tornar-se possuidor* exigido na Itália é a possibilidade concreta de exercer sobre a coisa os poderes de controle e de vigilância típicos do possuidor *uti dominus*, o que se aproxima da teoria objetiva da posse de Ihering. Decerto, no Brasil e alhures, a aparência negocial é um fenômeno social e objetivo merecedor de proteção pelo ordenamento jurídico.

Diverge a doutrina a respeito da consequência da venda *a non domino*. *Trata-se de inexistência do contrato de compra e venda? De nulidade? De anulabilidade? De mera ineficácia em relação ao real proprietário? Há algum direito real em favor do adquirente de boa-fé?* Segundo Zeno Veloso, por exemplo, a venda *a non domino* é um negócio jurídico nulo, mas passível de convalidação. No entanto, é certo que o artigo 169 do Código Civil estabelece claramente que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. No regime civil em vigor, prossegue, o Direito busca minimizar os defeitos negociais e mitigar as consequências das invalidades. O problema avulta nos casos de registro translativo de propriedade imobiliária quando a coisa não pertence ao contratante que figura como vendedor. Se assim o for, por fraude, nem mesmo a boa-fé do adquirente impedirá a desconstituição do registro fundado em um título invariavelmente nulo<sup>32</sup>. Outros autores afirmam que a venda *a non domino* é um negócio jurídico anulável. Isso porque se deve considerar a possibilidade de *revalidação retroativa* do negócio jurídico. Os negócios jurídicos anuláveis podem ser confirmados, como sabemos, nos termos dos artigos 169 e 172 do Código Civil. No Brasil, a situação foi solucionada no Código Civil de 2002 pela regra constante no parágrafo 1º do artigo 1.268<sup>33</sup>. Prevalece o entendimento de que a

<sup>32</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Para Zeno Veloso, a venda *a non domino* é um negócio jurídico nulo, cuja eventual convalidação (com efeitos *ex tunc*) não pode ser comparada à sanação do negócio jurídico anulável. A venda de coisa alheia é nula, mas a aquisição posterior do domínio pelo alienante revalida a transferência antes feita e desde o tempo em que se realizou. Cuida-se, segundo ele, de exceção à regra jurídica, segundo a qual não se admite a convalidação de um negócio nulo, a qual se justificaria por interesses preponderantes. (VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 178 e ss).

<sup>33</sup> Código Civil de 2002: Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for

tradição não transfere a propriedade da coisa quando tiver por título um negócio jurídico nulo, nos termos do parágrafo 2º do artigo 1.268 do Código Civil<sup>34</sup>.

A nosso ver, não há nulidade do negócio jurídico celebrado na venda *a non domino*. Veja que no direito empresarial, mesmo sob as luzes do Código Civil de 1916, já se admitia a validade da compra e venda de bens que não pertenciam ao vendedor.<sup>35</sup> Também o Código Civil italiano considera válida a venda da coisa alheia. O artigo 1.478 do Código Civil da Itália estabelece que “se no momento do contrato a coisa vendida não era de propriedade do vendedor, este é obrigado a adquiri-la para o comprador”. Torna-se aqui clara, uma vez mais, a distinção antes examinada entre o direito real e o direito pessoal. Segundo Fran Martins<sup>36</sup>, de acordo com a regra estampada na 1ª parte do artigo 191 do

---

transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono. Parágrafo primeiro. Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição. Parágrafo segundo. Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo.

<sup>34</sup> A despeito disso, Henrich Ewald Hörster ensina ser possível analisar esse fato à vista do “princípio da abstração”: “Uma das soluções encontradas pela doutrina portuguesa para a solução do problema da contaminação da invalidade aos terceiros de boa-fé reside na inoponibilidade da declaração de nulidade ou de anulação do negócio que versa sobre bens sujeitos a registro, seara em que se aplica o princípio da abstração como meio de proteger terceiros adquirentes da coisa objeto de contrato inválido; [...] quer dizer, invalidades a nível da relação jurídica de base não afetam as relações jurídicas estabelecidas a partir da procuração que dela se abstrai. [...]. De qualquer maneira, o princípio da abstração faz parte de todo um sistema legal, devidamente construído, que tem a ver com a existência de uma parte geral, com os fundamentos e formas de anulação do negócio jurídico, com a aquisição de boa-fé a um não titular e com a segurança e celeridade do tráfico jurídico.” (HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 608-610.).

<sup>35</sup> No regime do Código Civil de 1916, não havia disposição expressa a respeito da venda de coisa alheia. Nos contratos mercantis, entretanto, afirmava a doutrina a sua possibilidade (isto é, validade) (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.). O mesmo se dizia em relação à compra e venda cujo objeto correspondesse a coisas futuras. De regra, somente o proprietário da coisa móvel pode transferir o domínio. Entretanto, considerando ser a compra e venda de bens móveis um negócio jurídico consensual, aperfeiçoa-se desde o momento em que convergem as partes a respeito dos seus elementos essenciais. Logo, uma das partes somente assume a obrigação de transferir a propriedade, o que é uma situação distinta daquela em que se afirma que a compra e venda efetivamente transfere a propriedade, como se observa, por exemplo, no Direito francês, no qual o contrato transfere a propriedade da coisa (e, portanto, cria o Direito real). Justamente por isso dispõe o art. 1.599 do Code que “é nula a venda de coisa alheia”. “Deve-se, contudo, lembrar que esse Código, no artigo 1.583, consagra o princípio de que o simples acordo das partes sobre a coisa e o preço transfere a propriedade da coisa do vendedor para o comprador” (MARTINS, Fran. Op. cit., p. 131.).

<sup>36</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 130. “[...] Adquirindo, posteriormente, a coisa cujo domínio se obrigou a transferir ao comprador, o vendedor cumpre sua obrigação, entregando-a no momento convencionado e, assim, vendeu coisa alheia, pois, na ocasião em que se obrigou, a coisa não era sua, mas realizou a obrigação, transfe-

Código Comercial (revogado nesse ponto pelo Código Civil de 2002), o contrato de compra e venda é celebrado “ainda que a coisa não seja ao final entregue”. Enfim, para solucionar o intrincado problema da venda *a non domino*, a razão está com Francisco Eduardo Loureiro<sup>37</sup>. Segundo o autor, a alienação da coisa por quem não é o dono é apenas uma hipótese de ausência de legitimidade para constituir o direito real, não afetando necessariamente o direito pessoal que brota do contrato. Há apenas ineficácia da compra e venda em relação ao verdadeiro proprietário. Contra ele não há direito de pretender a declaração de vontade com o objetivo de constituir o direito real. Mas não há em si a lesão ao negócio jurídico celebrado no plano do direito pessoal. Nada mais. “Falta legitimidade ao alienante (para alienar), acarretando a *ineficácia da alienação frente ao verdadeiro dono*”.

Notem bem: na venda *a non domino*, o negócio jurídico é ineficaz até o momento em que a coisa vem (se vier) a ser adquirida pelo alienante. A hipótese, portanto, é de mera ineficácia do negócio jurídico frente ao titular da coisa e não de nulidade absoluta em relação às partes contratantes. O negócio jurídico celebrado entre o falso proprietário e o adquirente, diz, não é nulo, pois, mas somente ineficaz, perfazendo-se, ao final, em promessa de fato de terceiro (Código Civil, art. 439). Com amparo em Pontes de Miranda, Loureiro afirma que o negócio jurídico entra no “mundo jurídico”, embora ineficaz para a prestação da coisa prometida. A solução que alvitra está afinada com as exigências do Direito contemporâneo, pois prestigia a boa-fé negocial do adquirente, a teoria da aparência e a segurança necessária às relações negociais. A solução “prestigia a confiança que determinadas condutas despertam no público em geral, e, por consequência, desloca o risco de perda da coisa, que era do adquirente, para o proprietário, que não mais terá direito à reivindicação, mas apenas a reaver o equivalente em dinheiro mais perdas e danos do alienante”<sup>38</sup>.

---

rindo ao comprador o domínio da coisa que adquiriu mesmo depois de firmado o contrato. [...] Admite-se, assim, como válida, a venda de coisa alheia, desde que o vendedor, que assumiu a obrigação de transferir o domínio da coisa ao comprador, a adquira, tornando-se seu proprietário. (MARTINS, Fran. Op. cit., p. 130.)

<sup>37</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007. p. 1110-1111.

<sup>38</sup> Francisco Eduardo Loureiro enfatiza o acerto de Pontes de Miranda: “A compra e venda *a non domino* é válida e eficaz no plano do direito das obrigações, porque a compra e venda é negócio jurídico consensual. Se à vista e com declaração de transmitir o vendedor ao comprador a propriedade e a posse, *ex hypothesi* não tem ele propriedade, que transmita, mas pode dar-se que tenha posse. O acordo de transmissão é sem o efeito por faltar ao vendedor poder de dispor. Se a compra e venda foi a prazo, o vendedor assumiu o dever e obrigação da prestar o que prometeu prestar, sendo sem

[...] a aquisição posterior de propriedade por parte do alienante confere plena eficácia, com efeitos *ex tunc*. O Código Civil de 2002, ao contrário do diploma revogado, não mais fala em revalidação, mas em concessão de efeitos. O exemplo mais lembrado é o do filho que vende bem móvel pertencente ao pai, que vem a falecer posteriormente, transmitindo a herança ao alienante. Ressalva o preceito que a posterior concessão de efeitos à aquisição *non domino* está sujeita a duplo requisito, tanto objetivo como subjetivo: a posterior aquisição da coisa e a boa-fé do adquirente. Finalmente, o parágrafo 2º do artigo em estudo explicita que não transfere a propriedade a tradição quando tiver por título um negócio nulo, cujas hipóteses estão elencadas no art. 166 do Código Civil. A tradição é causal e permanece ligada ao título que lhe deu origem. Nulo o título, a tradição se desfaz. Também o negócio anulável (art. 171) pode levar ao desfazimento da tradição, desde que não confirmado pelas partes, e que seja a ação ajuizada no prazo decadencial previsto em lei. O § 2º em estudo deve ser compatibilizado com a exceção prevista no *caput* do artigo de validade e eficácia da aquisição a *non domino* do proprietário aparente.<sup>39</sup>

---

importância para a existência a validade e a eficácia do contrato, que é consensual, o pertencer ao vendedor a coisa vendida ou não lhe pertencer, ou, ainda, existir ou não existir. Não se trata de compra e venda nula, solução que revela bem poucos conhecimentos jurídicos nos que a afirmam; nem de compra e venda condicional [...]. O que ocorre é, tão somente, não poder ser prestado o que se prometeu - o que se resolve com a pretensão às perdas e danos, por inadimplemento da obrigação oriunda do contrato consensual de compra e venda, mesmo se houve o acordo de transmissão, porque o acordo de transmissão é o adimplemento do contrato de compra e venda à vista e na espécie - não satisfaz a obrigação de prestar a coisa vendida (inadimplemento positivo do contrato)” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007. p. 1111.).

<sup>39</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007. p. 1112. “Nas hipóteses de furto ou roubo não se dá a transmissão de propriedade, nem se transfere legitimamente a posse. Portanto, não perde o titular do direito de seqüela, de seguir a coisa e obtê-la de quem a detenha ou possua. Ao terceiro de boa-fé cabe o direito de regresso contra quem lhe transferiu o bem (STJ, MS n. 1710-2/SP, rel. Min. Edson Vidigal) (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007. p. 1112.). Em relação a bens imóveis, o Tribunal de Justiça de São Paulo recentemente afirmou que a venda a *non domino* é um problema do plano da eficácia e manteve os demais negócios jurídicos celebrados e a ele vinculados: “[...] O negócio realizado por quem não tinha a titularidade do domínio da coisa importa em ineficácia do ato, por não ter o vendedor a possibilidade de efetivar a transmissão do direito de propriedade (CC/2002, artigo 1268), acarretando a tradição mera transferência de posse. A ineficácia do contrato de venda

Diogo Leonardo Machado de Melo também levanta o problema da venda *a non domino* invocado com frequência nos estudos sobre o *justo título* à usucapião. A situação de venda de um imóvel alheio em situação de boa-fé do comprador é relevante. Nesses casos, como vimos, o vendedor não é o dono da coisa, e, apesar de o comprador convencer-se legitimamente da regularidade do negócio jurídico, predomina o entendimento de que o verdadeiro proprietário (ignorante da existência do contrato de compra e venda) não se vincula aos termos da compra e venda de que não participou. Para outros autores, lembra, em consonância com o art. 1.268, § 1º, do Código Civil, como acima apontado, a venda *a non domino* não é negócio inválido, mas meramente ineficaz. Diogo Melo adverte que a doutrina tradicional sustenta que na venda *a non domino* há um *justo título putativo* (que, como tal, não pode ser considerado título hábil para a usucapião ordinária). Assim, uma vez levado a registro o título que consubstancia a venda *a non domino*, remanesce ao verdadeiro proprietário o direito de pretender em juízo a declaração de cancelamento do registro ou, se não for registrado o título, pretender o manejo de ação petitória.

Entretanto, referindo às lições de Francisco Paes Landim, lembradas por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Diogo Melo registra que o adquirente de boa-fé (que confia na aparência de legalidade e na segurança registral) é digno de proteção jurídica residual. Tal proteção, ensina, pode a ele ser deferida pela aquisição de propriedade pela *usucapião ordinária tabular* (prevista no artigo 1.242, parágrafo único, do Código Civil). Tal proceder é lícito, no seu entender, mesmo com a possibilidade de o verdadeiro proprietário reivindicar a coisa. Tal comportamento do adquirente de boa-fé não representa, diz, “incompatibilidade lógica com a inexistência ou ineficácia do negócio

---

e compra do bem, contudo, não interfere no contrato de financiamento, que não está vinculado ao primeiro, sendo um ajuste independente, sujeito à sua própria sorte. Possibilidade de repercussão negativa apenas em relação ao contrato de alienação fiduciária, pacto este que, por ser acessório do financiamento (principal), não tem o condão de desfazê-lo (CC/2002, artigo 92). [...]” (TJSP, 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 992.08.072.706-8, Comarca de Piracicaba, Rel. Des. CLÓVIS CASTELO, j. 29.03.2010). No que concerne aos bens móveis, ainda, decidiu a Corte Paulista que a transferência da propriedade se dá com a tradição da coisa, sem nada mais exigir a respeito, nos termos dos artigos 1267 e 1268 do Código Civil: “[...] A transferência da propriedade de bem móvel se dá com a tradição, nos termos dos artigos 1267 e 1268 do Código Civil. Propriedade dos veículos pela Municipalidade, data a partir da qual não incide o IPVA por força da imunidade prevista no artigo 150, VI, “a”, da Constituição Federal. A imunidade constitucional não é afastada pela falta de registro no órgão estadual ou pela negligência da administração municipal [...]” (TJSP, 10ª Câmara de Direito Público, Ap. nº 994.07.185.437-5, São Paulo, Rel. RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO, j. 21.06.2010).

translativo subjacente”. Surge, aqui, a possibilidade de usucapião daquele que tem o bem já registrado em seu nome, o que, em princípio, encontraria resistência daqueles que não se permitem realizar um estudo mais aprofundado a respeito da dupla finalidade da usucapião:

[...] o reconhecimento da usucapião tabular, nesse caso, não representa um efeito do negócio jurídico nulo ou inexistente que está subjacente, mas o *reconhecimento jurídico de uma situação jurídica nova*, advinda da posse-trabalho exercida por certo lapso de tempo, bem como do registro com fé pública, circunstâncias especiais em que o legislador, por motivos de política legislativa, visando consolidar uma situação social e, porque não acrescentar, uma situação econômica, optou por reconhecer e legitimar a propriedade em nome daquele que obteve o registro em seu nome.<sup>40</sup>

#### 4. Aplicação concreta da usucapião de coisa própria

A Ciência do Direito, especialmente na contemporaneidade, tem assumido um compromisso com a realidade na qual ela se insere. Disso decorre que todo conhecimento jurídico tem o seu valor, a nosso ver, diretamente determinado pela aplicação concreta e pelo resultado útil para as relações sociais que dele se pode extrair. O jurista não é dado a abstrações que não possam ser bem acolhidas pela vida em sociedade, o que, com o devido respeito, torna a mera divagação desprovida de qualquer utilidade social. Além das situações acima elencadas, é chegado, então, o momento de recorrer à realidade para demonstrar a relevância da admissibilidade da usucapião de coisa própria.

1. Benedito Silvério recorre a aresto inserto na *Revista dos Tribunais*, 357/400. O caso diz respeito a uma escritura pública de cessão de direitos hereditários inscrita de modo irregular na matrícula do imóvel. Ocorre que a transcrição imediatamente anterior diz respeito a uma gleba vasta e de limites incertos. Mas o imóvel em questão era apenas um lote de dimensões substancialmente inferiores. No julgado, restou

---

<sup>40</sup> MELLO, Diogo Leonardo Machado de. Variações sobre a usucapião tabular. Artigo 1.242, parágrafo único, do Novo Código Civil. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Coord.). *Direito registral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 3, p. 1187 ss. (Coleção Doutrinas Essenciais).



decidido que não é justo aguardar a ação reivindicatória (comprobatória do direito real de propriedade) para somente então se poder alegar a prescrição aquisitiva. No caso, a prova na ação petítória era principalmente testemunhal, a qual desapareceria com a morte das pessoas, no caso, já idosas. Com acerto, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o prosseguimento da ação de usucapião (a qual havia sido extinta em primeiro grau).

Decidiu a Corte que a situação originada a partir da transcrição dos direitos possessórios resultou diretamente de uma falha do Cartório de Registro de Imóveis. Não há ilicitude alguma a ser imputada às partes no caso concreto. A serventia extrajudicial incorretamente atribuiu a um título de posse os efeitos jurídicos que somente poderiam decorrer do domínio. Na partilha e divisão amigável feita por escritura pública, foram os direitos possessórios atribuídos para uma das herdeiras e, assim, registrados indevidamente como se proprietária fosse. A Corte Paulista também permitiu a usucapião especial de condômino com título registrado, mas que não lhe possibilitava o domínio sobre área de posse localizada, no que Benedito Silvério refere aos julgados que constam em RJTJSP, 96/249, 320/656 e 623/655. Ainda, o condômino titulado de parte ideal, que visa afastar os demais condôminos, igualmente pode intentar ação de usucapião.<sup>41</sup>

2. Em primeiro grau de jurisdição, recentemente tivemos ocasião de identificar a utilidade da usucapião de bem móvel que já pertencia ao titular da coisa em virtude de contrato de compra e venda seguido da tradição longeva. Nos autos nº 0025160-50-2012.8.26.05602, em processamento pela Segunda Vara Cível da Comarca de Sorocaba/SP, há pretensão de usucapião entre pessoas físicas (comprador e vendedor), na qual o primeiro pretende a declaração de domínio de um “trator pá carregadeira, marca CASE, modelo W20 B, série JHF 0017124, ano 1991”. Afirma que adquiriu o bem em 3 de julho de 2007, com a quitação do negócio, naquele momento a ele devidamente entregue o trator pelo vendedor. No entanto, diz, não pôde regularizar a propriedade do bem no órgão de trânsito, em razão de não possuir a nota fiscal. Justamente por isso ajuíza ação de usucapião com o fito de formalizar a sua propriedade, sob a forma originária, por decisão judicial, de modo que

---

<sup>41</sup> O Superior Tribunal de Justiça admite há décadas, excepcionalmente, a usucapião entre condôminos: “USUCAPIÃO. Condomínio. Pode o condômino usucapir, *desde que exerça posse própria sobre o imóvel, posse exclusiva. [...]*” (STJ, REsp 10.978/RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, DJ 09/08/1993, p. 15228) (destaque nosso).

se permita o emplacamento do veículo (condição necessária para tráfego na via pública). Processada a causa sem resistência do alienante, foi demonstrada a inexistência de necessário registro de transferência de titularidade do trator no DETRAN/SP. Determinou-se a citação do vendedor e de terceiros interessados, incertos e desconhecidos, por edital. O juízo encetou diligências a fim de obter a nota fiscal, sem sucesso, contudo. Designada audiência, procedeu-se à colheita de provas orais.

A sentença acolheu a pretensão de usucapião em favor do proprietário/usucapiente, ao argumento de que exerce posse direta, mansa e pacífica do bem há cerca de anos. Diante das provas oral e documental, portanto, a pretensão foi com acerto julgada procedente para declarar a aquisição originária do bem, com a expedição de ofício ao DETRAN para registro da propriedade desse maquinário (assim permitindo o seu emplacamento e que pudesse ser conduzido pela via pública, repita-se o fundamento da necessidade da usucapião), suprimindo a exigência de apresentação de nota fiscal pelo fato de se tratar de forma originária de aquisição de bem móvel.

3. Nos autos de Apelação Cível nº 0005389-28.2011.8.26.0180, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 4ª Câmara de Direito Privado, em voto do primeiro autor deste ensaio (voto nº 37.261), foi a questão das consequências jurídicas da usucapião como forma originária de aquisição de propriedade examinada. A questão foi assim ementada:

Usucapião. Ação interposta 17 anos após a aquisição do bem via compromisso particular de compra e venda. Aplicação do artigo 1242 do Código Civil. Imóvel situado em loteamento irregular e sem inscrição em registro imobiliário. Irrelevância. Usucapião que suprime os vícios anteriores. Sentença mantida. Recursos improvidos.

O caso diz respeito à apelação tirada contra sentença de procedência de pretensão de usucapião. Apelam os autores afirmando que a sentença declarou o domínio sobre o imóvel descrito na inicial, mas nada dispôs a respeito da fração ideal de cada um. No entanto, havia compromisso de compra e venda a prever que os compromissários autores casados são titulares de 50% e a outra autora era, sozinha, titular dos demais 50% da área usucapida. A Municipalidade apela, afirmando que o imóvel localiza-se em loteamento irregular (que sequer existe matrícula). No seu entender, era impossível a usucapião. No voto em

referência, fez-se consignar que por ser a usucapião uma forma originária de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, *o título originário gera uma nova matrícula do imóvel sem cadeia dominial. Os vícios e as vantagens presentes na matrícula anterior não são transmitidos para a posterior*. Logo, mesmo os imóveis irregulares e que ferem normas urbanísticas da Lei nº 6.766/79 podem ser usucapidos, no que cita lição de José Carlos de Moraes Salles. O bloqueio da matrícula do imóvel não é motivo bastante para impedir o reconhecimento da usucapião, por ser esta uma providência acatutelatória instrumental que visa salvaguardar a integridade dos assentos registrai, por meio da qual se impedem fracionamentos irregulares e evitam danos a terceiros de boa-fé. No caso, os autores adquiriram o imóvel por instrumento particular de venda e compra e haver prova oral do exercício da posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de 20 anos, sendo aplicável o artigo 1.238 do Código Civil; “a usucapião é forma originária de aquisição da propriedade que se reconhece pela situação de fato preexistente. A posse não se exerce no plano ideal”.

4. A Corte Paulista tem admitido a usucapião de coisa própria, recorrendo, em parte, ao instituto da usucapião tabular. Em ação de usucapião de condomínio *pro diviso* de imóvel rural, foi identificado que os autores eram titulares de parte ideal de três imóveis contíguos. Os imóveis apresentavam matrículas distintas. No entanto, a posse era antiga e concretamente localizada no solo, incidente sobre parte certa sem qualquer sombra de dúvidas. A Corte reconheceu a ausência de qualquer insurgência por parte dos demais condôminos ou confrontantes e assim reconheceu o domínio sobre a parte certa ocupada, invocando a usucapião tabular entre os condôminos.

Foi salientado no aresto que “a usucapião não é somente modo originário de aquisição da propriedade pelo possuidor, como também modo de sanear aquisições derivadas imperfeitas”<sup>42</sup>. As lições que se colhem merecem ser examinadas. No voto do eminente desembargador relator Francisco Loureiro, foi assentado que desde as fontes romanas,

<sup>42</sup> Ementa: “USUCAPIÃO. Condomínio *pro diviso* sobre imóvel rural. Autores titulares de parte ideal de três imóveis contíguos, com matrículas distintas, mas com posse localizada e antiga sobre parte certa. Ausência de qualquer reclamo por parte dos demais condôminos ou confrontantes – Reconhecimento do domínio sobre a parte certa ocupada. Possibilidade. Usucapião tabular e entre condôminos admitidos pela doutrina e jurisprudência. Usucapião não é somente modo originário de aquisição da propriedade pelo possuidor, como também modo de sanear aquisições derivadas imperfeitas [...] Recurso provido para julgar procedente a ação de usucapião” (TJSP, Relator Francisco Loureiro; 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/06/2013).

a usucapião é modo não só de adquirir a propriedade, mas também de sanar os vícios de propriedade ou outros direitos reais adquiridos a título derivado. Valendo-se das lições de Lenine Nequete (datadas de 1954), ensina que a usucapião constitui um eficaz instrumento de consertar o domínio derivado imperfeito, uma vez que se trata de modo originário de aquisição da propriedade, “porque não há relação pessoal entre um precedente e um subsequente sujeito de direito”.

Salienta o magistrado que o direito do usucapiente não se funda sobre o direito do titular precedente, não constituindo o direito precedente, portanto, o pressuposto do direito consequente, muito menos lhe determinando a existência, as qualidades e a extensão. Remete a Benedito Silvério Ribeiro, a seguir, para salientar ser cabível a usucapião tabular por aquele que já é titular do registro a título derivado, mas que padece o ato de alguma imperfeição. Apoiando-se sobre o mesmo autor, Loureiro assinala que a jurisprudência dos tribunais admite que a ação de usucapião não seja manejada apenas pelo possuidor sem título algum de propriedade, mas também por aquele que possui título, mas insuscetível de assegurar-lhe o domínio (casos de imóveis com descrições imprecisas ou adquiridos em partes ideais sem controle das frações, nas quais é inviável remontar o todo por meio de ação de retificação, exemplifica). Lembra que também o Superior Tribunal de Justiça afirma ser cabível a ação de usucapião por titular do domínio “que encontra dificuldade, em razão de circunstâncias ponderáveis, para unificar as transcrições ou precisar área adquirida escrituralmente” (STJ, REsp. 292.356-SP, Rel. Min. MENEZES DIREITO).

Na análise concreta do fato, informa o relator que a autora recebeu por herança uma parte ideal de terras sobre três imóveis objeto de matrículas distintas. Os imóveis eram contíguos e a autora localizou a sua posse no solo sobre parte certa e determinada. Tal situação de fato foi verificada desde o ano de 1981. Desse modo, diz, estabeleceu-se entre os seus irmãos e a viúva meeira um condomínio *pro diviso*. Os cotitulares do domínio e os demais confrontantes não se opuseram à usucapião de parte certa e determinada. A prova usucapiente revelou haver posse localizada sobre parte determinada e a copropriedade em parte ideal do imóvel rural por mais de vinte anos. Não houve disputa ou irrisignação dos confrontantes e dos demais condôminos. Não houve discordância sobre os limites comuns existentes entre os imóveis. Daí ter restado comprovada a posse *ad usucapionem*, seja na forma ordinária prevista no artigo 1.242, seja na forma extraordinária do artigo 1.238 do Código Civil.

A Corte decidiu com acerto não haver óbice ao processamento de usucapião entre condôminos, sendo desnecessária a prévia divisão do imóvel. É cabível a usucapião entre condôminos, registra o relator, no condomínio tradicional (ou na herança), desde que seja o condomínio *pro diviso* ou desde que haja posse exclusiva de um condômino/herdeiro sobre a totalidade da coisa comum. Nessas circunstâncias, a posse, decerto, deve ser inequívoca, isto é, deve ser claramente manifestada sobre parte certa e determinada aos demais condôminos, exercida durante todo o lapso temporal exigido em lei. Argumenta o magistrado:

Deve estar evidenciado aos demais comunheiros que o usucapiente não reconhece a soberania alheia ou a concorrência de direitos sobre a coisa comum, a fim de evitar surpresas. O que não se admite é que situações equívocas, nas quais um dos irmãos co-herdeiros ocupa com exclusividade o imóvel com aquiescência dos demais, de repente se converta em propriedade, sem dar oportunidade aos condôminos de interromperem a prescrição aquisitiva.

Admite o magistrado que regularização poderia ocorrer pela ação divisória. Mas a possibilidade de manejo de ação divisória não afasta o interesse processual no ajuizamento da ação de usucapião.

A usucapião, nesse contexto, assinala, teria idêntico desiderato e maior eficácia, repita-se à exaustão, por se tratar de forma de aquisição originária da propriedade:

Sendo assim, verifica-se que, ao invés do tortuoso caminho da regularização da aquisição derivada, optaram pela via direta da aquisição originária da usucapião e nada há de ilegal nisso. Óbvio, no mais, não se confundir a usucapião com a divisão. Na usucapião, o autor adquire o domínio pleno de parte certa, sem abdicar de sua fração ideal sobre o remanescente, o que não ocorre na divisão.

Diante da irreparável fundamentação apresentada, em resumo, a ação de usucapião foi julgada procedente, declarando o domínio sobre o imóvel perfeitamente descrito nos autos, determinando-se, ainda, a expedição de mandado de registro da usucapião no juízo de origem e *descerrando-se matrícula nova* e averbando-se os desfalques nas matrículas dos imóveis em condomínio.

5. Em outra oportunidade, a Corte Paulista reconheceu a usucapião extraordinária de bem imóvel consistente de unidade autônoma (apartamento) da COHAB-SP. O imóvel foi financiado junto à COHAB e houve a cessão de posição contratual, a qual não foi informada à cedida. A despeito disso, houve o pagamento integral do preço pelo cessionário, também pessoa de baixa renda, que se encaixa no perfil de mutuário de imóvel popular. A Corte reconheceu a viabilidade de *accessio possessionis* e o decurso prazo suficiente para a declaração de usucapião (por mais de vinte anos). No caso, a usucapião veio a ser usada como mecanismo de regularização de imóvel já pago pelo autor<sup>43</sup>. Consta no corpo do voto o que segue:

[...] Destaco que a unidade autônoma teve o preço inteiramente pago pelos autores, sem qualquer oposição da COHAB, que, portanto, não mais pode retomar o imóvel, satisfeito o seu crédito. [...]. Na realidade, o domínio que formalmente se encontra em nome da COHAB é totalmente destituído de conteúdo. Diz José Osório de Azevedo Júnior, em obra que já se tornou clássica sobre o tema, ser o contrato de compromisso de compra e venda preliminar impróprio. Partiu da premissa da prática negocial revelar que “os tradicionais poderes inerentes ao domínio (*jus utendi, fruendi et abutendi*) são transferidos ao compromissário comprador, enquanto o compromitente vendedor conserva para si a propriedade nua, vazia, ou menos ainda que propriedade nua” (*Compromisso de Compra e Venda*, p. 18, 5ª Edição revista e atualizada Malheiros, São Paulo, 2.006). O domínio remanesce em poder do promitente vendedor afetado ao

---

<sup>43</sup> Ementa: “USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. Bem imóvel consistente de unidade autônoma de Sociedade de Economia Mista (COHAB-SP). Possibilidade, diante da não incidência das proteções inerentes aos bens públicos. Imóvel financiado junto à COHAB. Ocorrência de cessão de posição contratual não informada à cedida. Pagamento integral do preço pelo cessionário, também pessoa de baixa renda, que se encaixa no perfil de mutuário de imóvel popular – *Accessio possessionis*. Decurso do prazo necessário para a declaração de usucapião, usada como mecanismo de regularização de imóvel já pago pelo autor – Recurso provido, para julgar procedente a ação de usucapião” (TJSP, Apelação 0001312-06.2009.8.26.0128; Relator: FRANCISCO LOUREIRO; 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 26/07/2012); “EMBARGOS INFRINGENTES Usucapião Bem pertencente à COHAB – Possibilidade de aquisição do imóvel por não se tratar de bem público Imóvel quitado – Matéria em que não há divergência Possibilidade de regularização da propriedade por meio de usucapião Posse mansa e pacífica da autora por mais de vinte anos Inaplicabilidade do artigo 108 do CC à hipótese dos autos – Embargos rejeitados” (TJSP, Embargos Infringentes 0001312-06.2009.8.26.0128; Relator: EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE; 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 28/11/2013).

recebimento do preço, como mecanismo de garantia. E arremata José Osório, “à medida que o crédito vai sendo recebido, aquele pouco que restava do direito do promitente vendedor, isto é, aquela pequena parcela do poder de dispor, vai desaparecendo, até se apagar de todo” (ob. cit., p. 19). Pago o preço, de modo paradoxal o domínio formal que se encontra em nome do promitente vendedor não lhe confere mais nenhum direito, mas apenas o dever inexorável de outorgar a escritura definitiva. [...]. No caso concreto, o apartamento não mais tem destinação pública, pois o preço se encontra quitado, a unidade não pode ser retomada e a usucapião, na realidade, foi usada como mecanismo de regularização da propriedade. [...] A autora demonstrou, por meio dos documentos, ter a posse do imóvel descrito na inicial há mais de vinte anos, pois ocorreu a continuação da posse do promitente comprador anterior (*accessio possessionis*), nos termos do art. 1243 do Código Civil de 2002. No caso em questão, apesar de a compra e o financiamento do imóvel perante a COHAB estar em nome de terceiro, verificou-se a cessão de posição contratual e, conseqüentemente, a *accessio possessionis*. O documento de fls. 42 dos autos atesta que o preço já foi integralmente pago, restando apenas a outorga da escritura definitiva aos adquirentes. Não me impressiona o fato de a COHAB não ter eventualmente prestado anuência à cessão dos direitos de promitente comprador. Nesse sentido, o STJ já decidiu em mais de uma oportunidade que: “Com efeito, em qualquer transferência de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação é obrigatória a intervenção da instituição financeira no negócio jurídico de cessão de direitos e obrigações decorrentes do mútuo hipotecário. Caso, no entanto, a cessão ocorra sem essa intervenção, não haverá vínculo jurídico a obrigar a instituição financeira perante o cessionário, mesmo porque em tais contratos existe expressa previsão de que a cessão ou transferência a terceiros dos direitos contratuais, sem consentimento da credora, implicará vencimento antecipado da dívida” (REsp n. 184.337/ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). O julgado, porém, estabeleceu limites

à atuação da credora hipotecária, ao admitir que ao mutuário “em resumo, de uma ponta, não pode privar-se de alienar seu imóvel. De outra, a credora hipotecária não pode estar alheia às transferências do bem hipotecado a seu favor. Todavia, não pode a Caixa ter para si o arbítrio exclusivo de utilizar essa condição da concordância na medida de sua conveniência, já que teria o poder de inviabilizar a faculdade de o proprietário dispor do imóvel. A harmonização dessas faculdades e direitos de ambos os contratantes está a exigir moderada interpretação da cláusula contratual, no sentido de que só poderá a Caixa recusar a transferência do imóvel nos casos de o adquirente não cumprir as exigências do SFH, na qualidade de sub-rogado naqueles direitos e obrigações. Sem esse motivo, torna a ela vedado recusar a alienação do imóvel”. Pelo que se constata dos documentos que instruem a inicial, a autora é viúva, pessoa humilde e não dispõe de qualquer outro imóvel de moradia. [...]. Logo, fica à escolha da parte o caminho que deseja para obtenção da propriedade: (i) a adjudicação compulsória, modo derivado de aquisição do domínio mediante relação negocial; (ii) a usucapião, mediante prova de posse prolongada e qualificada pelos requisitos previstos em lei. Se a autora optou pela usucapião, até porque lhe falta prova documental de uma das cessões de direitos de promitente comprador, não vejo razão para dar pela falta de interesse jurídico. [...]

6. O Tribunal de Justiça de São Paulo declarou, uma vez mais, a possibilidade de usucapião tabular de imóvel rural com descrição imperfeita, registrado em nome dos pais e dos sogros dos autores. Houve a divisão de direitos possessórios entre os herdeiros, mas o registro de origem era omissivo e continha erro. Nesse caso, lançou-se mão da usucapião, pois, como dito, “a usucapião como modo não só de adquirir a propriedade, mas de sanar os vícios de propriedade defeituosa adquirida a título derivado”, afastando-se a tese de ausência de interesse processual.<sup>44</sup> Restou assinalado no voto do relator que dentre os exemplos

---

<sup>44</sup> Ementa: USUCAPIÃO TABULAR – Imóvel rural registrado em nome dos pais e sogros dos autores, com descrição imperfeita - Negócio jurídico de divisão de direitos possessórios feito entre os herdeiros – Registro de origem omissivo e errado - Usucapião como modo não só de adquirir a propriedade, mas



citados por Benedito Silvério Ribeiro, é cabível a usucapião de bem que se encontra registrado no nome do usucapiante nos casos de imóveis com descrições imprecisas ou imóveis adquiridos em partes ideais sem o controle das frações, tornando impossível remontar o todo na esfera da retificação de área. Colhe-se do voto o seguinte esclarecimento:

[...] Os pais da autora [...] adquiriram há muitos anos uma gleba de terras, objeto da matrícula n. [...] do Registro de Imóveis da Comarca de [...]. O imóvel tem descrição de pobreza franciscana e ainda faz a confusa menção de que foi adquirido “numa área maior”, não se sabe a que título. Não bastasse, dessa gleba imperfeita foi destacado um pedaço, no ano de 1.989, alienado à [...], sem descerramento de matrícula autônoma. Em poucas palavras, a gleba bruta era imprecisa e pior ficou após o destaque produto da alienação parcial. O remanescente não tem medidas perimetrais, área de superfície, nem ângulos de deflexão. Há registro em nome dos genitores dos autores, mas impróprio ao fim que se destina e de difícil correção na esfera da retificação administrativa. Disso decorre que eventuais formais de partilha tirados dos autos dos inventários não obterão ingresso no registro imobiliário, sem prévia retificação de área e apuração do remanescente. Ao invés do tortuoso caminho da regularização da aquisição derivada, optaram os autores pela via direta da aquisição originária da usucapião e nada há de ilegal nisso. [...] Houve negócio jurídico de divisão dos direitos hereditários sobre a gleba usucapienda. Devem, no entanto, ser citados todos os demais herdeiros, co-titulares do domínio em razão da *saisine*. Lembre-se que os autores somam à posse própria a posse de seus antecessores (*successio possessionis*), o que somente se mostra viável com a concordância dos demais herdeiros. Deve, mais, ser citada a pessoa jurídica [...], com o propósito de conferir certeza da falta de identidade entre a gleba usucapienda

---

de sanar os vícios de propriedade defeituosa adquirida a título derivado – Possibilidade jurídica do pedido – Necessidade de citar os demais herdeiros titulares do domínio em razão da *saisine* – Carência da ação afastada – Recurso provido. (TJSP, Apelação Cível nº 401.910.4/1-00, voto n. 623, rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO, j. 1.12.2005).

e aquela alienada pelos finados proprietários. [...] Em suma, viável o prosseguimento da ação de usucapião, porque têm os autores necessidade do provimento jurisdicional pedido, para escoimar a aquisição derivada dos vícios formais que a acometem.

7. Uma vez mais, a Corte Paulista afastou a tese de ausência de carência de ação àquele que consta como proprietário na matrícula, conferindo-lhe o direito à usucapião tabular de imóveis rurais com descrições imperfeitas parcialmente registrados em nome dos autores. No caso, as partes ideais foram calculadas sobre valores e não sobre frações, havendo, conseqüentemente, registros omissos e errados, pois, “a usucapião como modo não só de adquirir a propriedade, mas de sanar os vícios de propriedade defeituosa adquirida a título derivado”<sup>45</sup>. No voto, foi esclarecido pelo relator:

[...] A boa jurisprudência trazida no recurso conforta a tese dos autores. Consta de antigo julgado de São Paulo que “não há a menor ilegalidade em que o possuidor, por não ter confiança em seu título dominial, recorra à ação de usucapião” (RT 357/400). O Superior Tribunal de Justiça assentou também que “é cabível ação de usucapião por titular do domínio que encontra dificuldade, em razão de circunstâncias ponderáveis, para unificar as transcrições ou precisar área adquirida escrituralmente” (REsp 292.356-SP, Rel. Min. Menezes Direito).

3. No caso concreto, os dois imóveis rurais, seccionados por estrada municipal, estão espalhados por diversas matrículas com descrições de pobreza franciscana, retrato de uma época que não se atendia ao princípio da especialidade do registro imobiliário. Mais ainda. Parte dessa gleba já foi objeto de usucapião, de modo que, sem averbação

---

<sup>45</sup> Ementa: USUCAPIÃO TABULAR – Imóveis rurais com descrições imperfeitas, que se encontram parcialmente registrados em nome dos autores - Partes ideais calculadas sobre valores e não sobre frações – Registros omissos e errados – Usucapião como modo não só de adquirir a propriedade, mas de sanar os vícios de propriedade defeituosa adquirida a título derivado – Possibilidade jurídica do pedido – Incidência do artigo 515, par. 3º do CPC – Ação procedente – Recurso provido (TJSP, Apelação Cível nº 385.907.4/3-00, rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO, j. 20.10.2005).

do destaque, o remanescente permanece indeterminado. Não bastasse, as partes ideais dos condôminos foram ao longo do tempo calculadas não em frações, mas em valores sobre o todo, de modo que é hoje difícil até mesmo remontar a integralidade dominial do prédio. Em poucas palavras, há registro em nome dos autores, mas impróprio ao fim que se destina e de difícil correção na esfera da retificação administrativa.

4. No mais, há nos autos prova inequívoca de que os recorrentes estão na posse das glebas há no mínimo quarenta anos, contínua, sem oposição e com *animus domini*. A segura prova testemunhal, somada ao laudo pericial, atestam a posse *ad usucapionem* dos autores, já há muito convertida em propriedade pelo decurso do tempo.

5. Aplica-se ao caso o disposto no artigo 515, parágrafo 3º do Código de Processo Civil. A revelia dos alienantes e confrontantes e a boa prova constante dos autos torna controversa apenas a questão de direito. Pode, assim, este Tribunal conhecer diretamente do mérito da demanda e julgar a questão. A ação de usucapião é procedente, para declarar o domínio dos autores, a título originário, sobre os imóveis rurais descritos às fls. [...]. Será expedido na origem mandado ao registro imobiliário. [...]

8. Por derradeiro, reconheceu a Corte Paulista o direito à usucapião tabular na situação que envolveu imóvel transmitido a filho do proprietário pela *saisine* e, posteriormente, alienado para autor da ação de usucapião. No caso, foi reconhecida a homogeneidade das posses (todos os possuidores eram proprietários), a qual autoriza a *accessio possessionis*, do que se decorreu a afirmação do interesse processual, que, no caso, consiste em regularizar a situação dominial<sup>46</sup>. Restou sedimentado que se a parte assume a posição jurídica do herdeiro,

---

<sup>46</sup> Ementa: USUCAPIÃO TABULAR - Imóvel que foi transmitido a filho do proprietário pela *saisine* e, posteriormente, alienado ao autor da demanda – Homogeneidade das posses (todos os possuidores eram proprietários), que autoriza a *accessio possessionis* no caso – Objetivo de regularizar a situação dominial do imóvel – Necessidade de prosseguimento da demanda, quando poderão ser trazidas aos autos eventuais contrariedades à tese do autor – Sentença de extinção do feito anulada – Recurso provido. (TJSP, Apelação 0315717-33.2010.8.26.0000; Relator: FRANCISCO LOUREIRO; 4ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 11/11/2010).

também se beneficia pela *saisine*, de modo que esta usucapião é figura análoga à da usucapião tabular contemplada no Código Civil. A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade e, lembra o relator:

Tradicionalmente, a ação de usucapião é ajuizada por possuidores não-proprietários, que visam justamente adquirir o domínio da coisa. Nada impede, porém, que, em casos excepcionais, o possuidor proprietário ajuíze a ação de usucapião (desde que preenchidos exatamente os mesmos requisitos exigidos para o possuidor não-proprietário), com vistas a regularizar o seu domínio sobre a coisa.

A recordar uma vez mais a lição de Lenine Nequete, registra-se no v. aresto que “desde as fontes romanas, a usucapião é modo não só de adquirir a propriedade, mas também de sanar os vícios de propriedade ou outros direitos reais adquiridos a título derivado. Em termos diversos, constitui eficaz instrumento de consertar o domínio derivado imperfeito”. Ainda,

é preciso entender que muitas vezes a usucapião é espécie de processo necessário, sem lide ou contrariedade de interesses, com o escopo único e exclusivo de regularizar situação dominial. Em tal situação, deve ocorrer certa flexibilização dos requisitos da posse e se admitir, como no caso concreto, o aproveitamento do tempo até mesmo dos titulares do domínio.

### **Proposições conclusivas**

A Ciência do Direito exige que o intérprete afaste-se da superficialidade no tratamento dos institutos jurídicos e nas possibilidades de sua aplicação concreta. O “estudo de verniz”, na expressão de Renan Lotufo, nada contribui para o desenvolvimento do Direito e para a vida em sociedade, do escopo maior do ordenamento jurídico. Assim, a resposta à indagação subtítulo deste ensaio, que, em princípio, seria negativa pelos mais afoitos, pode levar o jurista a erro. É a razão pela qual a maior retaguarda intelectual é necessária, a qual exige estudo aprofundado, o que a Escola Paulista da Magistratura tem realizado há

décadas em seus diversos cursos, como o de especialização em Direito Civil cujo encerramento coincide com a edição desta obra comemorativa do Centenário do Direito Civil Codificado no Brasil, materializado no Código Beviláqua.

Além de forma de aquisição originária de propriedade àquele que não detém o domínio, vimos que a usucapião é também meio de sanar os vícios de propriedade ou de outros direitos reais adquiridos a título derivado. Na lição de Lenine Nequete, datada de 1954, lembrada por Francisco Loureiro, a usucapião é um valioso instrumento de conserto do domínio derivado imperfeito. Daí decorre a necessidade de bem compreendê-lo. A aplicação concreta e a real utilidade do remédio, ora ministrado, são evidenciadas nos julgados acima analisados, dentre outros, que, conquanto esparsos, são colhidos da melhor jurisprudência de nossas Cortes.

Decerto, é preciso haver redobrada cautela do jurista para evitar, por exemplo, que esse expediente seja manejado maliciosamente para que o titular do domínio se furte ao cumprimento da lei tributária, das exigências registrais ou das obrigações de natureza *propter rem*. A prudência, como sempre, exige atenção do julgador. Mas a possibilidade de mau uso do instituto não contamina sua qualidade intrínseca. Aliás, como é óbvio, até os mais eficientes fármacos, se forem ministrados em doses indevidas, são veneno àqueles que deles necessitam.

## Referências bibliográficas

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Usucapião*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

CAMPOS, Antonio Macedo de. *Teoria e prática do usucapião*. São Paulo: Saraiva, 1987.

FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. *Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971.

GAMBARO, A.; MORELLO, U. *Tratatto dei diritti reali*. Milão: Giuffré, 2008. v. 1: Proprietá e possesso, p. 635 ss.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a primazia da eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. IV: Direitos reais.

PINTO, Nelson Luiz; PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre usucapião*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2013. p. 212.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Diogo Leonardo Machado de. *Variações sobre a usucapião tabular*. Artigo 1.242, parágrafo único, do Novo Código Civil. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Coord.). *Direito registral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 3, p. 1183-1205. (Coleção Doutrinas Essenciais).

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1 e 2.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens móveis e imóveis*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

# Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras

*Francisco Eduardo Loureiro*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## 1. Introdução

Passados quinze anos de vigência do novo Código Civil, constata-se a imensa construção doutrinária e jurisprudencial do período. Sobre o texto da nova lei muito se produziu, em intensa atividade criativa.

Basta verificar, no campo do direito obrigacional, a intensa incidência dos novos princípios - boa-fé objetiva, função social e equilíbrio contratual – em todas as suas aplicações. Milhares de Acórdãos foram prolatados, aplicando a boa-fé objetiva nas funções interpretativa, criativa e de controle do exercício de direitos. De igual modo, a função social do contrato, nas suas vertentes intra partes e ultra partes (a teoria do terceiro cúmplice), gerou centenas de precedentes relevantes e avançados. O equilíbrio contratual desbordou da teoria francesa da imprevisão, tal como regulada em lei (arts. 478 e seguintes do Código Civil) e avançou pela teoria alemã da quebra da base objetiva do negócio jurídico.

No direito de família, sobre e para além do texto de lei, doutrina e tribunais, com base na simples expressão “outras origens” do artigo 1.593 do Código Civil, criaram uma nova modalidade de parentesco, fundado na socioafetividade. Foram mais à frente e criaram a figura de multiparentalidade cujos efeitos e contornos ainda merecem ajustes dos tribunais. Ganhou o poder familiar novo conteúdo, e ocorreram condenações por abandono afetivo.

Na responsabilidade civil, o artigo 927, parágrafo único do Código Civil, gerou imensa produção doutrinária – logo seguida pelos tribunais – para encontrar o exato conteúdo e os limites da teoria do risco-atividade.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil. Diretor da Escola Paulista da Magistratura.



Não tem o presente e singelo trabalho a finalidade de abordar qualquer dos temas acima referidos, mas, sim, o de provocar reflexão sobre três questões pontuais, de uso frequente, relativas ao mais comum contrato imobiliário: o compromisso de compra e venda.

Evidente não ter este simples trabalho o propósito de esgotar tema tão amplo e rico como os contratos de venda (ou promessa) de unidades autônomas em construção e os inúmeros problemas por eles gerados.

Almeja apenas enfrentar três pontos específicos, polêmicos e atuais, relativos à extinção dos contratos, que provocam dúvidas em todos os que operam no mercado imobiliário.

O mercado imobiliário é cíclico, alternando períodos de franco desenvolvimento e demanda crescente com períodos de fraca procura e, pior, encalhe de unidades já prontas, ou devolução daquelas já prometidas à venda por força do alto índice de inadimplência dos adquirentes.

Os ciclos sucessivos de aquecimento e de crise provocam ondas de ações judiciais que espelham o momento econômico. Entre os anos de 2011 e 2014, período de ouro do mercado imobiliário, as ações tiveram por objeto indenização por atraso de obra e cobrança de taxas ou verbas abusivas. A partir de 2015, ano em que o mercado mergulhou em séria crise, as ações têm por objeto a extinção do contrato por inadimplemento dos adquirentes e a restituição dos valores já pagos.

No momento em que escrevo este texto – novembro de 2017 – o mercado imobiliário recupera-se de momento delicado, de manifesta recessão, não somente em razão de fraca demanda de novas vendas, mas, sobretudo, em razão da retomada das unidades já alienadas, ou prometidas à venda, uma vez que os promitentes compradores não reúnem condições de obter financiamento, e muito menos de honrar o pagamento do saldo remanescente do preço com recursos próprios. Existe, hoje, a perspectiva de lenta e gradual recuperação, a depender ainda da retomada do emprego, crescimento da renda e reabertura de financiamento.

Referido quadro levou a uma onda de extinções dos contratos de promessa de compra e venda celebrados no início da segunda década do século XXI – entre os anos de 2011 e 2014. Isso porque milhares de unidades futuras foram adquiridas na planta, ou em fase de início de construção, momento de extraordinário desenvolvimento e valorização do mercado imobiliário, situação de pleno emprego e crédito abundante. Ocorre que parte expressiva do preço é somente paga – ou finan-

ciada – no momento da entrega das chaves, uma vez que o ciclo de maturação do lançamento e construção de edifícios é elevado.

Entre o momento da celebração do contrato e o momento da entrega das chaves – dois a quatro anos depois – o quadro econômico do país se alterou radicalmente. Saltou de extremo aquecimento para a mais profunda recessão, o que levou ao aumento do desemprego, crescimento do índice de inadimplemento, fechamento dos canais de financiamento, encarecimento do crédito e desvalorização dos imóveis.

Houve aumento explosivo do inadimplemento, e, por consequência, das extinções dos contratos de venda e compra das unidades futuras ou em construção.

Passo a examinar três aspectos polêmicos e atuais da extinção dos contratos em virtude do inadimplemento – ou impossibilidade do pagamento do saldo devedor remanescente por parte dos adquirentes, a saber: (i) a resolução pedida pelo próprio adquirente impossibilitado de pagar o preço, inconfundível com a simples opção de desistência unilateral e imotivada do contrato; (ii) a cláusula resolutiva expressa alterada pela Lei 13.097/2015 e sua aplicação; (iii) os distratos a abusividade de cláusulas restitutórias.

## **2. A resolução do contrato por iniciativa do adquirente inadimplente e a sua distinção com a simples opção de desistência unilateral do contrato**

A extinção dos contratos é tratada no Código Civil nos artigos 472 a 481. Tais dispositivos não esgotam todas as possibilidades de extinção dos contratos, que também podem ocorrer por força de invalidade, ou, ainda, pela impossibilidade em razão de caso fortuito e força maior, temas regulados em capítulos diversos do Código Civil.

Reguladas neste capítulo do Código Civil (arts. 472 a 481) e de interesse deste estudo estão o distrato, a resilição unilateral e a resolução do contrato. Os arts. 472 e 473 do Código Civil disciplinam as duas hipóteses de resilição, fundadas na vontade de ambas ou, ao menos, de uma das partes do contrato. O distrato é a resilição bilateral (art. 472). Há também a resilição unilateral, mediante denúncia de uma das partes (art. 473). Já os artigos 474 e seguintes regulam as hipóteses de resolução do contrato, fundadas no inadimplemento ou na onerosidade excessiva.

A distinção fundamental entre a resilição e a resolução, por expressa opção do legislador, encontra-se na causa da extinção do

contrato, a primeira fundada na vontade, e a segunda, no inadimplemento ou na onerosidade excessiva. São figuras inconfundíveis entre si, nas suas estruturas, requisitos e efeitos.

Afirma-se que a resolução do contrato por inadimplemento se encontra sujeita a três pressupostos cumulativos: a) existência de contrato; b) incumprimento definitivo da obrigação; c) a medida seja pedida por credor não inadimplente.

Admitem-se casos especiais nos quais a resolução, em caráter excepcional, é postulada não pelo credor, mas, sim, pelo devedor. Tomem-se como exemplos a hipótese do artigo 237 do Código Civil, ou se o credor não pratica os atos necessários para a prestação do devedor, inviabilizando-a. Seria o caso de o credor deixar de entregar a documentação indispensável à lavratura da escritura definitiva de venda e compra, ou à obtenção de financiamento junto ao agente financeiro. Embora seja credor de parcela do preço, o devedor pode demonstrar que deixou de cumprir por fato atribuível ao credor<sup>2</sup>.

Acrescenta Ruy Rosado de Aguiar Júnior uma segunda possibilidade de resolução postulada pelo devedor:

ainda admissível a ação de resolução proposta pelo devedor quando caracterizada a impossibilidade temporária, desde que inimputável, determinante de situação duradoura e indefinida quanto à sua persistência, para o futuro. A extinção será reconhecida se demonstrado concretamente, pelos dados objetivos do negócio, que a demora fez desaparecer o interesse do credor, ou que a persistência do vínculo submete o devedor a situação intolerável.<sup>3</sup>

É o caso dos contratos de promessa de venda de unidades autônomas futuras, que repete quadro já enfrentado pelos tribunais em períodos de crise anteriores. No início dos anos 1980 ocorreu mais um dos ciclos de crise imobiliária. Milhares de adquirentes não conseguiram pagar as parcelas finais do preço, e nasceu daí um impasse. As

<sup>2</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II, p. 615.

<sup>3</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II, p. 615.

construtoras retinham as chaves, em razão do inadimplemento da parcela final. Não pediam, porém, a extinção do contrato, porque como efeito *ex tunc* da resolução deveriam devolver parte significativa do preço atualizado já desembolsado pelo comprador, o que muitas vezes superava o valor atual de mercado da unidade.

Com o propósito de por fim ao impasse e liberar o adquirente, os tribunais (com votos pioneiros do Tribunal de Justiça de São Paulo, de Relatoria do Desembargador José Osório de Azevedo Júnior) passaram a admitir a resolução do contrato sob o seguinte fundamento, bem descrito por Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

o devedor pode propor a demanda quando fundamentar o pedido na superveniente modificação das circunstâncias, com alteração da base objetiva do negócio, com base nos arts. 317 e 478 do Código Civil. É o que tem sido feito com muita intensidade relativamente aos contratos de longa duração para aquisição das unidades habitacionais, em que os compradores alegam a insuportabilidade das prestações, reajustadas por índices superiores aos adotados para atualização dos salários. Os tribunais de São Paulo foram os primeiros a admitir a procedência dessas ações, e seus acórdãos têm sido confirmados no Superior Tribunal de Justiça.<sup>4</sup>

O entendimento acima resumido encontra-se absolutamente sedimentado nos tribunais e gerou diversas súmulas de jurisprudência.

Reproduzo três delas, elaboradas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

– **Súmula 1:** O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas admitidas a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

– **Súmula 2:** A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição.

---

<sup>4</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II, p. 615.

– **Súmula 3:** Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça editou a **Súmula 543**, com o seguinte verbete:

**Súmula 543:** Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015).

Em especial os verbetes da Súmula 1 do TJSP e da Súmula 543 do STJ podem criar a falsa impressão de que o promitente comprador tem o direito potestativo e imotivado de simplesmente denunciar de modo unilateral o contrato de promessa de venda e compra, se este não for mais de seu interesse.

Não é bem assim. São inconfundíveis as figuras da resolução e da rescisão. Ambas levam à extinção do contrato, mas por fundamentos e com efeitos diferentes.

A rescisão unilateral (art. 473 CC), mediante denúncia, consiste na “manifestação de vontade de uma das partes, em contratos de prestações duradouras, dirigida à sua não renovação ou continuação”<sup>5</sup>. Tem natureza de negócio jurídico unilateral receptício, de origem contratual ou legal, pelo qual se exerce o poder, livre ou vinculado, de extinguir o contrato, com efeitos *ex nunc*. Tem a natureza de direito potestativo de um dos contratantes por fim ao contrato, de interferir na esfera jurídica do outro, sem que este nada possa prestar, ou cumprir, para evitar tal fato. Não há pretensão, mas, sim, sujeição. A denúncia legal, segundo o art. 473, é feita naqueles casos em que a lei *expressa ou implicitamente permite*, em favor de uma das partes, ou de ambas. Tanto o Código Civil como diversas leis especiais contêm dezenas de hipóteses de denúncias por previsão expressa. Tomem-se como exemplos, no Código Civil, os contratos de doação (art. 557), locação de coisas (art. 571), comodato (art. 581), depósito (art. 633), mandato (art. 682, I), distribuição (art. 720), transporte (art. 740), e em leis especiais, a locação urbana (Lei 8.245/91, arts. 46, 47), o pla-

<sup>5</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994. p. 263.

no de saúde (Lei 9.656/98, art. 13), o arrependimento do consumidor nas aquisições de bens feitos à distância (art. 49, Lei 8.078/90), entre outros. A denúncia legal implícita (*tácita*) a que alude o art. 473 do Código Civil decorre da própria natureza de determinados contratos, típicos ou atípicos. São casos em que a confiança constitui um de seus elementos, ou, então, de contratos de execução diferida e de prazo indeterminado, especialmente os contratos de execução sucessiva, ou continuada<sup>6</sup>. Não deseja o legislador a persistência de vínculos perpétuos, e nem a continuidade do vínculo, se desapareceu a confiança, e exerce esta papel fundamental no fim no negócio.

Já a resolução do contrato tem causa no inadimplemento (474/475) ou na onerosidade excessiva (479/481). Pode ocorrer, ainda, por fato não imputável a qualquer das partes, como, por exemplo, por impossibilidade superveniente do cumprimento da prestação, tal como acima referido por Rui Rosado de Aguiar Júnior.

Não resta dúvida que a resilição unilateral, mediante denúncia de uma das partes, constitui exceção ao princípio da força vinculativa dos contratos, pois permite, em razão de previsão legal expressa ou implícita, que um dos contratantes, sozinho, ponha fim a um contrato nascido pelo consenso.

O compromisso de compra e venda não é – salvo previsão expressa pactuada entre as partes – daqueles contratos que admitem arrependimento unilateral por uma das partes. Isso porque não há previsão legal para tal modalidade de extinção unilateral e nem o tipo contratual tem como elemento a fidúcia (tal como ocorre no mandato) ou então prazo indeterminado.

Disso decorre que a cláusula de arrependimento ou a opção de denúncia devem ser expressamente previstas no contrato. Podem importar na perda do sinal pago, como nas arras penitenciais, ou nem isso. O que importa é que, no silêncio do contrato, não há possibilidade

---

<sup>6</sup> Cabe aqui classificar o contrato quanto ao modo de execução, que nem sempre tem tratamento homogêneo na doutrina: execução imediata é a que se dá ato contínuo ao nascimento do contrato; execução diferida, a prestação ocorre a termo, só se extinguindo a obrigação com sua solução; na execução instantânea, a solução se faz de uma só vez (a compra e venda à vista é o exemplo de contrato de execução imediata e instantânea); na execução de duração (repartida, ou fracionária), não há prestação única, mas dividida (exemplo, a venda em parcelas, ou a prazo); a execução é distribuída no tempo, mas a obrigação é única; execução sucessiva, ou contínua, persiste a obrigação, embora com soluções periódicas; prestação só tem efeito liberatório quanto a período determinado; ela se renova em prestações singulares, em períodos consecutivos; as prestações estão ligadas a frações de tempo, gozando de certa independência entre si (ex.: locação).

de arrependimento unilateral de qualquer das partes. Em relação aos imóveis loteados (art. 25 da Lei n. 6.766/79), norma de ordem pública impõe que os contratos sejam irrevogáveis. Logo, sob tal regime em loteamentos, eventual cláusula se considera não escrita e não impede o registro nem a aquisição do direito real.

A realidade é que o entendimento dos Tribunais, consolidado em centenas ou milhares de Acórdãos e súmulas de jurisprudência, ao afirmarem o cabimento da resolução do contrato de compromisso de compra e venda por iniciativa do promitente comprador inadimplente, partem da premissa da impossibilidade de cumprimento pelo adquirente, e não de sua mera inconveniência.

Dizendo de outro modo, os tribunais jamais converteram o contrato preliminar de compromisso de compra e venda em contrato unilateral (art. 466 CC), também chamado de opção, no qual somente uma das partes se obriga a celebrar posteriormente o contrato definitivo.

Repito que não se confunde o contrato bilateral de compromisso de compra e venda com o contrato unilateral de opção, previsto no artigo 466 do Código Civil, do seguinte teor: “Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor”. Em tal modalidade de contrato, somente uma das partes se obriga a celebrar posteriormente o contrato definitivo.

O contrato de opção, na lição da melhor doutrina,

consiste no acordo por força do qual uma das partes emite desde logo declaração correspondente a um futuro contrato, ficando a ela vinculada, e a outra com a faculdade de vir ou não a aceitá-la. Aquela declaração vale como proposta irrevogável, não podendo o seu autor retirá-la, visto o destinatário a receber e conhecer, embora reservando-se a liberdade de aceitação ou não aceitação.<sup>7</sup>

Acrescenta Antunes Varela que na opção de compra:

<sup>7</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 240.

uma das partes emite desde logo declaração correspondente ao contrato que pretende celebrar (venda, locação, mútuo, etc.). enquanto a outra se reversa a faculdade de aceitar ou declinar o contrato, dentro de certo prazo: aceitando, o contrato aperfeiçoa-se sem necessidade de qualquer nova declaração da contraparte.<sup>8</sup>

Essa, aliás, é também a definição que se extrai do artigo 1.183 do Código italiano, que regula a opção, em tradução livre: “quando as partes acordem que uma delas fique vinculada à própria declaração e a outra tenha a faculdade de aceitá-la ou não, a declaração da primeira considera-se como proposta irrevogável.”

Está absolutamente claro que o contrato bilateral de compromisso de compra e venda é inconfundível com o contrato unilateral de opção, razão pela qual, no primeiro, ambas as partes vinculam-se de modo irretroatável (salvo cláusula expressa de arrependimento), e podem exigir coativamente o cumprimento da avença, ou sua resolução, em caso de inadimplemento.

Também não passaram os tribunais a admitir cláusula de arrependimento implícita, ou mesmo decorrente diretamente da lei, ou do sistema, pela qual o promitente comprador tem, a qualquer tempo, a opção de, mediante singela denúncia, desligar-se do contrato, sem a aquiescência do promitente vendedor (resilição unilateral).

Mais uma vez repito que o fundamento para o promitente comprador postular a extinção do contrato é a impossibilidade própria e não imputável de seu cumprimento, aferível à luz do caso concreto e diante das circunstâncias fáticas.

As demandas que chegam aos milhares ao tribunal, ajuizadas por promitentes compradores que desejam resolver o contrato, raramente vêm fundadas no arrependimento, mas sempre na impossibilidade de cumprimento.

Em algumas poucas demandas, os adquirentes, confiantes na equivocada interpretação da Súmula 01 do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconhecem que desejam a extinção do contrato porque se tornou economicamente desvantajoso. Em razão do esfriamento do mercado

---

<sup>8</sup> VARELA, João de Matos de Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010. v. I, p. 310.



imobiliário, no momento da entrega das chaves existem unidades prontas à venda por preço inferior àquele convencionado no contrato celebrado no lançamento do empreendimento.

Tais pedidos de extinção do contrato são inadmissíveis, porque não se fundam na impossibilidade superveniente, mas, sim, na inconveniência econômica do negócio.

Existem demandas nas quais o adquirente autor alega impossibilidade superveniente, mas a alienante ré nega tal situação, e afirma que se trata de mero arrependimento, em razão de inconveniência econômica de manutenção da avença.

Em tais casos, a quem cabe a prova da impossibilidade superveniente? Parece claro que tal prova se encontra a cargo do promitente comprador, por se tratar de eximente de responsabilidade, equiparável ao caso fortuito ou à força maior.

Disso decorre que não se tolera, por exemplo, que determinado promitente comprador, solvente e que reúna recursos para honrar com o pagamento do saldo devedor, simplesmente desista da execução do contrato e peça a sua resolução, porque o negócio deixou de ser economicamente atraente, em virtude da depreciação do preço de mercado atual do imóvel, em confronto com o preço convencionado no momento da celebração, devidamente atualizado.

Se o caso concreto não é de impossibilidade de cumprimento, mas de mera conveniência, ou de desistência imotivada do adquirente, inexistente direito potestativo de pedir a extinção do contrato.

Lembro, porém, que ainda que a extinção se dê por iniciativa do promitente vendedor, com fundamento no inadimplemento do promitente comprador, o retorno das partes ao estado anterior será inevitável, como efeito natural da resolução de contrato de execução diferida e fracionada. O adquirente perderá os direitos sobre a unidade, e o alienante devolverá as parcelas atualizadas do preço, abatidas as perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

Na verdade, quer em razão de inadimplemento, quer em razão de impossibilidade superveniente, poderá ocorrer a extinção da relação obrigacional.

A diferença essencial é que na hipótese de inadimplemento, ou mero arrependimento do promitente comprador, a iniciativa da resolução é exclusiva do promitente vendedor, que tem a seu favor a opção entre executar o preço do inadimplido do contrato, ou pleitear sua resolução.

Caso opte o promitente vendedor pela resolução, mais uma vez existem diferenças relevantes entre impossibilidade superveniente e arrependimento do adquirente, quanto aos efeitos dessa extinção. A impossibilidade não imputável libera o devedor e o desonera de reparar os prejuízos, pois inexistente mora de sua parte. O mero arrependimento, ou o inadimplemento imputável ao devedor, faz acompanhar a resolução da composição de perdas e danos contra o inadimplente.

Os demais efeitos restituitórios da resolução, fazendo as partes retornar ao estado anterior, porém, ocorrerão independentemente de culpa de qualquer dos contratantes. A distinção principal estará na composição das perdas e danos, para fins de cálculo e de compensação com os valores que serão restituídos pelo promitente vendedor.

Um dos mais severos problemas que enfrentam as construtoras e incorporadoras os promitentes vendedores no momento atual é a menção feita no corpo da Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de devolução imediate da totalidade (se quem deu causa foi a alienante) ou de parte (se quem deu causa foi o adquirente) das parcelas do preço. Tal entendimento, no Estado de São Paulo, é confirmado pela Súmula 02, que determina que a devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição.

Não resta dúvida que em momento de crise de liquidez e da dificuldade de repor a unidade no mercado, a pronta restituição de parcelas do preço pode comprometer o caixa das empresas.

De outro lado, extinto o contrato, deslocar para o adquirente o risco de demora da revenda da unidade para terceiros seria impor-lhe severo ônus.

Razoável em tal situação a ponderação de interesses e de riscos, mediante fixação de prazo razoável para restituição das parcelas do preço, mas sem condicioná-las à prévia nova comercialização da unidade para terceiros.

A proposta que se faz é a interpretação da Súmula no 01 do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça do seguinte modo:

O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, invocando e demonstrando impossibilidade superveniente do pagamento do preço, que não se confunde com arrependimento ou

desinteresse, pode pedir a resolução do contrato e reaver as quantias pagas, admitidas a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo promissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

### 3. A cláusula resolutiva expressa e a Lei 13.097/15

O segundo tema a ser enfrentado nesse breve artigo é da cláusula resolutiva expressa em contratos de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, alterada pela Lei 13.097/2015, e alguns aspectos de sua aplicação.

A Lei Federal nº 13.097/2015 dispõe em seu artigo 62 o seguinte:

Art. 62. O art. 1º do Decreto-Lei nº 745, de 7 de agosto de 1969, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência) “Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei no 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação. Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora.”

A modificação introduzida é de extrema relevância e merece algumas considerações quanto a determinados aspectos polêmicos.

O primeiro aspecto diz respeito à abrangência da alteração legislativa, que atingiu apenas e tão somente os contratos de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados.

Isso porque, como é sabido, o compromisso de compra e venda tem, hoje, tríplice regime jurídico, de acordo com a natureza do

imóvel: imóveis loteados, imóveis não loteados e imóveis em incorporações imobiliárias (unidades autônomas futuras). Lamentavelmente, a disciplina de contrato tão frequente não foi unificada no Código Civil, que regula apenas o direito real de promitente comprador nos artigos 1.417 e 1.418, mas não o tipo negocial.

O primeiro regime é o dos imóveis urbanos loteados, regulados pela Lei n. 6.766/79, conhecida como Lei do Parcelamento do Solo Urbano, recheada de normas protetivas de ordem pública. Cabe a ressalva de que tal regime jurídico se restringe somente aos imóveis urbanos, pois imóveis situados em loteamentos rurais são regidos por regime diverso (Decreto-Lei n. 58/37). Além disso, somente se aplica aos compromissos celebrados entre o loteador e o primeiro promitente comprador. Caso seja o lote revendido, a relação entre o primeiro e o segundo adquirente se converte, para efeitos de disciplina legal, em imóvel não loteado.

O segundo regime jurídico é o dos imóveis não loteados, regulados por partes de diversas leis especiais, o que em nada facilita o seu estudo. Aplicam-se determinados dispositivos, relativos à adjudicação, constituição em mora e resolução, do Decreto-Lei n. 58/37, que originalmente regulava apenas os imóveis loteados, até o advento da Lei n. 6.766/79. Por força de diversas leis posteriores (Lei n. 649/49, Lei n. 4.380/64 e Decreto n. 745/69), determinadas regras estenderam-se aos imóveis não loteados.

O terceiro regime jurídico é o dos imóveis incorporados, regulados pela Lei n. 4.591/64, em especial o art. 63, e Lei 4.864/65, que tratam da constituição em mora e da resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidades autônomas em construção.

Além do triplo regime jurídico primário, de acordo com a natureza dos imóveis prometidos à venda – loteados, não loteados e incorporados a preço de custo (retirar) – aplicam-se de modo supletivo as regras ou do Código Civil, ou do Código de Defesa do Consumidor, conforme a natureza da relação jurídica, de direito comum ou de consumo.

A recente Lei Federal nº 13.097/2015 alterou somente forma da resolução do contrato de compromisso de compra e venda dos imóveis não loteados, deixando incólumes os demais regimes jurídicos (imóveis loteados e em incorporação imobiliária). A resolução do contrato dos não loteados, que exigia sentença judicial, passou a ser de “pleno direito”, ou seja, a operar extrajudicialmente.

O artigo 474 do Código Civil diz apenas que “a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. A fórmula, sintética, é notoriamente insuficiente para regular tema de tamanha complexidade e relevância, deixando margem a inúmeras dúvidas.

Trata-se da resolução convencional, pela qual os contratantes estipulam a dissolução do contrato, sem necessidade de intervenção judicial, em razão de fatos supervenientes ao negócio. Resolver de pleno direito, na expressão da lei, significa dissolver-se o contrato sem necessidade da parte inocente vir a juízo pleitear a resolução (*de iure*)<sup>9</sup>. É mecanismo vigoroso de extinção dos contratos, mas foi ajustado pelas partes com fundamento na autonomia privada. Diante dos claros termos do art. 474, não tem razão parte da doutrina, ao exigir que na hipótese de resolução convencional se exija pronunciamento judicial (*officio judicis*)<sup>10</sup>. Há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “o contrato com cláusula resolutiva expressa, para ser rescindido por inadimplemento, dispensa a rescisão formal pelo Poder Judiciário”<sup>11</sup>. Eventual necessidade de o credor recorrer ao Poder Judiciário para pedir a restituição da prestação já cumprida, ou devolução da coisa entregue, ou perdas e danos, não tem efeito desconstitutivo do contrato, mas meramente declaratório de relação já extinta por força da própria convenção entre as partes.

Note-se que o contrato, segundo a alteração em estudo, se resolverá de pleno direito, sem interferência judicial. Essa resolução, todavia, não se dá de modo automático, pelo só fato do inadimplemento do promitente comprador, independentemente de qualquer outra providência.

Cláusula resolutiva expressa (art. 474) e condição resolutiva (art. 127) são institutos inconfundíveis entre si. A cláusula resolutiva expressa não extingue automaticamente o contrato, mas apenas abre ao credor o direito de optar entre execução da prestação e a resolução. A condição resolutória, ao contrário, uma vez instituída se torna inexistente (incindível) ao negócio, e não depende de nova manifestação de qualquer dos contratantes, pois extingue o contrato de modo automático, por força de lei<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense. v. 7, p. 591.

<sup>10</sup> Entre outros, Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, Saraiva, 2004, v. III, p. 158.

<sup>11</sup> STJ, REsp 64.170-SP, Rel. Min Eliana Calmon.

<sup>12</sup> Anteo E. Ramella, *La resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Ástrea, 1979, p. 18; também Aline de Miranda Valverde Terra, *Cláusula resolutiva expressa*, Belo Horizonte, Forum, 2017, p. 69.

Essa a razão pela qual reclama a lei a notificação do promitente comprador, para purgar a mora no prazo de quinze dias. Como diz Caio Mário da Silva Pereira, “descumprido o contrato bilateral, abre-se uma alternativa para ao lesado, para exigir sua execução ou resolvê-lo com perdas e danos”<sup>13</sup>. A notificação serve exatamente para transmitir ao devedor a alternativa escolhida pelo credor.

É verdade que se discute em doutrina o automatismo da cláusula resolutória expressa. A primeira corrente defende a possibilidade da extinção automática, independente de qualquer notificação premonitória<sup>14</sup>. A segunda corrente defende posição oposta, e exige manifestação do credor, do exercício da opção entre executar a prestação inadimplida (ou o seu equivalente em dinheiro, na hipótese de impossibilidade da prestação *in natura*) ou resolver o contrato<sup>15</sup>.

No caso concreto, porém, o debate sobre o automatismo da cláusula resolutória expressa perde relevância, porque a norma exige, de modo expreso, a notificação prévia e indispensável do promissário comprador para fins de resolução do contrato de compromisso de compra e venda.

Interessante aqui frisar a frequente confusão que doutrina e jurisprudência fazem no tocante à interpelação para a constituição em mora do devedor e para converter mora em inadimplemento absoluto. O artigo 398 do Código Civil regula a hipótese da chamada mora “*ex persona*”, que exige, para sua configuração, nas obrigações sem prazo assinado, a interpelação, notificação ou protesto ao devedor. Muitas vezes, porém, prestações líquidas e a termo são acompanhadas de interpelações, para constituição, segundo a linguagem corrente, do devedor “*em mora*”. Tomem-se os casos do compromisso de compra e venda e da alienação fiduciária em garantia, de grande utilização na vida econômica. Na verdade, referidas interpelações servem para a conversão da mora, que é “*ex re*”, em inadimplemento absoluto. Tanto isso é verdade que o pagamento das parcelas fora da data aprazada, mas antes da interpelação, certamente será acrescido dos juros e multa moratórios<sup>16</sup>. Em termos diversos, essas interpelações, conhecidas

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, p. 156.

<sup>14</sup> Darcy Bessone, *Do contrato*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 325; Aline de Miranda Valverde Terra, *Cláusula resolutiva expressa*, Belo Horizonte, Forum, 2017, p. 143.

<sup>15</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sílvio Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II, p. 406.

<sup>16</sup> AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. In: CAHALI, Youssef (Coord.). *Contratos nominados – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 286.

como admonitórias ou cominatórias, são um ônus imposto ao credor que pretenda converter a mora em inadimplemento absoluto e, com isto, abrir caminho para o exercício do direito potestativo de resolução.

Como devem dar-se essas notificações de conversão da mora em inadimplemento absoluto? A própria alteração legislativa é clara a respeito: mediante interpelação judicial ou por oficial de títulos e documentos.

Pergunta-se: e se a cientificação do promissário comprador for inequívoca, mas por forma diversa da prevista em lei? Tome-se como exemplo a troca de correspondência eletrônica concludente, ou a remessa de carta com aviso de recebimento, ou mesmo o ajuizamento de ação pelo promissário comprador, na qual deduza pedido de não efetuar o pagamento do preço, seguida de reconvenção do promitente vendedor, na qual pleiteie a resolução do contrato. Parece que, em tais hipóteses, a função da notificação foi inteiramente atingida, de tal modo que o promissário comprador teve pleno e inteiro conhecimento da existência de sua mora e dos efeitos na hipótese de conversão em inadimplemento absoluto. Não há razão para prevalência da forma em sacrifício do direito do credor, se a finalidade da notificação foi satisfeita.

A dúvida que surge é outra. Quem certificará o transcurso do prazo para a purgação da mora? A meu ver, não há necessidade de certificação pelo oficial de títulos e documentos ou pelo juiz, de que o pagamento não foi feito. Isso porque o pagamento não é feito em juízo, ou em cartório, mas, sim, no domicílio do credor (*portable*) ou no domicílio do devedor (*querable*), de acordo com o que ajustaram as partes. No silêncio do contrato, no domicílio do devedor.

Não há necessidade de o credor demonstrar o não pagamento para dar o contrato por extinto, ou pedir a averbação do cancelamento de seu registro junto ao Oficial de Registro de Imóveis. Cabe ao devedor provar que o pagamento foi feito, caso pretenda questionar o cancelamento da averbação junto ao registrador, ou questioná-la judicialmente.

Não me parece adequada e nem se ajustar à alteração legislativa a proposta de se levar os contratos de compromisso de compra e venda ao tabelião de protestos. Os defensores de tal medida dizem que o protesto do título representativo da dívida atestaria o não pagamento e abriria caminho para a extinção do contrato e a consequente averbação do cancelamento do registro junto ao Oficial de Registro de Imóveis. A razão de tal inadequação é simples. A notificação deve conter o valor do crédito em aberto, o cálculo dos encargos contratuais cobrados, o prazo e local de pagamento e, principalmente, a explícita advertência de que a não purgação da mora no prazo de quinze dias

acarretará a gravíssima consequência da extinção do contrato por resolução. É manifestamente insuficiente, portanto, o singelo protesto do título representativo da dívida não paga no tríduo legal, sem dele constar o indispensável alerta ao devedor dos severos efeitos da falta de purgação da mora.

Duas outras questões decorrentes da alteração legislativa se colocam e parece adequado enfrentá-las.

A primeira diz respeito à aplicação da lei no tempo. A alteração que modifica a resolução do contrato, permitindo a cláusula resolutiva expressa, alcança os contratos celebrados anteriormente à sua vigência? A resposta é negativa. Ao contrário do que possa parecer a um primeiro e desavisado exame, a norma do artigo 62 da Lei Federal no 13.097/2015 é de direito material, e não de direito processual. Não regula o processo de resolução, mas, sim, muda o mecanismo de direito material de resolução. Antes da alteração, existia norma cogente a exigir a resolução judicial do contrato. Após a alteração, se admite a aposição de cláusula resolutiva expressa, que opera sem intervenção judicial.

A mudança deu-se com a finalidade de operar o câmbio dos mecanismos de extinção do contrato. Exigia a lei resolução judicial, com os mesmos requisitos da cláusula resolutiva tácita (art. 475 CC) e mudou para a resolução de pleno direito (art. 474 CC), sem intervenção judicial. Como se vê, alteração de direito material, relativo à extinção dos contratos.

Significa dizer que a alteração legislativa do artigo 62, acima transcrito, somente se aplica aos contratos celebrados após a vigência da lei nova, jamais aos contratos celebrados em data anterior. Isso porque, como é elementar, geram os contratos atos jurídicos perfeitos, insuscetíveis de alterações legislativas supervenientes, pena de violação a direito adquirido.

Pode-se indagar: e os contratos celebrados em data anterior, mas que já continham cláusula resolutiva expressa, dispensando intervenção judicial? Essa cláusula, na verdade, era inoperante e considerada não escrita, pois violava norma de ordem pública. Se a cláusula era nula, evidente que não se convalida pela superveniência de legislação permissiva. O contrato gera ato jurídico perfeito, de modo que se mantém incólume às alterações legislativas supervenientes, não são dotadas de efeito retroativo.

A última questão que merece ser abordada diz respeito à eventual abusividade da cláusula resolutiva expressa nas relações de



consumo, em suposta afronta ao artigo 51, inciso XI do Código de Defesa do Consumidor (“autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor”). Não parece ocorrer violação a tal dispositivo, uma vez que o cancelamento unilateral do contrato aparentemente se refere à hipótese de resilição mediante denúncia vazia, e não de resolução por inadimplemento. O que veda a lei é a extinção do contrato por ato de vontade de um só dos contratantes, e não a extinção fundada em inadimplemento.

O que se pode questionar, e com razão, é se ocorrerá desequilíbrio contratual se o contrato contiver cláusula resolutiva expressa somente na hipótese de inadimplemento de prestação devida pelo promitente comprador consumidor, mas não na hipótese de inadimplemento de prestação devida pelo promitente vendedor fornecedor. Tome-se como exemplo o atraso na entrega das obras. Deverá existir simetria de cláusulas resolutórias, para as hipóteses de inadimplementos de ambos os contratantes, no que se refere às respectivas prestações que devam adimplir. Haveria intolerável desequilíbrio se o inadimplemento da prestação de pagamento do preço fosse sancionado com cláusula resolutória expressa, mas o inadimplemento da prestação de entrega da unidade no prazo fosse sancionado com cláusula resolutória mediante intervenção judicial. A severidade dos mecanismos resolutórios deve ser a mesma para os descumprimentos das prestações correspectivas devidas por ambas as partes no contrato de compromisso de venda e compra.

Note-se que criou a alteração legislativa mecanismo mais vigoroso e célere de extinção dos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados na hipótese de inadimplemento do pagamento do preço.

Extinto o contrato sem intervenção judicial, não soluciona a mudança legislativa os efeitos *ex tunc* da resolução, especialmente o retorno das partes ao estado anterior.

A resolução do contrato extingue o vínculo e libera os contratantes, com efeito retroativo. Na lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução destrói a relação desde a celebração (*ex tunc*) e tem dois efeitos principais: “libera credor e devedor das prestações correspectivas e permite a restituição das prestações efetuadas”<sup>17</sup>. Embora os artigos 474 e 475 do Código Civil, lamentavelmente, sejam omissos quanto aos efeitos da resolução, a solução é aceita de modo uniforme pela doutrina e jurisprudência, com inspiração em legislações estrangeiras.

<sup>17</sup> *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 257.

Dizendo de outro modo, o contrato desaparece, mas nasce automaticamente uma relação de liquidação entre os contratantes, com o escopo de assegurar o retorno ao estado anterior. Discute-se a natureza da liquidação, se simples transformação da relação anterior, ou uma nova relação jurídica. O melhor entendimento é no sentido de se tratar de nova relação, nascida, porém, da resolução, como efeito legal.

Problema de maior relevância encontra-se na cláusula penal compensatória cujo limite cogente é o valor da própria obrigação, nos termos do art. 412 do Código Civil. Comum, nos contratos de execução diferida e fracionada, em especial no compromisso de compra e venda, que a cláusula compensatória, chamada também de decaimento ou de perdimento, corresponda à perda das parcelas do preço já pagas pelo promitente comprador. O mecanismo provoca situação de contradição lógica, pois, quanto mais o promitente comprador paga, mais perde. É por isso que os tribunais, com fundamento nas normas cogentes dos arts. 53 do Código de Defesa do Consumidor e 413 do Código Civil, reduzem a multa, com ou sem pedido do promitente comprador. No direito contemporâneo, a cláusula penal compensatória somou uma terceira finalidade às duas – prefixação de perdas e danos e reforço do vínculo – já consagradas pela doutrina. Passou a ser instrumento de justiça contratual, mecanismo de recuperação do equilíbrio rompido com o inadimplemento. O art. 413 do Código Civil dá a exata dimensão da nova e primordial função da cláusula penal, determinando critérios de redução com base na excessiva onerosidade e cumprimento parcial e útil ao credor.

Se o adquirente estiver já imitado na posse da unidade, a ação judicial se limitará à reintegração. Isso porque a resolução do contrato operou de pleno direito (sem intervenção judicial) e a posse do promitente comprador, que tinha a natureza direta e justa (art. 1.198 CC), se tornará injusta, porque precária, em virtude da extinção do contrato (artigo 1.200 CC).

De outro lado, deverá o promitente vendedor restituir as parcelas do preço já recebidas, abatidas as perdas e danos decorrentes do inadimplemento. Como a resolução se operou sem intervenção judicial, quem arbitrará as perdas e danos? Caso não haja consenso entre as partes, a fixação das perdas e danos e das parcelas do preço a serem restituídas será feita mediante ação judicial, por iniciativa do promitente comprador.

Surge então questão final: caso o promitente vendedor não tenha restituído das parcelas do preço, abatidas as perdas e danos, poderá

desde logo reintegrar-se na posse do imóvel? Ainda no dizer de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “as restituições devem ser simultâneas, toma lá, dá cá... Na fase de execução da sentença, a parte obrigada a restituir pode recusar-se ao ato até que a outra cumpra, simultaneamente, ou pedir a compensação, quando cabível”<sup>18</sup>. Como a simultaneidade das devoluções integra o equilíbrio do contrato, é matéria de ordem pública, cognoscível *ex officio* pelo juiz. Disso decorre que poderá o promitente comprador invocar em defesa direito de retenção, até que exista decisão de acerto de devolução das parcelas a serem restituídas. Tal acerto pode ser feito na própria ação de reintegração de posse, sem necessidade do ajuizamento de ação autônoma.

#### 4. O distrato e a possibilidade de cláusulas abusivas no negócio extintivo

Para encerrar o breve estudo, abordo um último tema atual, que diz respeito aos distratos celebrados para extinguir os contratos de compromisso de compra e venda, no período de crise que vivemos.

O distrato (artigo 472 CC), nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, nada mais é do que “a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo. É o *contrario consensus* dos romanos, gerando o contrato liberatório”<sup>19</sup>. A mesma vontade que criou o contrato pode atuar em sentido inverso, para dissolver o vínculo e restituir a liberdade às partes, como expressão da autonomia privada. É a dissolução consensual do contrato. A definição de distrato encontra-se inserta na própria definição de contrato, como acordo para constituir regular, ou extinguir relações jurídicas patrimoniais.

O distrato – resilição bilateral – está regulado em singelo dispositivo: “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

Como contrato liberatório, o distrato sujeita-se aos mesmos requisitos de validade do negócio jurídico. A capacidade que se exige para contratar é a mesma para distratar. De igual modo, o objeto do distrato deve ser lícito e a forma a prescrita em lei. Nada impede a

<sup>18</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 261.

<sup>19</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, p. 151.

celebração de distrato preliminar, ou promessa de distratar, sujeito às mesmas regras dos arts. 462 e seguintes do Código Civil, inclusive ensejando execução específica, com sentença substitutiva de vontade<sup>20</sup>.

O objeto do distrato é amplo: o que pode ser contratado pode ser dissolvido. Necessário, porém, que os efeitos do contrato ainda não se encontrem exauridos pelo cumprimento<sup>21</sup>. Afrânio de Carvalho, nesse particular, observa que “o distrato da compra e venda inscrita, com devolução do preço pago, importa em compra e venda regressiva, sujeitando-se aos mesmos requisitos da primeira, inclusive o pagamento do imposto de transmissão e a nova inscrição”<sup>22</sup>. Assim, se na compra e venda imobiliária a escritura foi lavrada, registrada e pago o preço, não mais se cogita de distrato, mas, sim, de revenda, sujeita a nova incidência de ITBI<sup>23</sup>.

Cláusulas abusivas que maculam o contrato também maculam o distrato, de modo que podem ser consideradas não escritas, aplicando-se a regra do art. 184 do Código Civil e o princípio da preservação do negócio (*utile per inutile non vitiatur*), respeitada a intenção das partes. Comum a situação de inserção em distratos de cláusulas em que consumidor renuncia à indenização, na operação de retorno ao estado anterior, que lhe é devida por norma cogente. Embora persista divergência no Superior Tribunal de Justiça, o melhor entendimento é no sentido de ser

inaceitável transação que contrarie os princípios básicos do direito e as disposições legais vigentes. Não se admite como válido o distrato de promessa de compra e venda segundo o qual o promissário comprador recebe a devolução das parcelas pagas sem correção monetária<sup>24</sup>.

Em outro precedente, ficou assentado que:

<sup>20</sup> A favor da possibilidade de promessa de distrato, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, Fontes das obrigações: contratos, 6. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996, v. III, p. 202; também Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro, Forense, v. 7, p. 569.

<sup>21</sup> ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense. v. 7, p. 555.

<sup>22</sup> *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 92.

<sup>23</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, p. 152.

<sup>24</sup> REsp 331346 / MG, Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 15/10/2001.

a jurisprudência deste STJ considera abusivo o distrato do contrato de compra e venda de imóvel realizado mediante a entrega de carta de crédito a ser utilizado para aquisição de imóvel da mesma construtora. O adquirente tem direito a devolução, em espécie, dos valores pagos com a retenção de 25% em favor da empresa<sup>25</sup>.

Em suma, o distrato, como negócio liberatório, também se sujeita aos princípios cogentes da boa-fé objetiva, função social e equilíbrio, assim como normas protetivas ao consumidor, temas cognoscíveis *ex officio* pelo juiz e, com maior razão, argúveis pela parte prejudicada<sup>26</sup>.

Do que acima se disse, pode-se tirar a conclusão que os distratos, como contratos liberatórios, também podem conter cláusulas abusivas, a merecer questionamento e eventual invalidação pelo Poder Judiciário.

Não resta dúvida que os distratos, especialmente os celebrados por ocasião da parcela inadimplida de entrega das chaves, são precedidos de intensa negociação a respeito do retorno das partes ao estado anterior. Nada impede as partes de ajustar o valor e o modo de restituição das parcelas, assim como as perdas e danos derivadas do inadimplemento.

O que não se tolera é a imposição de perdas muito superiores àquelas decididas usualmente pelos tribunais, especialmente levando-se em conta a vulnerabilidade do consumidor. Dizendo de outro modo, não é o distrato válvula de escape para fazer valer cláusulas penais de perdimento de prestações já pagas, que seriam reduzidas judicialmente, porque excessivas ou abusivas, ou mesmo a consolidação da cobrança de verbas de duvidosa legalidade (SATI, comissão de corretagem sem cláusula clara, etc.).

De todo recomendável que os distratos, ao fixarem as perdas e danos, o façam de modo discriminado, especificando a quais verbas

<sup>25</sup> AgRg no REsp 525444 / MG, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 02/04/2009; REsp 437607 / PR, Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, j. 15/05/2007; em sentido contrário, não há nulidade “na cláusula do distrato de que resulte haver a parte transigido, recebendo, como reembolso, importância menor do que a que lhe seria devida. Hipótese que não se confunde com a disposição contratual em que se estabeleça não ter a parte direito ao reembolso integral, em caso de desfazimento do contrato” (REsp no 158.036/DF, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 22/3/99); REsp 556656 / PR Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 28/06/2004).

<sup>26</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 113.

se referem e quais os respectivos valores. Relevante conhecer quais os prejuízos realmente sofridos pelo promitente vendedor, que serão compensados com as parcelas do preço a serem devolvidas ao comprador. A ausência de tal cuidado quanto a tal ponto pode violar dois direitos básicos do consumidor – informação e transparência – e macular de invalidez o que foi ajustado entre as partes.

Devem ter as construtoras e incorporadoras em mente que as mesmas regras consideradas abusivas e invalidadas pelos tribunais no momento do nascimento do contrato padecerão dos iguais vícios se ajustadas no momento da extinção, mediante acordo liberatório.

São estas, em resumo, as breves e práticas considerações que me propus fazer sobre três temas atuais que afetam os contratos de compromisso de compra e venda de unidades autônomas futuras.

## Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* – resolução - de acordo com o novo Código Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense. v. 7, p. 562.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III.

GRASSO, Biagio. *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*. Napoli: Jovene Editore, 1993.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, par. 4.248, p. 337.

MOSCO, Luigi. La resolución de los contratos por incumplimiento. Barcelona: Dux. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III.

PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000. (Serie Il Diritto Privato Oggi, a cura di Paolo Cendon).

RAMELLA, Anteo E. *La resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Ástrea, 1979.

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. In: TRATTATO di diritto privato (a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti). Milano: Giuffrè, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

VARELA, João de Matos de Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010. v. I.

# **VII**

## **Direito de Família**





# Visão geral das transformações contemporâneas no Direito de Família. O Direito de Família na Constituição Federal de 1988. A família em seu atual espectro. A multiparentalidade

*Antônio Carlos Mathias Coltro*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**Sumário:** Introdução. Família em sentido amplo. O casamento e a união estável. A multiparentalidade. O que há de novo. Conclusão.

“O sonho de cada família é poder viver junta e feliz, num lar tranquilo e pacífico, em que os pais têm oportunidade de criar os filhos da melhor maneira possível, ou de os orientar e ajudar a escolher as suas carreiras, dando-lhes o amor e carinho que desenvolverá neles um sentimento de segurança e de autoconfiança.”

(Nelson Mandela)

## A título introdutório

1. Como abertura a este rápido comentário, tem-se como adequado mencionar o *Preâmbulo* da CF de 1988, na alusão ao “exercício dos direitos individuais”, à *igualdade* e a uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, bem como ao seu artigo 1º, inciso III, ao referir-se à *dignidade da pessoa humana*, além do art. 5º, *caput*, sobre *todos serem iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, não olvidando o art. 226, que, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC-SP) – Presidente do IBDC (2014/2017) – Presidente do IBDFAMSP (2010/2011) – Membro Efetivo da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados.

Demais disso e a teor do § 3º, do mesmo dispositivo, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, entendendo como entidade familiar, também e no § 4º, “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, sem desconsiderar o § 5º, que, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” e admitir, de forma simples e no § 6º, a “dissolução do casamento civil pelo divórcio”, determinando, por fim, o § 8º, que, “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Em tais disposições evidenciou o constituinte o reconhecimento, a partir da reflexão sobre diferentes costumes, tempos e hábitos e a necessidade de revisão dos conceitos até então adotados, em verdadeira inflexão, ainda que para tanto havendo confronto entre convicções formadas e firmadas antes e considerada a circunstância de haver-se tornado imprescindível enxergar a *família* com moldura e *conteúdo* diversos dos até então existentes<sup>2</sup>, impor-se uma nova conclusão sobre seu próprio conceito.

Com efeito e como referido por Caio Mário, ele “[...] não se mantém estático” e vem “[...] sofrendo a variedade de acepções, no espaço e no tempo”<sup>3</sup>, sendo imperiosa a preocupação sobre ter-se em conta princípios novos, os quais, da mesma forma que os fatos, que indicaram sua necessidade, acabaram por, – ao mesmo tempo em que acalmando a insatisfação de alguns com o estado de coisas existente –, causar a indignação de outros, satisfeitos com uma estrutura familiar em que “[...] o chefe exercia seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que se chegou a descrevê-la como a um agregado social constituído por um marido déspota, u’ a mulher submissa e filhos aterrados”, na dicção de Orlando Gomes<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Segundo Luiz Edson Fachin, “O transcurso da história revela que a ‘realidade desmente o Código’, e a lei se altera para incorporar novos valores, máxime os que decorrem do fenômeno da ‘repersonalização’. O encontro da identidade dos novos sujeitos e das situações antes colocadas à margem passa pela superação das regras de sua desqualificação e se choca com resistências diversas precisamente porque nos textos legais, do Código Civil ao Código Penal, a família patriarcal, hierarquizada e matrimonializada depositou aquilo que lhe parecia ser a sua própria identidade” (Contribuição crítica à teoria das entidades familiares. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 94-113.).

<sup>3</sup> *Direito civil* – alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 169.

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984. p. 65.

Esse grupo ou essas pessoas não se dispunham, inclusive, a aceitar que filho é filho, pouco importando para a lei, e sob o prisma sociológico, se os pais puderam tê-lo de forma natural ou necessitaram socorrer-se da adoção ou de outra forma para tal.

Da mesma maneira e enquanto alguns optam por se casar, outros preferem seguir trilha em que não há moldura determinada e na qual se insere tanto a *união de fato entre duas pessoas* que se querem bem e objetivam constituir família<sup>5</sup>, a tanto se somando a *monoparentalidade*, circunstâncias que não podiam ser desconsideradas pela sociedade, pelo legislador e também pelo *judiciário*, com vistas à aferição sobre os efeitos pessoais e jurídicos decorrentes de cada uma.

Como referido por Caio Mário, “Homens de pensamento, com muita frequência, aludem à crise da família, proclamando e lamentando a sua desagregação. Mais aparente que real, pois o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas”<sup>6</sup>.

Como consequência, viu-se o constituinte obrigado a enxergar a família em cenário e moldura diversos dos até então considerados<sup>7</sup> e o intérprete a admitir que ela não possui conceito estático e sofre a multifária força das circunstâncias, espaciais e temporais, ocupando-se o legislador de 1988 em delinear uma nova arquitetura, segundos os anseios indicados pela comunidade.

Não bastando, também havia os não dispostos a aceitar que filho é filho e pouco importa para a lei se nasceram de forma natural ou precisaram seus pais socorrer-se da adoção ou algum meio científico para tanto, da mesma maneira que enquanto alguns optavam por casar-se, outros seguiam trilha sem moldura estabelecida e na qual se inserem

<sup>5</sup> Anoto-se que a ligação livre e sem compromisso outro, traduz simples concubinato, a que o CC não atribui importância maior, conforme o art. 1.727, vigente, ainda, as Súmulas do STF a tanto concernentes e que podem orientar o exame dos casos que a tanto se referirem.

<sup>6</sup> *Instituições de direito civil*, atualizado por Tânia da Silva Pereira, 24. ed., v. V: Direito de família, p. 7.

<sup>7</sup> Conforme Caio Mário da Silva Pereira, atualizado por sua filha, Tânia da Silva Pereira, referindo-se ao vocábulo Família, “A pluralidade semântica, que é ocorrência normal em todos os ramos da ciência jurídica, como já assinalei especialmente no volume V de minhas Instituições de Direito Civil, dedicado precisamente ao Direito de Família, se faz sentir de maneira marcante. O jurista se defronta com o vocábulo ‘família’ nos mais variados sentidos, e na abrangência de variados conceitos. Na verdade, como profissional, como professor e como doutrinador, tenho estudado a instituição da família sob os mais variados aspectos” (*Direito civil – alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 167.).

tanto a união de fato entre o homem e mulher, quanto a própria monoparentalidade, circunstâncias da vida que não podiam ser desconsideradas pela sociedade e pelo constituinte, com vistas ao reconhecimento de direitos decorrentes de tais opções de vida e, principalmente, em face dos aspectos humanitários a serem considerados.

Por conta da rotina de exceções em que a vida se constitui e seguindo a advertência de Eugen Ehrliche<sup>8</sup>, dirigida a que o fundamental no desenvolvimento do direito está na própria sociedade, devendo tais aspectos, ao lado da ética, serem levados em consideração pelo legislativo, preocupou-se o constituinte de 1988, no art. 226 e §§ da CF, em proteger a família de forma especial, admitindo a família desenho diverso do antes aceito e a ela se referindo como *entidade*.

A expressão, eufemismo, aliás, foi objeto de precedente crítica doutrinária, pois e segundo Semy Glanz, “[...] os parágrafos devem ser interpretados consoante o *caput*. Se este cuida da família, as diversas entidades dos parágrafos são também famílias”<sup>9</sup>, não se esquecendo o constituinte, outrossim, de reconhecer que “o planejamento familiar é livre decisão do casal” e atribuir ao Estado o dever de “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”, bem como afirmar que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. “A norma constitucional compreende tanto a família fundada no casamento como a união de fato (art. 226, § 3º, na família) e a natural assente no fato da procriação (art. 226, § 4º) e adotiva, todas as situações comunitárias análogas à família matrimonializada do ponto de vista sociológico”<sup>10</sup>.

Efetivamente e a teor do quanto se vem considerando interdisciplinarmente, “A família é uma instituição central da vida moderna. A família está em tudo e em todo o lugar: há o ‘direito de família’, a ‘educação familiar’, o ‘planejamento familiar’, a ‘pastoral familiar’, a ‘terapia familiar’, a ‘agricultura familiar’, a ‘medicina de família’”, como indica Patrice Schuch<sup>11</sup>, com isto reconhecendo como a engenharia

<sup>8</sup> *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília, DF: UNB, 1986. Prefácio, p. 7.

<sup>9</sup> Apud Antônio Carlos Mathias Coltro. A Constituição Federal e a união estável entre homem e mulher. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 42 e ss.

<sup>10</sup> *A presunção absoluta e relativa no esforço comum para aquisição patrimonial na união estável*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/200.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/200.pdf)>.

<sup>11</sup> *Família no plural: considerações antropológicas sobre família e parentesco (à luz de seus confrontos de significados num órgão de justiça juvenil)*. Disponível em: <[http://www.pim.saude.rs.gov.br/a\\_PIM/noticias/987/PatriceSchuch.pdf](http://www.pim.saude.rs.gov.br/a_PIM/noticias/987/PatriceSchuch.pdf)>.

do ente familiar vem alcançando circunstâncias várias no cenário antropológico, indubitavelmente envolvido com a circunstância sociológica.

Segundo referido por Cynthia A. Sarti, e apesar da dificuldade de antropologia romper com a identidade da família como “[...] a unidade biológica marido-mulher e filhos”<sup>12</sup>, acrescenta:

Foi Lévi Strauss, com *As estruturas elementares do parentesco*, quem deu o passo decisivo para a desnaturalização da família ao retirar da família biológica o foco principal e voltar sua atenção para o sistema de parentesco como um todo. A família passou a ser vista como a atualização de um sistema mais amplo, através da reformulação do ‘átomo do parentesco’, ou seja, a unidade mínima do parentesco que até então era identificada com a unidade biológica (pai, mãe e filhos). Dissociar o átomo do parentesco da unidade biológica, como fez Lévi-Strauss, representou uma verdadeira inflexão nos estudos de parentesco ao instituir os laços de parentesco como um fato social e não natural. Segundo Lévi-Strauss, o átomo do parentesco inclui não apenas os laços de consanguinidade e de descendência (os laços ‘de sangue’), mas, também, os laços de aliança, o que implica não apenas uma unidade família, mas duas que se comunicam através do casamento.<sup>13</sup>

A partir de Strauss ingressa a família na cultura, e a sua razão de ser está na natureza social que possui, e não na biológica do ser humano, retomando, assim:

[...] a formulação de um evolucionista do século XIX, para quem os grupos humanos se defrontaram com a seguinte questão: casar fora ou ser morto fora. A aliança, através do casamento, constituiu a forma de evitar o confronto entre grupos. Seguindo as trilhas abertas por Macel Mauss, Lévi-Strauss argumentou, então, que esta aliança é possibilitada pelo princípio da troca e da reciprocidade que, para ele, é constitutivo das relações familiares<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Família e individualidade: um problema moderno. In: FALCÃO, Maria do Carmo. *A família contemporânea em debate*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 40.

<sup>13</sup> Família..., cit., p. 41.

<sup>14</sup> Família..., ref., p. 41.

O casamento é uma tarefa para grandes homens e grandes mulheres; não é para gente pequena, imatura, egoísta, que ainda não cresceu. É uma missão para aqueles que sabem “conquistar a mesma pessoa todos os dias”. (Prof. Felipe de Aquino).

2. Deve-se considerar que a família antecedeu ao casamento, criação humana, sendo aquela um fato natural, denominada por Eça de Queiroz “esponsal natural das almas”<sup>15</sup>, afirmando-a Sá Pereira como “[...] fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza”<sup>16</sup>.

Como “[...] fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal, e também por ser um fenômeno natural é que ela excede à moldura em que o legislador a enquadra”<sup>17</sup>, tanto em relação ao casamento quanto à união estável e, atualmente, à família monoparental – acrescenta-se –, sem desconsiderar – que o STJ considerou-a caracterizada, em hipótese inerente ao bem de família e ocupado por *uma única pessoa*, em determinada hipótese<sup>18</sup>.

Novamente invocando Virgílio de Sá Pereira:

A natureza não conhece o casamento (e nem as outras formas pelas quais o direito a reconhece como instituída, acrescenta-se), só conhece a família. Há convenções sociais a que devemos o mais religioso respeito e o casamento é uma delas. Ele pode ser encarado como união natural, como sacramento e como contrato. Em tese, cada uma dessas concepções repele as outras. Daí a dificuldade de defini-lo, no que ingloriamente teimam os autores, por quererem compreender na definição todos esses aspectos irredutíveis.

<sup>15</sup> Apud Edgard de Moura Bittencourt, *Concubinato*, 1980, p. 4, n° 5.

<sup>16</sup> PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51.

<sup>17</sup> PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51.

<sup>18</sup> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 – O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.

2 – Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 205.170/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/1999, DJ 07/02/2000, p. 173)

Entre os romanos<sup>20</sup>, os descendentes, a mulher, os libertados, os escravos e os bens de qualquer natureza e que se achassem subordinados ao *pater familias* eram considerados, em dado momento, como integrando a *familia*, refletindo ela, depois, o organismo composto pelas pessoas sujeitas ao pátrio poder do *pater familiae*.

De acordo com Jean-Luis Flandrin<sup>21</sup>, a consulta a escritos ingleses e franceses refere que, entre os séculos XVI e XVII:

[...] o conceito de família estava dividido entre a idéia de residência comum e a idéia de parentesco que se encontram unidas na definição que é hoje a mais corrente. A palavra evocava de fato, com muito mais freqüência, um conjunto de parentes que não moravam juntos; e designava também frequentemente um conjunto de pessoas que coabitavam e que não estavam necessariamente ligadas pelo sangue ou pelo casamento. A **idéia de coabitação** era a enunciada em primeiro lugar nos antigos dicionários ingleses. Assim, o de Samuel Johnson (1755) dá-nos como primeiro significado de **Family**, o compreensivo dos <... que vivem na mesma casa>; e, como sinônimo, **household**. Abel Boyer, na primeira edição do seu **Dictionnaire royal françoys et anglois**, entendia por “família”: <Todos aqueles que vivem numa mesma casa, sob um mesmo chefe>, e dava como equivalentes **family** e **household**. Também Cotgrave, em 1763, traduzia “família” por **A family or household**; e **Family** por “Família, gente da casa”, acrescentando a seguir outros sinônimos correspondentes a outros sentidos da palavra. Nenhum destes dicionários reduzia a família àqueles que, dentro da casa, estão ligados por parentesco. E o uso confirma que os criados e outros “familiares” faziam parte dela. Assim, Samuel Pepys escrevia, em 1660, no princípio do seu célebre diário íntimo: “I lived in Axe Yard, having may life, and servant Jane, and no

<sup>20</sup> Adverte ARTURO CARLO JEMOLO ser difícil, no Direito Romano, a distinção entre matrimônio e concubinato. “Principalmente, durante o império, veio, o concubinato, a tomar várias regras próprias do matrimônio, pela difusão e a função social que chegou a adquirir” (in: El matrimonio, p. 5-10, 1954) (Sentença do Juiz Mohamed Amaro, *Revista Forense*, v. 270, p. 252-276).

<sup>21</sup> *Familias* – parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga. 1992 p.12-13.



more in family than us three” (Vivi em Axe Yard com a minha mulher, a criada Jane, e mais ninguém de família além de nós três).<sup>22</sup>

O sentido, de:

[...] gente da casa, particularmente comum em inglês, encontrava-se também no francês dos séculos XVII e XVIII. É ele que surge à cabeça da entrada ‘família’ na primeira edição do *Dictionnaire de L’Académie*, em 1694: <Todas as pessoas que vivem numa mesma casa, sob um mesmo chefe>. E, já em 1690, Furetière precisara que, neste sentido, a palavra “Família” significa “a gente da casa, composta por um chefe e os seus criados, sejam esposa, filhos ou servidores”. Esta definição foi retomada em todas as edições posteriores do seu dicionário, e em todas do *Dictionnaire de Trévoux*, de 1704 a 1771.

Assim, enquanto em determinado momento histórico a família tem significado mais amplo em sua característica orgânica, em outro ele se torna mais restrito, alcançando somente os vinculados pelo parentesco.

Comentando *A evolução histórica e legislativa da família*, observa Luciano Silva Barreto:

Em tempos longínquos, o sacramento matrimonial era a única alternativa de se dar início a uma família e era indissolúvel, tornando esta entidade severa e sem vínculos de afeto. O austero modelo, conservador e patriarcal, foi calamitoso e deu origem a prolixações de uniões extramatrimoniais, abalando a estrutura familiar daquela época. Assim, a família atual é caracterizada pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Segundo o Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa de José Pedro Machado, a palavra *família* entrou na nossa língua, no século XVI por via culta, através do latim ‘família’, que significava «o conjunto dos escravos da casa; todas as pessoas ligadas a qualquer grande personalidade; casa de família». Cf. em: <<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/a-etimologia-da-palavra-familia/15348>>.

Consoante [t.br/origem-das-palavras/etimologia-de-familia/](http://t.br/origem-das-palavras/etimologia-de-familia/), o vocábulo *Família* tem origem no latim *FAMILIA*, e significava “grupo doméstico” ou o conjunto das propriedades de alguém, isso incluía os escravos e os servos. *Família* deriva de *FAMULUS* ou *FAMULI* no plural, e significava “Servo ou escravo doméstico”.

<sup>23</sup> *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13 – 10 Anos do Código Civil – v. I: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos.*

Assinala, contudo: “Na antiguidade, merecia destaque a falta de afeto entre os membros da família, que se unia com o propósito de conservação dos bens, a prática comum de um ofício e nos casos de crises, a preservação da honra e das vidas”, sem que se deixe, ainda, de ter em conta o fato da desigualdade existente no tocante aos filhos, na referência de Fustel de Coulanges, em seu livro *A cidade antiga*, invocado também por Luciano Silva Barreto, no mesmo local, onde aponta, ademais, que, posteriormente ao período já citado, “[...] um novo conceito de família formou-se, não unicamente embasada no casamento imposto pela Igreja, mas pelo elo do afeto, nascendo a família moderna”.

Se hoje o afeto tem a dimensão por todos reconhecida, relativamente aos componentes do grupo familiar, nota-se diversamente ter ocorrido na antiguidade, tanto que, conforme Silva Barreto, ainda, “Quanto aos filhos, quando crianças, não viviam, considerando que tão logo adquirissem porte físico para trabalhar, misturavam-se aos adultos e partilhavam os afazeres domésticos”<sup>24</sup>, o que, indubitavelmente, incorre, hoje, tanto pelo relevo dado ao afeto, como pelo próprio sentido que a família passou a ter, o mesmo ocorrendo quanto ao sentido que possui e a importância que disto advém no dia a dia da sociedade atual.

Quanto ao CC de 1916, não é difícil constatar a importância dada aos aspectos patrimoniais, ao contrário do que ocorreu quanto ao direito de família, conservador, e que desconsiderou circunstâncias que poderiam ter sido mais bem respeitadas, como, por exemplo, e dentre outras, a do concubinato.

Interessante, aqui, referir Luiz Edson Fachin, apontando que o ter possuía destaque maior que o *ser*<sup>25</sup>, importando aludir à distinção existente no tocante à filiação, em que se consideravam os legítimos e ilegítimos, afora os naturais e os adotivos, sem esquecer a exclusão dos adotados da relação sucessória, se tivesse o adotante filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, em odiosa, descabida e desumana restrição, merecendo alusão, ademais, a situação imposta às mulheres casadas, alterada apenas a partir do Estatuto a elas dedicado e onde necessárias e apropriadas alterações foram promovidas, em adequado respeito à sua dignidade, como seres humanos.

Como corolário, na moldura social e legislativamente considerada, como no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, desde o início considerou-se como família apenas o grupo resultante do matrimônio,

<sup>24</sup> Evolução..., ref.

<sup>25</sup> *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.

sem alusão a circunstância outra e que pudesse inserir-se no conteúdo do ente familiar.

“Eu vejo a vida melhor no futuro  
 Eu vejo isso por cima de um muro  
 De hipocrisia que insiste em nos rodear  
 Eu vejo a vida mais clara e farta  
 Repleta de toda satisfação  
 Que se tem direito do firmamento ao chão  
 Eu quero crer no amor numa boa  
 Que isso valha pra qualquer pessoa  
 Que realizar a força que tem uma paixão  
 Eu vejo um novo começo de era  
 De gente fina, elegante e sincera  
 Com habilidade  
 Pra dizer mais sim do que não, não, não...”  
 (Lulu Santos)

3. Quanto à união de fato<sup>26</sup> entre um homem e uma mulher, antes de 1988 tratada no Brasil como concubinato, tem-se notícia de sua existência desde período longo<sup>27</sup>, estando a própria história grega, conforme Adahyl Lourenço Dias<sup>28</sup>, “[...] crivada de concubinatos célebres”, vindo notícia do Egito, sem desmentido histórico, sobre a pirâmide de Miquerinos ter sido construída por Radopis, concubina no reinado de Amasis (600 a.C.).

Jean-Louis Flandrin, outrossim e referindo-se à *concubinagem*, comenta estar “[...] a história medieval [...] cheia dos seus feitos, prova de que vinham a desempenhar frequentemente um papel importante”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> “[...] é de referir que o concubinato não apresentou, ao longo dos tempos, evolução gradativa. Ao reverso, ficou sujeito a forte movimento pendular, ora aceito, com algumas restrições, ora reprimado, além de se ajustar, é claro, também nas fases intermediárias entre esses dois extremos” (VISEU JÚNIOR, Júlio César. *O estatuto da relação concubinária*. In: BITTAR, Carlos A. (Coord. ). *O direito de família e a Constituição de 1988*. p. 137-151.).

<sup>27</sup> “Puede afirmarse que el concubinato ha existido siempre: precedendo al matrimonio, el los albores de la civilización; coexistindo después com el matrimonio, cuando este fué reglamentado, como una situación de hecho frente a una situación protegida por la ley, como una unión irregular en oposición a una regular, como la posesión frente a la propiedad” (ROGERS, Humberto Pinto. *El concubinato y sus efectos jurídicos*. Santiago: Nascimento, 1942. p. 3, no 1.).

<sup>28</sup> *A concubina no direito brasileiro*, 1975, p. 19.

<sup>29</sup> *Famílias – parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga*. Tradução de M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa, 1992. p. 193.

Relativamente ao casamento, aponta ser “[...] uma instituição social através da qual se ligavam as famílias da mesma condição social para se perpetuarem”, enquanto “[...] a concubinação era uma união pessoal, uma questão de amor, pelo menos da parte do homem”<sup>30</sup>, surgindo a união de fato como fruto da distorção do objetivo matrimonial, utilizado com fim outro e de interesse, que não o da união entre pessoas com base no elo afetivo, considerado o afeto, amor, bem querer ou expressão com igual significado, como o fundamento necessário a estabelecer-se o vínculo entre os que deliberem unir-se e constituir família, tanto que, no estágio atual do Direito, passaram tais aspectos a ser qualificados no âmbito das relações familiares, recomendando-se, a propósito e para os interessados, a leitura de *A afetividade no elemento jurídico*: princípio, regra ou valor a desencadear relações jurídicas de direito – *The affectivity in the legal element*: principle, rule, or trigger value legal relations of law, de Wilson Rodrigues Rosalin Júnior<sup>31</sup>.

Não se olvide, ademais e quanto à união informal, constatar-se, no início do Império Romano e na própria lenda de Rômulo e Remo, serem eles nascido de mulher solteira, ligada em concubinato a um pastor, sendo que a divisão em duas classes sociais – *patricios e plebeus* –, ocorrente por muitos anos entre os romanos, proibido o casamento entre os integrantes de uma com os da outra, acabou por tornar comum o concubinato, sem merecer desprezo público.

Se o termo *concubina* tinha inicialmente sentido pejorativo, passou a significar algo honroso e, conforme a *História da vida privada*, dirigida por Philipe Ariès e Georges Duby:

[...] a opinião acabou se tornando indulgente com as relações com uma concubina desde que fossem duradouras e exclusivas, como um casamento, e que somente a inferioridade social da mulher impedisse o homem de transformar a ligação em legítimas núpcias. Os juristas cerravam fileiras; para eles o concubinato constituía um estado de fato, porém honroso, que não rebaixava a mulher ao nível daquelas que se devia desprezar; o concubinato precisava também se parecer em tudo com o casamento; a concubina – no segundo e o único sentido honroso da palavra – devia ser livre

<sup>30</sup> Loc. cit.

<sup>31</sup> Disponível em: <<http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/7.pdf>>.

(pois as escravas não poderiam se casar) e a união devia ser monogâmica: era indispensável ter uma concubina sendo casado ou ter duas concubinas ao mesmo tempo.<sup>32</sup>

Segundo Ebert Chamoun<sup>33</sup>:

O direito romano conhecia outras uniões, além das *iustae nuptiae*. Eram o *contubernium*, ou união entre escravos, cujos efeitos jurídicos se restringiam a engendrar, no direito *justiniânico*, *um parentesco especial, a cognatio servilis*; o casamento realizado entre peregrinos, reconhecido pelo direito peregrino; o *matrimonium iuris gentium* ou *iniustum*, formado pela união entre romano e peregrino, entre peregrinos de cidades diferentes ou entre deditícios e que o *ius gentium* regulava; e, finalmente, o concubinato.

No tocante ao último, esclarece o citado autor caracterizar ele a união duradoura entre pessoas de sexos diferentes, sendo a mulher honesta e não ingênua, acrescentando, inclusive, ter Augusto regulamentado como estupro a relação extraconjugal com mulher honesta, sendo certo “[...] que no primeiro século do Império o concubinato era frequentíssimo, inclusive entre homens de grande moralidade, e não produza quaisquer efeitos jurídicos”.

No entanto:

[...] no Baixo Império torna-se o concubinato um casamento inferior, embora lícito. Com os imperadores cristãos começa a receber o reconhecimento jurídico. Distinguem eles os filhos nascidos de concubinato (*liberi naturales*), que se podem legitimar *per subsequens matrimonium* dos *vulgo quaesiti* ou *spuriti*, oriundos de uniões sexuais passageiras. Favorece-se, assim a transformação do concubinato em matrimônio através da legitimação dos filhos.

<sup>32</sup> V. 1: Do Império Romano ao Ano Mil, organizado por Paul Veyne, tradução de. Hildegard Feist, Cia. das Letras, 1990, p. 85.

<sup>33</sup> *Instituições de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 171.

Anota Álvaro Villaça Azevedo, contudo, ser “[...] certo que os Imperadores Cristãos consideraram imoral o concubinato, tendo-o tolerado até que o Imperador Leão, o sábio (886 a 912 d.C.), definitivamente o aboliu (nov. 89,91)”<sup>34</sup>.

Com a *Lex Julia et Papia Pappaea de maritandis ordinibus* passou o *concubinatus* a receber incentivo, vindo Constantino, em 326 d.C. a situar a concubina e seus filhos em condição inferior.

Com Justiniano tal condição foi elevada, exigida a observância a requisitos similares aos do matrimônio e aplicadas as regras próprias aos impedimentos matrimoniais, inexistentes, todavia, como citado por Álvaro Villaça Azevedo, em sua obra sobre o assunto<sup>35</sup> – com apoio em Bonfante –, a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*, residindo aí a única diferença quanto ao casamento, sendo a união concubinária uma espécie de casamento de categoria inferior, buscando afastar-se, de qualquer forma, conforme Paul Jörs e Wolfgang Kunkel<sup>36</sup>, o que fosse contrário aos bons costumes e que pudesse em tal situação se verificar.

Constata-se, com Michel Rouche e em relação ao período que vai do Império Romano ao ano Mil, na Alta Idade Média e entre os galo-romanos, que o contínuo concubinato com as escravas era grave óbice à indissolubilidade matrimonial<sup>37</sup>.

Nos séculos X-XI, e segundo Evelyne Patlagean, o filho havido por Romano I (de quem Constantino VII era genro), com uma concubina, vem a ser castrado<sup>38</sup>, de forma a evitar descendência concorrente.

Como advertido por Edgard de Moura Bittencourt, todavia:

[...] a união irregular [...] desponta como elemento de negação jurídica, a partir da instituição do casamento sob a forma legal, quando a Holanda a criou no século XVI e nos séculos posteriores acentuou-se a tendência de legislar-se sobre essa matéria. Anteriormente a essa conquista de institucionalização do matrimônio, as ligações a este não se apresentavam como problema: existia uma disciplina a respeito, tal como no Direito Romano, em que o concubinato era considerado casamento

<sup>34</sup> *Do concubinato ao casamento de fato*, 1986, p. 21.

<sup>35</sup> *Do concubinato ao casamento de fato*, 1986, p. 23.

<sup>36</sup> Apud Álvaro Villaça Azevedo, op. cit., p. 24.

<sup>37</sup> *História da vida privada*, vol. cit., p. 458.

<sup>38</sup> *História da vida privada*, vol. cit., p. 578.

inferior, de segundo grau, e como no regime das Ordenações Filipinas, em que a ligação extramatrimonial prolongada gerava direitos em favor da mulher<sup>39</sup>.

Como decorrência e ainda que possa ter sido regulada de forma diversa, a teor do momento histórico, a família de fato não esteve ausente da história dos povos, em razão do que e como frisado por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, “[...] a relação de fato entra igualmente no âmbito do juridicamente relevante. A rigor não é essencial o nexa família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento. Isto significa, portanto, que casamento e família são realidades diversas”<sup>40</sup>, mas com aptidão à produção de efeitos jurídicos, sob pena de sancionamento indevido a uma de tais figuras (a união de fato), no tocante a que, entretanto e como menciona Romeu Simon, ainda que em relação ao Brasil colonial, “O Estado não combatia por que era ausente e omissa. A Igreja, em contrapartida, formalmente combatia, mas não podia confrontar, diretamente, com a desordem social reinante”<sup>41</sup>.

Em resultado do exposto, consoante Carlos Silveira Noronha:<sup>42</sup>

[...] a proteção que a ordem jurídica confere à família não se exaure, na atualidade, com as disposições legais pertinentes ao casamento civil, pois existem uniões extramatrimoniais que vêm merecendo a atenção do Estado, especialmente no que diz respeito à prole delas resultante. A mais antiga relação extramatrimonial que a realidade social e histórica registra em todos os tempos é a que se identifica na figura do concubinato.

Na sequência, acrescenta o já citado Romeu Simon, no local antes referido:

<sup>39</sup> Ob. ref., p. 1, nº 1.

<sup>40</sup> *Direito de família* – direito matrimonial, 1990, p. 89.

<sup>41</sup> *A evolução histórica das uniões informais e do conceito de família*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/520/A-evolucao-historica-das-unioes-informais-e-do-conceito-de-familia>>. Pub. 30.11.2001.

<sup>42</sup> Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Ajuris*, v. 61, p. 313-334.

No Brasil republicano, a despeito do formalismo da legislação brasileira, tentou-se implantar o casamento civil a toda a população, o que levou, por contingência histórica, a considerar-se até o casamento só religioso como concubinato. O que ocorreu foi a não aceitação desse casamento legalmente admitido como modelo necessário e único, com o costume se sobrepondo diante e contra a imposição da lei, uma vez que as pessoas continuavam se casando, por tradição, somente no religioso.

De sua parte Eduardo Espínola já observara existir uma família ilegítima, “[...] à qual a lei, entretanto, por considerações de responsabilidade pessoal e de ordem moral e social consagra regras de proteção e amparo, principalmente quanto à mulher e aos filhos”, lembrando o sempre lembrado Ministro de nosso STF, que, em 1805:

[...] o antigo juiz do Tribunal de Chateau Thierry, o célebre presidente Magnaud, le bon juge, como se tornou conhecido, formulou um projeto de lei, associando o amor ao casamento e determinando que a união livre fosse reconhecida dignamente e registrada pelo oficial do estado civil, de sorte que viesse a constituir uma fonte de direitos de família, principalmente em relação aos filhos.<sup>43</sup>

Portanto, e sem olvidar a família como *base da sociedade*, foi o constituinte obrigado a admitir a verdadeira inflexão quanto ao sentido a ela atribuído, afirmando-o como compreensivo do casamento, mas sem excluir que ela também envolve a união de fato, nominando-a como *união estável* e admitindo, pois, haver o ente familiar alcançado uma moldura plural, afastado o conteúdo singular que até então lhe era outorgado, e ainda que assim agindo, não teve o constituinte como arredar a de inserção, nesse novo conceito, do ente *monoparental*, integrado por um dos pais e seus descendentes.

Claro, assim, ter-se dado nova conformação ao sentido da família, que passou, desde a CF de 1988, a admitir diversidade de maneiras para a sua origem e constituição, disto advindo inevitáveis consequências jurídicas, sob o aspecto pessoal e patrimonial.

<sup>43</sup> *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957. p. 52-53.



Todavia, e ainda que assim se comportando o constituinte, não considerou a inclusão, nesse modelo, de outras figuras que a realidade pudesse apresentar e que poderiam e deveriam ter sido levadas em conta quando da redação da Carta Maior, para reconhecimento e proteção de direitos, podendo ser citada, como exemplo, o da família *extensa* ou *ampliada* e que acabou por ser objeto de previsão no parágrafo único do art. 25, do ECA, definindo-a como a que se estende para além da unidade integrada por pais e filhos ou a representada por um casal e constituída por parentes próximos, com os quais a criança ou adolescente conviva e tenha afinidade e afetividade.

Não bastasse isso e naquilo a que realidade, a que a sociedade e o direito, – aliás a vida –, se vêm submetidos, precisou o legislador do Código Civil de 2002 olhar para o fato de que os filhos podem advir não só da filiação biológica e adotiva, mas também de outra *origem*, como previsto em seu art. 1.593<sup>44</sup>, de *magnífica redação*, ao aludir às maneiras pelas quais o parentesco ocorre e acrescentando (aqui a novidade), a citada expressão, circunstância que, de maneira clara e inafastável permitiu ao intérprete ter em conta a entidade familiar em que estão os *filhos de criação*<sup>45</sup>, além de ser possível dar relevo à *socioafetividade* como circunstância qualificada para o exame de questões inerentes ao vínculo familiar, prestando-se o vocábulo<sup>46</sup>, inclusive, a indicar a

<sup>44</sup> Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

<sup>45</sup> Como escrito por José Carlos Teixeira Giorgis, em comentário à posse do estado de filho, em que se “[...] observa o princípio da aparência, oriunda do exercício das faculdades inerentes à linhagem, sustentada pela convicção de publicidade. O fato é bastante comum, bastando referir os filhos de criação, onde, mesmo ausente algum elo biológico ou jurídico, os pais abrigam criam, sustentam e educam a criança ou adolescente, destinando-lhes carinho e amor, mesmo sem buscar a adoção” (*A paternidade fragmentada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 77, n. 5.7.).

<sup>46</sup> Conforme José Carlos Teixeira Giorgis, a paternidade socioafetiva “[...] se constitui em ato de opção fundado no afeto, e que teve origem jurisprudencial na denominada adoção à brasileira” (*A paternidade fragmentada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 77, n. 5.7.).

Ademais e como já decidido, “O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. – O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A *contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido”. (REsp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007)

Ainda: “Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias

relevância que a circunstância afetiva e sentimental possui. Afinal, “A verdadeira família é aquela unida pelo espírito e não pelo sangue”<sup>47</sup>.

Por isso mesmo adverte Marcos Emanuel Andrade Silva:

[...] Desconsiderar a verdade socioafetiva é uma ficção; estando esta caracterizada, não há como voltar atrás. Observa-se que a discussão sempre estará associada ao bem estar do filho. Se assim não acontecer, estará o operador do direito retirando do maior interessado desse impasse, o direito que tem de se sentir filho, de pertencer a uma família, de assumir uma identidade no meio em que vive [...]<sup>48</sup>,

podendo, perfeitamente, inserir-se a espécie no que dispõe o art. 1.593, *supra*, pois muitas vezes a afetividade entre a pessoa e aqueles que a criaram acaba por estabelecer vínculo sentimental efetivo e eficiente para ensejar efeitos jurídicos e sentimentais-pessoais, independente de qualquer formalidade contida na legislação, bastando o fato e sua comprovação, para que assim se afirme.

---

recompostas. Melhor interesse da criança. [...] – O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735). – O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. – Sob essa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, definha, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana” (apud Pereira, Tânia da Silva. Op. cit. p. 58). [...] (REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010).

<sup>47</sup> Luiz Gasparetto.

<sup>48</sup> *Relações socioafetivas*. Disponível em: <www.direitonet.com.br>.

Afinal e quanto a isso, cumpre realçar, com Silvio de Macedo, que:

O amor, que tem função afetiva, atrativa, e também cognitiva, compreensiva, é valor social, jurídico, aglutinando os demais valores na formação de uma nova realidade mais rica de significados, tendo um lado experimental e um lado formado por um halo de mistério e transcendentalidade. Pode ser buscado e encontrado na convivência humana, portanto no contexto conflitivo-social onde se realiza. Sendo a pessoa um sistema aberto, que se comunica e se aperfeiçoa, isso só é possível na comunidade, diante do próximo, cumprimento de uma lei, e não no processo de autismo ou alienação. A estrutura do ser humano é de natureza coexistencial. O ser depende do outro ser. Assim, a ‘agápe’ (forma mais elevada do amor = amor sacrificial, doação) é de natureza heterônoma. Situando-se portanto no plano social, concreto, das ações efetivas. A coexistência humana só evolui pelo amor e se revela em diversos graus, nas formas cada vez mais ricas: a atenção, o cuidado, a dedicação, a compreensão, a paciência, a amizade, o amor.<sup>49</sup>

Prosseguindo, e após citar Recaséns Siches, manifesta esse autor seu ponto de vista, sob o título *Do amor como Valor Jurídico*:

O amor é um valor vital, estético, metafísico, ético, social, jurídico como consequência. O sistema jurídico, aberto, permite certa permeabilidade do amor. Daí se caracterizar também como valor jurídico. Se o amor pode sacudir as estruturas sociais e estas só mantém estabilidade pelo direito, então amor e direito se aglutinam no sistema jurídico, formando o valor jurídico.<sup>50</sup>

Aliás, e em coletânea destinada à consideração do *cuidado* como *valor jurídico*, cujo sétimo volume foi recentemente publicado, o anterior, editado em 2016, teve em consideração justamente a *afetividade*, pela relevância que possui.

<sup>49</sup> *Curso de axiologia jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 92-93, n. 4.28.

<sup>50</sup> *Curso de axiologia...*, cit., p. 92-94, n. 4.28.

De se considerar, ademais, e quanto ao valor social do amor e conforme também Silvio de Macedo, que:

[...] além de ser um valor ético, sagrado, e um valor metafísico, é também um valor social: no sentido em que ele aglutina os demais valores para a formação de uma realidade afetiva, apresentando um lado experimental ao lado do seu possível halo de mistério e transcendentalidade, podendo ser buscado e encontrado na convivência humana, portanto num contexto conflitivo bastante evidente e de realização.<sup>51</sup>

Por fim e após acentuar ter sido talvez e apenas São Tomás de Aquino a admitir “[...] o amor em nível gnoseológico”, aponta como o item de número 9 das conclusões a que chega, o fato de que:

[...] O amor (valor afetivo, emocional) alimenta a estabilidade (valor jurídico). Ingressando o amor no sistema jurídico aberto, constitui um valor jurídico específico. Sacudindo as estruturas sociais estagnadas, o amor ajuda a renovar o sistema jurídico, gerando assim uma espécie de valor jurídico.<sup>52</sup>

Ainda e conforme Gofredo Telles Júnior:

[...] Em verdade, o amor constitui, no ímo da consciência de legisladores e intérpretes, a matriz silenciosa, o submerso manancial, a inspiração geradora da Disciplina da Convivência. É a origem mais pura, mais profunda da legislação: a causa das suas causas. É a fonte natural do Direito.<sup>53</sup>

Embora a legislação concernente ao direito de família não refira o *amor* ou o *afeto* como necessário à validade dos institutos e relações sobre as quais dispõe, enuncia o CC, no seu art. 1.511, estabelecer o

---

<sup>51</sup> *Curso de filosofia social*. 2. ed. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1977. p. 46, n. 3.5.1.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, p. 94, n. 4.29.

<sup>53</sup> O primeiro mandamento. In: TELLES JÚNIOR, Godofredo. *Estudos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 7.

*casamento comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, enquanto e conforme o art. 1.565, caput, os integrantes do casal, assumem, mutuamente, a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.*

Reconhece o art. 1.723, por outro lado e *como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*, referindo o ECA, por sua vez, a necessidade de existir afeto entre adotante(s) e adotado(s), podendo-se extrair como lógica conclusão a dirigida a que, embora não usando de forma expressa a palavra amor ou outra que possa tanto significar, considerou o legislador, seja no referente às relações pessoais, seja no tocante às pertinentes aos pais e filhos, biológicos (cf. a respeito o disposto na legislação aplicável)<sup>54</sup> ou não, a sua existência, como forma de reforço às relações entre os envolvidos em situações tais, inclusive por elas produzirem efeitos jurídicos pessoais e mesmo patrimoniais de amplo aspecto e que devem ter fundamentos sociais e psicológicos robustos.

Por isso mesmo e referindo-se à CF de 1986 e a perspectiva por ela instituída com a abertura no tocante ao conceito de família, acentua Luciano Silva Barreto:

Diante deste novo aspecto, o modelo de família tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar que, em consonância com o artigo 226, torna-se uma comunidade fundada na igualdade e no afeto. Esta nova estrutura foi propiciada pela Constituição Federal de 1988, que trouxe nova base jurídica para auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais com a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios também foram transportados para a seara do Direito de Família e a partir deles foi transformado para o conceito de família, que passou a ser considerada uma união pelo amor recíproco.<sup>55</sup>

De modo que o preâmbulo da CF, já referido, quando alude à liberdade, ao “bem-estar, igualdade e justiça como valores supremos

<sup>54</sup> Além de outras disposições, já referidas no texto do artigo, podem ser citados os arts. 1.566, 1.583 e segs., 1.596 e segs., 1.618 e segs., 1.630 e segs., 1.724, 1.726, dentre outros, que, de uma maneira ou de outra, têm razão de ser no vínculo afetivo entre os que dizem respeito tais regras.

<sup>55</sup> Evolução. Histórica..., cit., p. 211.

de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e tendo como alicerces a cidadania e a dignidade da pessoa humana”, acabou por impor ao judiciário, mesmo sem expresse regramento em casos específicos a, no verdadeiro laboratório em que se constitui e tendo em conta a realidade de que a vida ultrapassa o direito, realizar o exame de circunstâncias imprevistas legislativamente, mas cuja consideração seja necessária, com fundamento em princípios jurídicos maiores, um dos quais e que merece sempre relevo, o da *dignidade da pessoa humana*.

Por isso mesmo e ao receber pleito dirigido ao exame sobre a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o STF afirmou o que consta na ementa que segue:

Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212).

Teve em conta a Suprema Corte, então, que:

[...] A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos cos-

tumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969.

Na esteira desse julgamento e examinando a possibilidade do *casamento entre pessoas do mesmo sexo*, não destoou o STJ, afirmando, no quanto de interesse:

Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o **casamento entre pessoas do mesmo sexo**, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao **casamento** homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar (REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012).

Disso advém, como lógico e nessa hipótese ter-se como incidentes os enunciados dos arts. 1.511 e 1.565, já aludidos.

Sem divergência, ademais, admitiu o mesmo Superior Tribunal de Justiça a *adoção por pessoas do mesmo sexo*:

Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1º da lei 12.010/09 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deferimento da medida. Recurso especial improvido. (Resp 889.852/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta turma, julgado em 27/04/2010, dje 10/08/2010).

Afora isso e na linha de abertura quanto à família e os princípios e normas jurídicos, admitiu o judiciário gaúcho a aplicação do instituto da *putatividade*, previsto para o casamento, relativamente à união estável:

**Ementa:** Apelação cível. União estável putativa. Partilha de bens. Majoração de alimentos. Apelação Autora Reconhecimento da união A confissão da apelante de que ficou sabendo somente “no processo” que o apelado estava em processo de separação com a esposa do Tocantins, as idas e vindas do réu, a distância entre os estados da federação e o processo de separação do casamento; corroboram a tese de que a apelante não sabia que o réu era casado, vivendo uma “união estável putativa”, a qual, em analogia ao “casamento putativo”, deve receber as consequências jurídicas similares às da união estável. Precedentes jurisprudenciais. Partilha de bens. Não vindo prova da propriedade imobiliária adquirida no curso da união, viável a partilha somente dos direitos decorrentes de contrato particular de compra e venda de imóvel. Parcialmente provido o recurso no ponto. Alimentos à filha do casal O valor dos alimentos em dois salários mínimos é adequado, pois não se sabe exatamente qual é a possibilidade econômica do alimentante, bem como se trata de valor razoável, em face das necessidades normais de uma menina de 10 anos. Desprovido no ponto. APELAÇÃO RÉU – Alimentos Considerando que o Apelante pagou à Alimentanda o valor equivalente a 02 (dois) salários mínimos desde que foram fixados provisoriamente nos autos, e os sinais da sua riqueza apontam ter condições de suportar tal importância, não há razão para reduzir o valor arbitrado na sentença. Logo, deve ser confirmada a sentença relativamente à pensão alimentícia de 02 salários mínimos. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA AUTORA E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU. (Apelação Cível Nº 70060165057, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/10/2014).

**Ementa:** Apelação cível. União estável. Casamento. Separação fática. Boa fé. União estável putativa. 1. A apelada alegou ter vivido em união estável com o falecido por cerca de 19 anos, residindo com ela sob o mesmo teto em São Gabriel, e com ele teve duas filhas. De outro lado, as apelantes sustentam que ele se manteve casado até o óbito,



mantendo residência com a esposa em Passo Fundo. 2. Não ficou cabalmente demonstrado que, não obstante a vida profissional, social e familiar que o de cujus tinha em São Gabriel, ele tivesse mantido hígido e sem qualquer ruptura fática seu casamento. A prova por vezes se mostra dúbia e insuficiente, corroborando uma e outra das teses alegadas. 3. E, ainda que assim não fosse, diversamente do que sustentam as apelantes, o caso admite o reconhecimento da união estável putativa, autorizando que, excepcionalmente, à semelhança do casamento putativo, se admita a produção de efeitos à relação fática, pois a autora foi tomar conhecimento da condição de casado do falecido quando a segundo filha já contava 09 anos de idade, evidenciando sua boa-fé. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível N° 70060286556, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 25/09/2014).

No STJ, idêntica solução se adotou:

Agravo em recurso especial n° 404.954-RJ (2013/0326319-0). Relator: MINISTRO SÉRGIO KUKINA. Agravante: Rioprevidência - Fundo único de previdência social do estado do Rio de Janeiro. Decisão. Trata-se de agravo manejado contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, a, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Apelação cível ação de reconhecimento de união estável provas oral e documental que atestam a convivência contínua, duradoura e pública do ex-servidor com as duas mulheres, uma das quais, a autora, foi com ele casada, advindo-lhes dois filhos comuns. Conviventes de boa fé, ambas acreditando que constituíam a única célula familiar do ex-servidor, demonstrando desconhecer a existência uma da outra no papel de companheira. Evidenciada a existência das uniões concomitantes que, consoante as características apresentadas nestes autos, afastam a semelhança com o concubinato

impuro. Relacionamento único, estável, duradouro e que preencheu os requisitos legais por mais de cinco anos. Configurada a união estável putativa. Recurso parcialmente provido.

Nota-se, portanto, ter sido o judiciário conduzido a dirigir o olhar a uma nova direção, em sua missão interpretativa da CF e da legislação, por conta do que de novo ocorreu na sociedade e a maneira de agir dos cidadãos, ensejando uma alteração visceral quanto ao entendimento jurisprudencial sobre as questões enunciadas, daí resultando um novo pensamento doutrinário sobre a forma de enxergar a família e as várias circunstâncias a ela inerentes.

De um significado restrito quanto ao sentido da *família*, tiveram tanto o legislador quanto o judiciário de aceitar a necessidade de admiti-la não em moldura redutora, mas de forma ampla e a permitir a pluralidade quanto ao seu feitio e circunstâncias, sem interferir, contudo, na significação que ela tem como instituição, sob o aspecto sócio-psicológico e antropológico, bem como o ético.

Pode-se afirmar, com Jamile Saraty Malveira, que:

[...] O conceito de família atravessou os séculos inventando história, mudando situações, destruindo antigos paradigmas, encarnando um papel de verdadeira 'metamorfose ambulante', corroborada por mudanças comportamentais consistentes. Também pudera, confunde-se com a própria existência do homem e, por isso, ditas as regras da sociedade. De forma didática é possível traçar um paralelo entre a concepção das famílias contemporâneas com o brinquedo Lego. Isto porque, em virtude do escopo precípua que ela carrega, qual seja, o de felicidade, surgiram várias formas de constituição da família com fito de atender às necessidades especiais de cada indivíduo. Assim, o conceito de família atualmente tem um único pressuposto que é o afeto, mas guarda uma infinidade de peças independentes que podem ser encaixadas ao bom alvitre dos sujeitos que fazem parte de um mesmo grupo familiar [...],

porquanto

[...] A construção de novos paradigmas sempre é estabelecida pelas mudanças sociais, o maior desafio é abarcar todas essas vertentes no plano jurídico, reconhecendo direitos garantindo a dignidade. O diálogo entre as disciplinas, nomeadamente entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, bem como os Direitos Humanos, é imprescindível, porém, a contribuição da história e da sociologia se faz importante para a construção do contexto social atual. Entretanto não é fácil agir sozinho. Uma iniciativa mais incisiva do Legislativo e do Executivo na aprovação e promulgação de leis que favoreçam a ordem e paz social já contribuiria para o abrandamento desta problemática. Sugere-se, portanto, uma ação conjunta dos três poderes na tentativa de se alcançar os instrumentos jurídicos das mudanças constantes da sociedade contemporânea.<sup>56</sup>

Sem permitir o olvido quanto a tal e também percebendo que o amor pode se dar entre pessoas do mesmo sexo, a sociedade e o judiciário acabaram reconhecendo situação que tal, seja para a união estável, seja para a adoção e, mais recentemente, para o casamento, conforme a pesquisa à jurisprudência permite inferir.

Não bastando o até aqui referido, deve-se assinalar que até a possibilidade de uniões amorosas paralelas já foi submetida ao pretório<sup>57</sup>.

Cite-se, quanto a isso, julgado do TJRS:

**Ementa:** Apelação cível. Reconhecimento de união estável paralela ao casamento e outra união estável. União dúplice. Possibilidade. Partilha de bens. Meação. “Triação”. Alimentos. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso

<sup>56</sup> “A família lego”: as várias formas de constituição das famílias contemporâneas e os desafios enfrentados pelo direito brasileiro na construção de novos paradigmas. Consultado na internet em 22 ago. 2015, às 17h15.

<sup>57</sup> Cf. Rolf Madaleno, *Novos horizontes no direito de família*, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2010, p. 118 e ss.

em que se reconhece a união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em “triação”, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verificando em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. Eventual período em que o réu tiver se relacionado somente com a apelante, o patrimônio adquirido nesse período será partilhado à metade. Assentado o vínculo familiar e comprovado nos autos que durante a união o varão sustentava a apelante, restam demonstrados os pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, as necessidades de quem postula o pensionamento e as possibilidades de quem o supre. Caso em que se determina o pagamento de alimentos em favor da ex-companheira. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022775605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 07/08/2008).

**Ementa:** Apelações cíveis. União dúplice. União estável. Prova. Meação. “Triação”. Sucessão. Prova do período de união e união dúplice. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento do falecido. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em “triação”, pela duplicidade de vínculos familiares. Negaram provimento ao primeiro apelo e deram parcial provimento ao segundo. (segredo de justiça) (Apelação Cível Nº 70027512763, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/05/2009).

**Ementa:** Embargos infringentes. União estável paralela ao casamento. Reconhecimento. Ainda que o falecido não tenha se separado de fato e nem formalmente da esposa, existindo a convivência pública, contínua, duradoura e o objetivo de

constituir família com a companheira, há que se reconhecer a existência da união estável paralela ao casamento. O aparente óbice legal representado pelo § 1º do art. 1723 do Código Civil fica superado diante dos princípios fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, principalmente os da dignidade e da igualdade. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70020816831, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 14/09/2007).

Note-se, que, embora se possa suscitar questionamento no tocante às uniões paralelas, por conta dos inúmeros posicionamentos a tanto contrários, doutrina e jurisprudência já a admitiram, sendo que o TJMG disto não dissentiu (Ap. Cível n. 1.0017.05.016882-6/003, j. em 20.11.2008, rel. a desembargadora Maria Elza), o que, em princípio, faz com que se inclua a família resultante de tal origem nos limites que a partir de 1988 advieram da CF.

Parelho às uniões conforme as últimas mencionadas, outra forma também acabou se manifestando, consistente ela na vida em comum de um homem com mais que uma mulher, ou vice-versa.

Assim e conforme se constata na internet, “A união estável ‘poliafetiva’ lavrada no interior de São Paulo pela tabeliã Claudia do Nascimento Domingues entre um homem e duas mulheres trouxe à tona um debate que divide juristas e a sociedade. Num momento pós-união estável homossexual, já aceita pela Justiça, até onde vai o conceito de família no Brasil?”, como questionado por Jefferson Puff, da BBC Brasil, em São Paulo, em 28 de agosto, 2012 - 14:22 (Brasília) 17:22 GMT e “na visão da advogada e oficial do cartório de notas da cidade de Tupã, não há lei na Constituição brasileira que impeça mais de duas pessoas de viverem como uma família e a ausência da proibição abre caminho para um precedente”, conforme assinalado na mesma notícia, referindo-se o caso dela objeto a união entre um homem e duas mulheres.

Também no 15º Tabelionato de Notas do Rio de Janeiro, localizado na Barra da Tijuca, lavrou-se escritura com o mesmo objetivo, conforme a mesma notícia, em 22 de outubro de 2015<sup>58</sup>, tratando-se de união envolvendo três mulheres.

<sup>58</sup> Disponível em <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828\\_uniao\\_poliafetiva\\_abre\\_jp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828_uniao_poliafetiva_abre_jp.shtml)>.

Dessarte, infere-se que ao menos no âmbito das serventias de notas, já se pode afirmar presente a hipótese de uniões referentes ao poliamor, em que há a participação de mais que duas pessoas, conforme as situações indicadas, ocorridas em São Paulo e no Rio de Janeiro:

Ao falarmos em família, entramos num vastíssimo campo de incidência de situações anormalizadas, que progressivamente vão aumentando na medida em que se tornam mais complexas as relações interindividuais, se dissipam os princípios éticos e morais de fidelidade e de união e crescem as dificuldades econômicas e de subsistência. (Arnaldo Rizzardo<sup>59</sup>)

4. Relativamente à *multiparentalidade*, foi objeto de consideração pelo STF, a partir do RE 898060, estabelecendo-se tese com o seguinte teor, que bem delimita a conceituação do em que consiste: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Rel. Min. Luiz Fux).

Conforme Ricardo Calderon:

A tese é explícita em afirmar a possibilidade de cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitantemente com uma paternidade biológica, mantendo-se ambas em determinado caso concreto, admitindo, com isso, a possibilidade da existência jurídica de dois pais.<sup>60</sup>

Prosseguindo, acentua, quanto à inteligência a ser dada ao tema:

[...] Resta consagrada a leitura jurídica da afetividade, tendo ela perfilado de forma expressa na manifestação de diversos Ministros. No julgamento da repercussão geral 622 houve ampla aceitação do reconhecimento jurídico da afetividade pelo

<sup>59</sup> *Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.

<sup>60</sup> *Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>.

colegiado, o que resta patente pela paternidade socioafetiva referendada na tese final aprovada. A afetividade inclusive foi citada expressamente como princípio na manifestação do Ministro Celso de Mello, na esteira do que defende ampla doutrina do direito de família. Não houve objeção alguma ao reconhecimento da socioafetividade pelos ministros, o que indica a sua tranquila assimilação naquele tribunal. [...]

Para o citado civilista, ademais:

[...] a necessidade da compreensão e de um tratamento jurídico escorreito da afetividade se impõe, conforme já sustentamos em obra sobre o tema. Cabe avançar nos contornos da afetividade a partir das balizas conferidas pelo direito brasileiro. Nesse sentido, a tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal parece, de alguma forma, contribuir para uma adequada significação jurídica da afetividade e dos seus consectários,

devendo ser realçado, consoante pontua:

[...] o reconhecimento da presença no cenário brasileiro de ambas as paternidades, socioafetiva e biológica, em condições de igualdade jurídica. Ou seja, ambas as modalidades de vínculo parental foram reconhecidas com o mesmo status, sem qualquer hierarquia apriorística (em abstrato). Esta equiparação é importante e se constitui em um grande avanço para o direito de família. A partir disso, não resta possível afirmar aprioristicamente que uma modalidade prevalece sobre a outra, de modo que apenas o caso concreto apontará a melhor solução para a situação fática que esteja em análise.

Como o quanto se vem aludindo respeita à condição da família no âmbito de nosso país, é de interesse a averiguação do que, em termos de novidade, possa estar ocorrendo no exterior, porquanto e no futuro, o mesmo poderá se dar no Brasil, alterando-se, fundamentalmente, o

conceito de família, em face de ser preciso, primeiro com fulcro em critério humanitário e também ante o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Sabemos o que somos, mas não sabemos o que poderemos ser.  
(Shakespeare)

5. Por primeiro cabe a menção à uniões envolvendo pessoa hermafrodita, situação que não é desconhecida do sistema jurídico alemão.

Com efeito e a teor do quanto noticiado pela BBC, em 20 de agosto de 2013<sup>61</sup>, “A partir de 1º de novembro, a Alemanha oferecerá aos pais três opções para registrar seus filhos: ‘masculino’, ‘feminino’ e ‘indefinido’”, constando na publicação o a seguir transcrito:

A nova lei foi aprovada em maio, mas seu teor só foi divulgado agora. Com isso, a Alemanha passa a ser o primeiro país europeu a oficializar o terceiro gênero.

Essa mudança é uma opção para pais de bebês hermafroditas, que nascem fisicamente com ambos os sexos.

A nova legislação abre a possibilidade de a criança, ao se tornar adulta, escolher posteriormente se prefere ser definida como homem ou mulher. Ou mesmo seguir com o sexo indefinido pelo resto da vida.

Questões indefinidas

Na Alemanha, alguns jornais disseram que a mudança é uma “revolução legal”. No entanto, a lei não prevê como a escolha do sexo indefinido é refletida em documentos como o passaporte, onde existe apenas escolha entre “M” e “F”. A revista alemã de direito familiar FamRZ sugere que a opção de sexo indefinido seja marcada com a letra “X”.

A nova lei é amparada em uma decisão do tribunal constitucional alemão que estabeleceu que pessoas que se sentem profundamente identificadas com um determinado gênero têm o direito de escolher seu sexo legalmente.

---

<sup>61</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820\\_alemanha\\_terceiro-sexo\\_dg](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820_alemanha_terceiro-sexo_dg)>.



Outro assunto ainda a ser definido é matrimônio. A lei alemã só permite atualmente casamentos entre homens e mulheres, o que não contempla pessoas de gêneros indefinidos.

Poucos países no mundo possuem legislações sobre terceiro sexo.

A Austrália aprovou uma lei há seis semanas, mas desde 2011 os australianos já têm o direito de identificar-se com o sexo “X” no passaporte. Na Nova Zelândia, isso é possível desde 2012.

O correspondente da BBC na Alemanha, Demian McGuinness, afirma que ainda há outros pontos em aberto. No caso de uma pessoa de sexo indefinido ser presa, em qual presídio ela seria detida?

O grupo de direitos de pessoas transgêneros Transgender Europe vê avanços na legislação alemã, mas reivindica mais mudanças.

“É [uma mudança] lógica, mas não é uma lei tão progressista como gostaríamos que fosse”, disse Richard Köhler, do Transgender Europe. Ele diz que a lei só contempla bebês que tiveram diagnóstico médico de hermafroditismo.

A entidade quer que as pessoas possam ter o direito de deixar a opção de gênero em branco, sem precisar se quer se declarar “indefinido”.

Não bastando, também segundo o quanto se refere na sequência:

Outros países que, surpreendentemente reconhecem o 3º gênero são **Índia** e **Nepal**. Um grupo indiano apresentou, em 2012, um recurso à Suprema Corte exigindo direitos iguais para as pessoas transgêneras no país. Entre os ativistas, estava um eunuco (homem que por alguma razão teve seus testículos e/ou pênis removidos) chamado Laxmi Narayan Tripathi, que se declarou pela primeira vez orgulhoso por ser indiano, em Nova Deli, em abril de 2014, quando a decisão foi anunciada.

Já no Nepal, que trouxe à questão à tona bem antes, em 2011, foi incluída no censo uma terceira opção para definição de sexo nas pesquisas. Depois do fim da monarquia em 2008, o país considerava crime relações sexuais entre pessoas do mesmo

sexo, então é surpreendentemente positiva essa notícia vinda de lá enquanto ainda temos tantos políticos brasileiros travando batalhas por questões mais simples que essa.

A questão é discutida há cerca de duas décadas, então ainda tem muito chão pela frente pra que esse tiro não saia pela culatra. Quando uma criança de sexo indefinido for pra escola, qual banheiro ela deve usar? O feminino ou o masculino? O terceiro banheiro ainda não está previsto em lei, então, amiguinhos, o buraco é mais embaixo (sem nenhuma conotação sexual dessa vez, tá?). Mas não podemos negar que esse é um grande passo! Com a identificação no documento garantida por lei, esses cidadãos tem acesso mais livre e sem constrangimento a serviços públicos e privados, como abrir conta em banco, fazer passaporte, comprar imóvel e, porque não, arranjar emprego? O reconhecimento do terceiro gênero é uma conquista e tanto da comunidade LGBT.

No Brasil, a ideia vem ganhando força entre estudiosos e ativistas do movimento LGBT. Há um projeto de lei dos deputados Jean Wyllys e Érika Kokay que propõe que toda pessoa possa desenvolver livremente sua identidade de gênero e que ela seja reconhecida em sua documentação pessoal. O texto está aguardando análise na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, ou seja, a gente tem que contar com o Feliciano.<sup>62</sup>

Nos Estados Unidos, um Tribunal do Oregon teve a oportunidade de sobre o tema se manifestar, conforme noticiado em <http://opiniao-noticia.com.br/internacional/tribunal-do-oregon-autoriza-identificacao-terceiro-genero/>, conforme aí noticiado e que também se pede licença para referir:

A juíza Amy Holmes Hehn, do estado americano de Oregon, concedeu uma petição a uma pessoa para que ela seja classificada com o gênero “não-binário”. A classificação é dada para aqueles que não

---

<sup>62</sup> Acesso na internet em 3 nov. 2017, sob o título “3º gênero já é reconhecido na Alemanha, Austrália e Índia”.

se identificam exclusivamente com o gênero masculino ou feminino. Para advogados e especialistas legais, a medida é um avanço importante para os americanos transgêneros enquanto os direitos civis e questões de identidade sexual ocupam o centro das atenções.

Kris Hayashi, diretor executivo do Centro de Advocacia Transgênero em Oakland, na Califórnia, descreveu a decisão como um “passo histórico para o reconhecimento governamental dos membros não-binários de nossa comunidade e para garantir que eles terão acesso a documentos de identidade que refletirão quem eles são, assim como qualquer pessoa”.

O requerente da nova designação de gênero é Jamie Shupe, um sargento aposentado do Exército dos Estados Unidos. Jamie, que prefere ser chamado apenas por seu primeiro nome, nasceu com a fisionomia masculina, mas em 2013, aos 49 anos, decidiu iniciar seu processo para mudar seu gênero para o feminino.

Após passar por tratamentos hormonais e se mudar de Pittsburgh - cidade que considerava hostil com a comunidade transgênero - para Portland, fez o requerimento para que pudesse ser reconhecido como não-binário.

As leis do estado de Oregon não proíbem a escolha de gênero masculino ou feminino. Por décadas, o processo legal para a mudança de sexo tem sido similar ao processo de mudança de nome, afirma o advogado Lake Perriguy, que representou Jamie.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> A judge in Oregon has granted a petition allowing a person to legally choose neither sex and be classified as nonbinary: an important development for transgender Americans while civil rights and sexual identity are in the national spotlight, advocates and legal experts said.

Though the petition was granted with little fanfare in a [two-paragraph decision](#) on Friday, the experts said that, to their knowledge, the ruling was the first of its kind in the country.

Kris Hayashi, executive director of the [Transgender Law Center](#) in Oakland, Calif., described the decision in an email as a “historic step” toward the government’s recognizing “nonbinary members of our community and ensuring they have access to identity documents that reflect who they are, just like everyone else.”

The petitioner seeking the new designation, Jamie Shupe of Portland, Ore., is a retired United States Army sergeant born with male anatomy who had successfully battled the military to be given discharge papers that reflected the female sex.

Advertisement

Continue reading the main story

Se o judiciário brasileiro ainda não se deparou com hipótese que tal, nada impede que, no futuro, os juízes a ela sejam apresentados, não sendo impossível, também, que a própria sociedade se movimente com vistas à regulamentação do tema, pelo poder a tanto competente, de forma a dar efetividade ao postulado igualitário e em respeito à dignidade humana.

Por isso, a referência a circunstância que tal, ao constatar o autor as notícias a respeito existentes na internet e a possibilidade de, no futuro e como já ocorrido em outros países, ver-se a cidadania brasileira frente à mesma circunstância, ser necessária sua consideração.

### Concluindo (por enquanto...)

“Não importa ao tempo o minuto que passa,  
mas o minuto que vem.”

(Machado de Assis)

Assim, e se a CF referiu o casamento, a união estável e a família monoparental como constitutivos da instituição familiar, a sociedade impôs alterações aos costumes que conduziram a situações outras e que demonstram ainda a existência de alternativas diversas, como reconhecido pela jurisprudência, doutrina e a própria legislação, sendo que no âmbito notarial também já se percebe, como visto, situações outras e também inseridas no feitiço familiar, sem que, com isto, se afirme o fim da entidade a tanto correspondente ou que esteja ela em crise, ocorrendo, em verdade e na correta visão de Ney de Mello Almada,”[...] uma transição conceitual [...] que, de estabilizada por tradicionais moldes, entrou, nas derradeiras décadas, a experimentar trepidantes mutações.<sup>64,65</sup>

---

Jamie – who prefers to use only a first name and the pronouns “they” and “their,” instead of singular pronouns – underwent hormone treatments to transition to a woman. But ultimately, neither sex fit, Jamie said in an interview on Friday.

([https://www.nytimes.com/2016/06/14/us/oregon-nonbinary-transgender-sex-gender.html?emc=edit\\_th\\_20160614&nl=todaysheadlines&nid=67219659&r=0](https://www.nytimes.com/2016/06/14/us/oregon-nonbinary-transgender-sex-gender.html?emc=edit_th_20160614&nl=todaysheadlines&nid=67219659&r=0))

<sup>64</sup> O direito de família sob a ótica de quem julga. *Revista Literária de Direito*, ano I, n. 3, p. 9 e ss.

<sup>65</sup> “Una cosa es fomentar las uniones matrimoniales, privilegiando a la familia por vía de mecanismos institucionales y económicos idóneos para ello. Otra distinta desconsiderar situaciones como la que atendemos, invocando el rigor de normas morales exaltadas como axiomas intangibles. Tal absolutización de la norma moral importa más bien una permanencia de principios estoicos antes que crinianos. En el derecho natural cristiano la justicia es rectificada por el amor” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Daños derivados de la muerte del concubino o concubina. In: BUERES, Alberto J. (dir.). *Responsabilidad por daños* – homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 119-134.).

Se é fato que para muitos a inserção de uma nova forma de constituição da família possa fugir à moral e aos bons costumes necessários aos padrões que adotem, a realidade da vida e as transformações impostas à sociedade acabam por conduzir a novas situações, sem que possam ser tidas como imorais ou eticamente adversas ao que se possa considerar como caracterizando a família.

De se ponderar, quanto a isso, que:

[...] Una cosa es fomentar las uniones matrimoniales, privilegiando a la familia por vía de mecanismos institucionales y económicos idóneos para ello. Otra distinta desconsiderar situaciones como la que atendemos, invocando el rigor de normas morales exaltadas como axiomas intangibles. Tal absolutización de la norma moral importa más bien una permanencia de principios estoicos antes que cristianos. En el derecho natural cristiano la justicia es rectificadora por el amor.<sup>66</sup>

Não se há considerar, em realidade, a existência, na atualidade, de *famílias*, porquanto a instituição familiar é única, variando unicamente as formas pelas quais venha a ser constituída.

Importante, sim, e como corretamente enuncia Cristiano Chaves de Farias, é a consideração a que, "A sociedade contemporânea aberta, plural, dinâmica, multifacetária e globalizada não permite mais a afirmação de um modelo fechado de estruturação familiar"<sup>67</sup>.

Adverte o mesmo doutrinador, ainda, que:

[...] a psicóloga e terapeuta familiar CRISTINA DE OLIVEIRA ZAMBERLAM dispara que "nunca antes as coisas haviam mudado tão rapidamente para uma parte tão grande da humanidade. Tudo é afetado: arte, ciência, religião, moralidade, educação, política, economia, vida familiar, até mesmo os aspectos mais íntimos da vida – nada escapa".

<sup>66</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Daños derivados de la muerte del concubino o concubina. In: BUIRES, Alberto J. (dir.). *Responsabilidad por daños* – homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 119-134

<sup>67</sup> *Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22426/direito\\_constitucional\\_familia.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22426/direito_constitucional_familia.pdf)>.

A pluralidade, dinâmica e complexidade dos movimentos sociais (multifacetários) contemporâneos trazem consigo, por óbvio, a necessidade de renovação dos modelos familiares até então existentes. Os casamentos, divórcios, recasamentos, adoções, inseminações artificiais, fertilização *in vitro*, clonagem, etc., impõem especulações sobre o surgimento de novos *status* familiares, novos papéis, novas relações sociais, jurídicas e afetivas.

Embora o art. 226 da CF se refira apenas ao casamento, à união estável e a entidade familiar, deixou o constituinte claro o reconhecimento sobre não só a possibilidade quanto à necessidade de admitir e dispor sobre entidades familiares distintas da que até então se admitia no sistema jurídico nacional e que era a concernente ao casamento, sendo de ver-se que ainda com tal restrição, os Tribunais não se sentiam impedidos de apreciar as questões que lhes eram submetidas e atinentes ao concubinato, inclusive reconhecendo os eventuais direitos de quem houvesse proposto a ação a isto tendente, com base nos princípios gerais de direito e o que a legislação contivesse e pudesse a tal situação ser aplicada.

Da abertura constitucional de 1988 e da mesma forma que os Tribunais haviam logrado defender os direitos resultantes do concubinato, viram-se os juízes obrigados a enfrentar temas novos e que a sociedade, ante as inovações constitucionais, ainda que limitadas, passou a exigir, disto decorrendo o reconhecimento a situações antes não apresentadas ao Judiciário.

Assim, não há questionamento quanto ao fato de o STF ter reconhecido a união estável homossexual e o STJ o casamento entre pessoas do mesmo sexo como resultado influxo social objetivando a admissão e o reconhecimento a situações outras, quanto às quais, inclusive, não há proibição, acabando por tanto a doutrina quanto a jurisprudência curvar-se à necessidade de dar-lhes o reconhecimento jurídico, muitas vezes a segunda antecedendo primeira, até porque e de acordo com Gide, “[...] escrava da lei quando a lei fala, a jurisprudência deve, no silêncio do texto legal, seguir e secundar o progresso incessante das idéias e dos costumes”<sup>68</sup>.

Assim, e cumprindo o papel que lhes cabe, não só de aplicar a lei como também de suprir as omissões acaso nela existentes, e em

<sup>68</sup> Apud Edgard de Moura Bittencourt, *Concubinato*, São Paulo, LEUD, 1980, p. 10, n. 10.

intensa atividade laboratorial, procuraram os juízes suprir as lacunas e corrigir as distorções que entenderam haver no sistema legislativo.

Por isso mesmo, e se é preciso que o direito e sua interpretação se adaptem à realidade do momento, também o STF afirmou, em antigo mas sempre atual julgado, sobre a necessidade de “[...] adaptar nossa jurisprudência ao mundo em que vivemos”<sup>69</sup>, inclusive porque e como escrito por Machado de Assis, “O homem é um alfabeto de sensações” sendo que “cada qual sabe amar ao seu modo; o modo pouco importa; o essencial é que saiba amar” e “o coração humano é a região do inesperado”. Afinal e consoante o mesmo autor, “não se deliberam sentimentos; ama-se ou aborrece-se, conforme coração quer”.

Especialmente em relação ao direito de família, a CF trouxe um avanço não imaginado e ainda que objeto de crítica de parte daqueles que tinham e mesmo têm pensamento retrógrado, tanto a doutrina mais atual quanto a jurisprudência conseguiram se adaptar a essa nova realidade, inclusive porque e como salientado por Cristiano Chaves de Farias:

[...] São diversas as inquietantes questões que se apresentam no ambiente familiar moderno, gerando perplexidades. A sociedade contemporânea aberta, plural, dinâmica, multifacetária e globalizada não permite mais a afirmação de um modelo fechado de estruturação familiar<sup>70</sup>.

Se a vida atropelou a CF, conduzindo a que os pretórios tivessem que examinar situações novas e surpreendentes, isto serve a indicar, como escrito por Marcos Colares, invocado por Chaves de Farias, que:

[...] há algo de novo no Direito de Família: a vontade de vencer os limites ridículos da acomodação intelectual. Porém, tudo será em vão sem a assunção pela sociedade – enquanto Estado, comunidade acadêmica, organizações não governamentais – de uma postura responsável em relação à família – *lato sensu*. Transformando o texto da Constituição Federal em letra viva<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 249, p. 607.

<sup>70</sup> Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 03, 2002.

<sup>71</sup> *Direito...*, cit., loc. ref.

O fato de em relação a determinadas situações ter sido a CF clara, dispondo o que entendeu adequado, não afasta a possibilidade de outras situações serem submetidas ao sistema jurídico existente, em interpretação aberta e que procure o resultado de melhor adequação a cada fato.

Como pondera Luiz Edson Fachin, “O presente plural, exemplificado na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna com o respeito à diversidade, e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade”<sup>72</sup>.

Em sendo assim e se a família, na adequada acepção de Gustavo Tepedino, deve ser considerada “[...] como ponto de referência central do indivíduo na sociedade, uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social”<sup>73</sup>, dúvida não existe, respeitado o entendimento diverso, sobre não ser apropriado falar-se em *famílias*, mas, sim, *família*, variando apenas a forma como tenha sido constituída, conforme o contexto em que tal tenha se dado e as condições adotadas pela sociedade, segundo os influxos por ela recebidos e os hábitos disso advindos.

Entrando no início do encerramento deste texto, tem-se como adequado invocar o escrito por Paulo Silvino Ribeiro:

[...] é importante considerar que, se a família é a base ou início do processo de socialização dos indivíduos, o que se torna fundamental é que ela seja estruturada de tal forma que o relacionamento entre seus integrantes seja pautado na harmonia e respeito entre seus pares, dada a importância e influência que tal grupo exerce na vida de cada um. Logo, ao pensar na família enquanto grupo não se trata aqui de fazer uma apologia ao modelo do passado ou ao do presente, mas de propor a reflexão quanto aos desdobramentos de sua conformação e de suas transformações, uma vez que suas características refletem a sociedade de seu tempo, o que faz dela (da família) um fenômeno social<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> *Elementos críticos de direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

<sup>73</sup> *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 326.

<sup>74</sup> Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/familia-nao- apenas-um-grupo-mas-um-fenomeno-social.htm>>.



Finalizando, cabe mencionar a apropriada assertiva de Luiz Fernando Veríssimo, que tem tudo a ver com o que foi exposto, especialmente no tocante às circunstâncias constitucionais incidentes no assunto, sem importar a forma como o ente familiar se constitua, mas o relevo que se dê à *igualdade, solidariedade, fraternidade, ausência de preconceitos* quanto à maneira como se forma e, principalmente, o respeito e consideração e à dignidade humana de cada um daqueles que o integram e ao *exercício dos direitos* por cada qual: “A família não nasce pronta; constrói-se aos poucos e é o melhor laboratório do amor. Em casa, entre pais e filhos, pode-se aprender a amar, ter respeito, fé, solidariedade, companheirismo e outros sentimentos”.

Afinal, deve-se levar em conta, como referido por Erich Fromm, que, “O amor é filho da liberdade, jamais da dominação” e, conforme Alvin Tofler, “O futuro é construído pelas nossas decisões diárias, inconstantes e mutáveis, e cada evento influencia todos os outros”.

# Separação judicial e a Emenda Constitucional nº 66/2010

*Cássio Mahuad*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

“O descontentamento é o primeiro passo na evolução de um homem ou de uma nação”

(Oscar Wilde)

**Sumário:** Introdução. 1. Formas de extinção da família matrimonial. 2. Doutrina. 3. Análise no âmbito da Justiça. Conclusão. Bibliografia e sites.

## 1. Formas de extinção da família matrimonial

A separação judicial é instituto do Direito Civil que possibilita o fim da sociedade conjugal, em virtude de acordo entre os cônjuges ou de intervenção judicial, mas sem rompimento do vínculo matrimonial.

Lidia Caldeira Lustosa Cabral esclarece<sup>2</sup>:

entendem os doutrinadores que a separação judicial tem por consequência terminar apenas a sociedade conjugal, pondo fim aos deveres recíprocos entre os cônjuges e ao regime de bens. Por manter-se o vínculo conjugal em suspenso, o mesmo poderá ser restabelecido com simples petição no processo de separação judicial. A separação judicial, enquanto causa terminativa, não permite a convolação de novo casamento, por manter intacto o vínculo conjugal.

<sup>1</sup> Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

<sup>2</sup> CABRAL, Lidia Caldeira Lustosa. Separação judicial. Um instituto jurídico derogado? *R. EMERJE*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 121, out.- dez. 2011.

Já o divórcio é instituto que dissolve o próprio casamento. Débora dos Santos Silva e Helder Baruffi<sup>3</sup>, citando Manoel Messias Veiga, explicam que:

o divórcio é o rompimento absoluto do vínculo matrimonial e da sociedade extinta, cessando a eficácia do casamento válido para habilitar de novo os cônjuges a convolarem núpcias. Em sentido amplo é a liberdade reposta às partes para o casamento novo. É o *divortium quoad vinculum*.

A Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 226, parágrafo 6º, reduziu os prazos essenciais à concessão do divórcio (um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato), mantendo o entendimento de que a extinção do casamento não poderia depender apenas da vontade dos cônjuges: os prazos eram necessários a uma maior reflexão, em evidente busca de preservação da entidade familiar, base de toda a formação social.

Nos anos que seguiram a promulgação do Código Civil de 2002, o qual também regulou a separação judicial para dissolução da sociedade conjugal e o divórcio para extinção do vínculo matrimonial<sup>4</sup>, novas normas vieram visando à desburocratização do fim do casamento, como reflexo da evolução social e do prestígio do princípio da autonomia privada, por meio do qual se pode decidir sobre manter-se casado ou não, sem a interferência estatal: com a Lei n. 11.441/2007, tornou-se possível a realização de separação e divórcio por escritura pública, sem o crivo do Poder Judiciário, mas desde que ausente filho menor ou incapaz:

Art. 3º A Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:

<sup>3</sup> SILVA, Débora dos Santos; BARUFFI, Heder. Casamento e divórcio: algumas reflexões em torno da Emenda Constitucional n. 66/2010. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, v. 11, n. 2, p. 435 e p. 436, jul./dez. 2011.

<sup>4</sup> A previsão legal dos institutos está no artigo 1.571 do Código Civil:

Art. 1.571 – A sociedade conjugal termina:

I – pela morte de um dos cônjuges;

II – pela nulidade ou anulação do casamento;

III – pela separação judicial;

IV – pelo divórcio.

[...]

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Também com o intuito de facilitação, a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 estabeleceu que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, extirpando, assim, qualquer requisito temporal e possibilitando o fim do vínculo matrimonial no dia seguinte ao do casamento.

A nova redação do artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, trazida com a emenda em questão, que foi proposta pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, após pedido feito pelo IBDFAM<sup>5</sup>, reflete um novo padrão social de comportamento: o de que um casal deve permanecer em vida comum enquanto persistir o interesse de ambos na manutenção do relacionamento, privilegiando-se a autonomia privada e o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da personalidade humana, inclusive no que diz respeito à busca da felicidade. Evidencia, ainda, que o divórcio deixou de ser visto como uma ameaça à família e a sociedade.

Com efeito, pesquisa de 2007 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o IBGE, já indicava que:

---

5 ASCOM IBDFAM. *A trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

As taxa de divórcios, em 2007, quando se completou 30 anos da instituição do divórcio no Brasil, atingiram o seu maior valor na série mantida pelo IBGE desde 1984. A comparação destes dados no período mostra um crescimento superior a 200%. Houve aumento significativo em 1989, em decorrência da alteração que ocorrera no ano anterior reduzindo os prazos mínimos para iniciar os processos, sendo um ano, no caso das separações, e dois anos, no dos divórcios. A elevação das taxas de divórcio, ocorrida no período citado, revela uma gradual mudança de comportamento na sociedade brasileira, que passou a aceitar o divórcio com maior naturalidade e a acessar os serviços de justiça de modo a formalizar as dissoluções que atendem aos critérios estabelecidos: no caso dos divórcios, são dois anos de separação de fato, para os divórcios diretos, ou de um ano após a separação judicial. A opção, em 2007, por realizar os divórcios nos Tabelionatos também foi um fator que impulsionou a taxa desse evento para cima. Foram notificados ao IBGE 28.164 registros dessa natureza, a maior parte deles resolvidos com a rapidez da lavratura de uma escritura pública. Em 2007, os divórcios diretos, isto é, aqueles que não passaram por uma separação judicial anterior, foram 70,9% do total ocorrido no País. A opção por formalizar as dissoluções a partir do divórcio direto tem se mostrado mais ágil por reduzir os trâmites judiciais e o tempo para solução dos casos. Considerando a soma das separações e dos divórcios diretos sem recursos, totalizou-se 231.329 dissoluções ocorridas no ano de 2007. Isto significa dizer que, aproximadamente, para cada quatro casamentos realizados houve uma dissolução<sup>6</sup>.

A justificativa apresentada para o Projeto de Emenda Constitucional nº 33 de 2007, que resultou na Emenda Constitucional nº 66 de 2010, foi a seguinte:

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2007\\_v34.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2007_v34.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2017.

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente.

velmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial<sup>7</sup>.

No mesmo sentido, o parecer relatado pelo Deputado Joseph Bandeira<sup>8</sup>:

Deve existir um limite da intervenção do Estado na vida privada das pessoas, inclusive no que tange à decisão dos cônjuges no sentido de não mais permanecerem casados. Não deve haver discussões, em juízo, sobre a responsabilidade – culpa – pela falência do matrimônio. 4. [...] a lei não deve autorizar a busca de um culpado pela separação.

Como a Emenda n. 66 não revogou expressamente a figura da separação judicial, intenso debate se instaurou na doutrina em torno dos institutos disponibilizados pelo direito brasileiro para extinção do vínculo, o que se refletiu na jurisprudência e será abordado na sequência.

Vale registrar que o instituto existe na maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, ao lado do divórcio<sup>9</sup>, e veio disciplinado no recente Código de Processo Civil brasileiro<sup>10</sup>, o que torna ainda mais atual o debate.

## 2. Doutrina

Doutrinadores, como José Fernando Simão<sup>11</sup>, assumiram o entendimento de que, com a aprovação da EC n. 66, foi abolido de nosso sistema jurídico o instituto da separação de direito, seja ela judicial

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/450217.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/525174.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

<sup>9</sup> BARBOSA, Eduardo. *Divórcio no mundo*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI117788,61044-Divorcio+no+mundo>>. Acesso em: 4 jan. 2017). *Divórcio e separação judicial na Europa* <[http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/divorce-separation/index\\_pt.htm](http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/divorce-separation/index_pt.htm)>. Acesso em: 4 jan. 2017>.

<sup>10</sup> O novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, continuou disciplinando o processo de separação judicial: Capítulo X, artigos 693 e seguintes.

<sup>11</sup> SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio – a revolução do século em matéria de direito de família – a passagem de um sistema antidivorcista para o divorcista pleno. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 17, p. 14-26, ago./set. 2010.

ou extrajudicial, já que se tornou um meio para se alcançar a dissolução do casamento, e não mais um fim em si mesma, diferentemente do que ocorria até 1977, quando o divórcio era proibido e o desquite era a única via por meio da qual os cônjuges, embora mantivessem o vínculo, podiam cessar os deveres conjugais e o regime de bens. Com a oferta constitucional de uma via direta, não existe mais necessidade nem utilidade na separação, a qual, além de tudo, é mais onerosa, já que exige a propositura de duas ações.

Não se trataria da banalização do casamento, mas de maturidade de nosso sistema jurídico, o qual teria, em trinta e três anos, evoluído de “antidivorcista” para “divorcista” com prazos e, finalmente, para “divorcista” sem requisitos. A EC n. 66 refletiria um novo valor: o casamento passa a ser fácil e rapidamente dissolúvel e as partes responsáveis por seus atos, o que não se coaduna com a separação.

Tal posicionamento entende como pouco crível a manutenção do artigo 1574 do Código Civil em nosso ordenamento, já que ele exige o prazo de um ano para manejo da separação judicial, a qual apenas dissolve a sociedade conjugal, enquanto para o divórcio, por força de norma constitucional, nada mais se exige.

Nesse contexto, a discussão da culpa também não poderia mais ser obstáculo ao fim do vínculo matrimonial: acabou o afeto, acabou a comunhão de vidas, acabou o casamento. Em outros termos, não pode qualquer questão que demande o debate da culpa postergar o decreto do divórcio.

A culpa, entretanto, não desaparece do Direito de Família, devendo apenas ser discutida em via própria, que não a ação de divórcio (ações autônomas de alimentos e de reparação de danos).

Para Flávio Tartuce<sup>12</sup>, o magistrado deve decretar o divórcio, determinando que não apenas as questões que envolvam culpa, mas também aquelas relativas a obrigações decorrentes da relação familiar, como alimentos, sejam discutidas em ação própria, que pode ser proposta até mesmo após o divórcio:

Destaque-se que a fixação dos alimentos pós-divórcio possibilita que a decretação do fim do casamento seja fixada como prioridade pelo juiz da causa, dissolvendo-se o vínculo existente entre as partes

<sup>12</sup> TARTUCE, Flávio. *A Emenda Constitucional 66/2010 e os alimentos pós-divórcio*. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2538243/artigo-a-emenda-constitucional-66-2010-e-os-alimentos-pos-divorcio-por-flavio-tartuce>>. Acesso em: 31 jan. 2016.



de imediato e proferindo-se uma sentença parcial. As demais questões, tais como os alimentos, o uso do nome e a partilha de bens, podem ser discutidas em posterior momento, seja na própria ação de divórcio ou em ação autônoma. Anote-se que tal estratégia processual foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento n. 990.10.357301-3, da 8ª Câmara de Direito Privado, de 12 de novembro de 2010, decisão que concluiu pelo fim da separação jurídica em nosso sistema, premissa a qual se filia. Conforme o voto do Des. Caetano Lagrasta, “As discussões restantes: nome, alimentos, guarda e visitas aos filhos, bem como a patrimonial, devem ser resolvidas, conforme ensinamentos de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em ‘cisão da sentença em partes, ou capítulos, em vista da utilidade que o estudioso tenha em mente. É lícito: a) fazer somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às diversas pretensões que compõem o mérito; b) separar, sempre no âmbito do decisório sentencial, capítulos referentes aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e capítulos que contêm esse próprio julgamento; c) isolar capítulos segundo os diversos fundamentos da decisão’ (Capítulos de Sentença. 4a ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 12)”.

Note-se que a questão do sobrenome também não justificaria por si própria a discussão da culpa, já que a lei civil garante o seu uso até mesmo para o cônjuge culpado em hipóteses em que a perda implique ofensa a um dos direitos da personalidade, também não havendo mais razão para a discussão de requisitos temporais ou culpa em matéria sucessória, já que o artigo 1.830 do Código Civil deve ser lido da seguinte forma: garante-se ao cônjuge sobrevivente o direito sucessório se, ao tempo da morte, não estivessem separados de fato ou de direito.

Maria Berenice Dias<sup>13</sup> acompanha o mesmo entendimento, enfatizando que, atualmente, não se faz mais possível nem mesmo a conversão da separação judicial em divórcio:

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=div%C3%B3rcio%20j%C3%A1>>. Acesso em: 5 jan. 2017. Artigo no mesmo sentido: *Enfim o fim da separação*, disponível em: <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=enfim%20o%20fim%20da%20separa%C3%A7%C3%A3o>>, acesso em: 5 jan. 2017.

Por isso está sendo tão festejada a EC nº 66/2010. Ao dar nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, fez desaparecer a separação eliminando prazos e a perquirição de culpa para a dissolução da sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. A nova regra entrou imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. Afinal, o divórcio está regrado no Código Civil, e a Lei do Divórcio manda aplicar ao divórcio consensual o procedimento da separação por mútuo consentimento (art. 40, § 2º). Assim, nada mais é preciso para implementar a nova sistemática. O avanço é significativo e para lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Como não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar. Além do proveito a todos, a medida vai produzir significativo desafogo do Poder Judiciário, pois reduz o número de ações, acaba com prazos e elimina anos de conflitos. Mas certamente o ganho maior foi espancar definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. As pessoas ainda casadas, separadas de fato ou de corpos, separadas judicial ou extrajudicialmente podem pedir imediatamente a decretação do divórcio sem haver a necessidade de culpabilizar o outro ou aguardar o decurso de qualquer prazo. O pedido de separação tornou-se juridicamente impossível. A novidade atinge as ações em andamento. Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC 267, inc. VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico. No entanto, como a pretensão do autor era pôr um fim ao casamento, e a única forma disponível no sistema legal pretérito era a prévia separação judicial, no momento em que tal instituto deixa de existir, ao invés de extinguir o processo deve o juiz transformá-lo em ação

---

Cesar de Oliveira, repórter da Revista Consultor Jurídico, publicou a matéria “Nova Lei do Divórcio acaba com a separação judicial”, apresentando as diferentes posições assumidas pela doutrina no ano de 2010 (disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possibilidade-separacao-judicial>>, acesso em: 8 jan. 2017).

de divórcio, eis que ocorreu a superveniência de fato extintivo ao direito objeto da ação, que precisa ser reconhecido de ofício (CPC 462). Não há a necessidade de a alteração ser requerida pelas partes. Cabe ao juiz dar ciência às partes da transformação da separação em divórcio. Caso os cônjuges silenciem, significa concordância que a ação prossiga com a concessão do divórcio. A eventual discordância de uma das partes – seja do autor, seja do réu – não impede a dissolução do casamento. Exclusivamente na hipótese de haver expressa oposição de ambos os separandos não cabe a concessão do divórcio. Mas deve o juiz decretar a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como ser proferida sentença chancelando direito não mais previsto na lei (CPC 267, inc. VI). Como não mais cabe a identificação de culpados, não haverá mais necessidade da produção de provas e inquirição de testemunhas. Existindo filhos menores ou incapazes, as questões relativas a eles precisam ser acertadas. É necessária a definição da forma de convivência com os pais – já que a preferência legal é pela guarda compartilhada – e o estabelecimento do encargo alimentar. Sequer os aspectos patrimoniais carecem de definição, eis ser possível a concessão do divórcio sem partilha de bens (CC 1.581). A demanda se limitará a definir eventual obrigação alimentar entre os cônjuges e a questão do nome, caso algum deles tenha adotado o sobrenome do outro. Persiste a possibilidade de ocorrer o achatamento do valor dos alimentos, se restar comprovado que a situação de necessidade resultar da “culpa” de quem os pretenda (CC 1.694 § 2º). Tal, no entanto, não se confunde com a “culpa” pela separação (CC 1.573) que não mais cabe ser perquirida, encontrando-se derrogados os artigos 1.702 e 1.704 do Código Civil. Com o fim do instituto da separação também acaba a odiosa prerrogativa do titular do nome buscar que o cônjuge que o adotou seja condenado a abandoná-lo. Não mais continuaram em vigor os artigos 1.571, § 2º e 1.578 do Código Civil. Como desapareceu o instituto da separação, não é mais cabível a conversão da separação em divórcio (CC 1.580). Os separados judicialmente devem

continuar assim se qualificando, apesar do estado civil que os identificam não mais existir. Mas nada impede a reconciliação, com o retorno ao estado de casado (CC 1.577). Felizmente um verdadeiro calvário chega ao fim. A mudança provoca uma revisão de paradigmas. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para a concessão do divórcio, espanca definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim.

### Segundo Euclides de Oliveira<sup>14</sup> e no mesmo sentido:

[...] a posição adotada pelo Instituto Brasileiro de Direito das Famílias – IBDFAM, anunciada em pronunciamentos de seus dirigentes, notáveis juristas como Rodrigo da Cunha Pereira (Divórcio – Teoria e Prática, Rio: GZ Editora, 2010), Maria Berenice Dias (Divórcio Já, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010), Zeno Veloso, Rolf Madaleno, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (O novo divórcio, SP: Saraiva, 2010), José Fernando Simão, Flávio Tartucce, Christiano Cassetari (Separação, Divórcio e Inventário por escritura pública, SP: Método, 2010) e outros doutrinadores de igual envergadura e peso, argumentando com a revogação tácita dos dispositivos do Código Civil que tratam das espécies, causas e conteúdo do processo de separação judicial.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Euclides de. *Separação ou divórcio? Considerações sobre a EC 66*. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/2010/artigo\\_separacao\\_divorcio.pdf](http://www.esmp.sp.gov.br/2010/artigo_separacao_divorcio.pdf)>. Acesso em: 6 jan. 2017. Vale consignar que o doutrinador, já em 2007, escrevera sobre o descabimento da duplicidade de vias para extinção da relação conjugal em nosso sistema: “essa duplicidade de veredas para obtenção da dissolução da sociedade conjugal afigura-se desnecessária, quando muito mais prático seria manter a figura isolada do divórcio, de maior alcance que a simples separação. A esta se concede o efeito de dissolver a sociedade conjugal, enquanto ao divórcio se garante mais ampla consequência, pela quebra do vínculo conjugal, com decorrente fim do casamento. Bastava que o legislador reduzisse o tempo de espera para o divórcio direto e já se teria, na prática, a inutilidade da mera separação judicial. É quando se espera, em reforma legislativa, que atenda ao critério simplificador da chancela ao fato extintivo da vida conjugal” (Novas perspectivas do direito de família, *Justitia*, São Paulo, v. 64, n. 197, p. 126, jul./dez. 2007.).

E, ainda, Paulo Lôbo<sup>15</sup>:

Em outras palavras, a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A conseqüência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6o do artigo 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.

Em crítica ainda mais exacerbada, após posicionamento recentemente assumido pelo STJ, no sentido de que o instituto da separação não foi abolido de nosso sistema<sup>16</sup>, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>17</sup> pontuou:

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre, n. 24, 2004.

<sup>16</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>17</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Separação judicial*: uma boa desculpa para se ressuscitar a discussão da culpa. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-26/processo-familiar-separacao-judicial-desculpa-volta-discussao-culpa#autor>>. Acesso em: 26 mar. 2017. E prossegue o doutrinador: “O CPC/2015 perdeu uma boa oportunidade para sepultar de vez essa questão. A expressão separação judicial aparece no artigo 23, III. Nos outros, em que aparece a palavra separação, 53, I; 189, II; 693; 731; 732 e 733, deve ser interpretado como separação de fato, separação de corpos, separação em decorrência da união estável. Apesar da recente decisão do STJ, o artigo 23, III do CPC é natimorto. Separação judicial em nosso ordenamento jurídico não existe mais. Esse é o entendimento não apenas da quase unanimidade da jurisprudência, como também da melhor doutrina. A vida é maior que o Direito e se encarregará de fazer a cremação ou sepultamento da falecida separação judicial. E assim a recente decisão da 4ª Turma (voto vencido do ministro Luis Salomão) em nada afetará o mundo jurídico. Apenas acendeu uma luzinha para refletirmos sobre o valor simbólico dessa interpretação judicial que é ainda contaminada pelo Direito Canônico, que, por suas estigmatizações, já excluiu e expropriou cidadanias. Interpretações conservadoras da Constituição sempre existirão. Faz parte da dialética jurídica, mas entristece a luta pela evolução do Direito de Família que sonha com um Direito laico. Admitir separação judicial hoje significa ‘lobo em pele de cordeiro’, ou seja, apenas uma boa desculpa para se ressuscitar a discussão de culpa”.

O desquite ou, melhor, separação judicial é uma posição intermediária entre casado e divorciado. Quem não quer ficar casado, mas também não quer se divorciar, fica neste limbo. É como se tivesse que passar pelo purgatório, para usar uma linguagem religiosa. Teve-se muito medo que o divórcio destruiria as famílias. O mesmo discurso moralista que combate as uniões homoafetivas e as novas conjugalidades e parentalidades que estão em curso. Na prática, o que acontece é que na vida real as pessoas casam, descasam, recasam. O amor e o desejo nascem e morrem, e renascem em outro lugar, com outro parceiro(a). E a família está cada vez melhor, mais livre e mais autêntica, e não é necessário passar pelo purgatório da separação judicial. Pode-se ir direto para o céu que o amor promete.

O argumento do referido julgado, e é um dos raros que defendem a manutenção do instituto, é que ele deve permanecer apenas como opção, pois não é maléfico, e as pessoas deveriam ter o direito de escolhê-lo. É aí, exatamente, que mora o perigo e está o engano. Primeiro, porque é uma interpretação equivocada, para não dizer reducionista, da EC 66/2010; segundo, porque quem estiver em dúvida, se se divorcia ou não, deve refletir melhor, procurar um terapeuta, ou mesmo “dar tempo”, para ver se realmente esse é o desejo. Não precisa entrar no purgatório da separação judicial. Basta fazer uma separação de corpos, que pode ser judicial ou extrajudicial, que, aliás, produzirá os mesmos efeitos de uma separação judicial, exceto em relação à partilha de bens e ao estado civil; terceiro, a máquina judiciária, já assoberbada, terá que ser acionada duas vezes, uma para a separação judicial, outra para o divórcio: dois sofrimentos, dois gastos desnecessários; quarto, porque admitir a existência da separação judicial significa poder voltar a discutir a culpa, um dos maiores sinais de atraso do nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, para doutrinadores como Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>18</sup>, a EC n. 66 apenas aboliu, com razão, os requisitos temporais

<sup>18</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

do divórcio, em resposta aos anseios sociais, mas sem estabelecê-lo como a única via existente em nosso ordenamento para a dissolução do casamento.

Os institutos são distintos e têm, assim, finalidades distintas, à escolha dos cônjuges para dissolução apenas da sociedade conjugal, mantendo-se o vínculo matrimonial e assim garantindo a retomada do casamento a qualquer tempo, as partes podem optar pela separação judicial.

Além da hipótese de falta de certeza para extinção do vínculo, haveria necessidade de se assegurar a separação em virtude do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por meio do qual se garante a liberdade de culto (algumas religiões, principalmente a católica, de forte influência no Brasil, proíbem a dissolução do casamento, autorizando apenas a separação)<sup>19</sup>, e, em virtude da tutela dos direitos da personalidade, que poderiam ser violados em hipóteses de descumprimento dos deveres conjugais, tornando imprescindível a garantia da discussão da culpa (preferencialmente antes do decreto do divórcio, diante da natureza contratual do casamento).

A família, ademais, como base da sociedade, merece especial proteção do Estado (artigo 226, “caput”, da CF), o qual deve disponibilizar assistência a cada um de seus membros, promovendo os meios necessários para coibir violência no âmbito de suas relações (artigo 226, parágrafo 8º, da CF).

Referidas garantias constitucionais perderiam sentido se fosse esvaziada a importância dos ilícitos de família, com vistas à facilitação do fim do casamento. Em outros termos, a diminuição da proteção estatal no que diz respeito aos requisitos temporais do divórcio não pode receber interpretação que viole outras normas constitucionais, não pode desrespeitar direitos fundamentais ou direitos da personalidade dos membros de uma família, sob pena de inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, se posicionam Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf<sup>20</sup>:

<sup>19</sup> O Brasil é um país laico, mas de maioria cristã (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia/default\\_caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm)>. Acesso em: 22 jan. 2017.).

E ainda: Censo: católicos perdem espaço, mas seguem maior grupo religioso do País. (disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-06-29/censo-catolicos-perdem-espaco-mas-seguem-maior-grupo-religioso-do-pais.html>>, acesso em: 22 jan. 2017.).

<sup>20</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 339.

Entendemos que, diante de tão complexo tema, a jurisprudência se encarregará de equacionar as dicotomias de interpretação, uma vez que, para nós, subsistiria o instituto da separação no ordenamento jurídico pátrio, em suas modalidades com ou sem culpa – seja objetivando a tentativa de preservação da família, seja por motivos religiosos –, o que ainda permitiria a reconciliação do casal.

E, ainda, o Desembargador Arnaldo Rizzardo<sup>21</sup>:

Embora seja contrário ao bom senso e se evidencie desarrazoada a opção pela separação judicial, prevalece o entendimento de sua permanência em nosso ordenamento, tanto na forma consensual como na litigiosa. Acontece que os institutos da ‘separação judicial’ e do ‘divórcio’ geram efeitos diferentes e encerram tipicidade própria. E a Emenda nº 66 simplesmente aboliu a separação para obter-se o divórcio. Através dela, não mais se exige que se encontrem separados os pretendentes, seja oficialmente ou de fato. Se houver a opção pela adoção da separação, não é aceitável a recusa pelo juiz, ordenando que façam o divórcio. [...] No pertinente aos efeitos totalmente diferentes do divórcio, é de se lembrar que a separação não põe termo ao vínculo do casamento, mas apenas à sociedade conjugal. Por último, permite o restabelecimento da união conjugal rompida, sem necessidade de novo casamento. Constitui direito dos cônjuges não querer a extinção do vínculo conjugal, ou não aceitar o divórcio, e sim unicamente a separação da sociedade conjugal, com a faculdade futura de reconciliação e refazimento da mesma sociedade.

Fernando Henrique Pinto<sup>22</sup>, juiz de direito no Estado de São Paulo, acrescenta mais um fundamento para a mesma conclusão, qual seja, a não revogação expressa da legislação infraconstitucional ou do instituto da separação:

<sup>21</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213.

<sup>22</sup> PINTO, Fernando Henrique. *EC não revoga prazos legais para separação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-18/emenda-constitucional-poe-fim- apenas-sociedade-conjugal>>. Acesso em: 20 jan. 2017.



Está se apregoando que a Emenda Constitucional 66, de 13/07/2010, que deu nova redação ao artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, suprimindo os prazos e a expressão “separação”, teria revogado os aludidos prazos legais. Alguns vão até mais longe, sustentando que, não estando mais o divórcio sujeito a prazos, a própria separação teria sido também tacitamente revogada. Contudo, a aludida Emenda Constitucional, sem revogar nada de modo expresso, apenas e tão somente determinou que o aludido dispositivo constitucional passasse a ter a singela redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Esqueceu-se o constituinte reformador, contudo, que segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. [...] A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Tal norma que regula a vigência das leis, no *sentido lato sensu*, vale também para modificações constitucionais, pois apenas materializa um princípio geral do direito, tais como a “vedação ao enriquecimento sem causa”, a “presunção de boa-fé” no Direito Civil, a “presunção de inocência” no direito penal. Assim, por desconhecimento técnico ou questões políticas, quando da tramitação do projeto, o legislador acabou não inovando em nada, tendo em vista que desde 1977 “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, quando houve o advento da Emenda Constitucional 9, de 28/06/1977, seguida da Lei Ordinária 6.515 de 26/12/1977, a conhecida “Lei do Divórcio”. Os adeptos à total revogação contra-argumentam que, se verificada a exposição de motivos da aludida EC 66/2010, estará lá clara a intenção do legislador em revogar os prazos e o próprio instituto da separação. Mas, quando a nova norma posta é omissa no que deveria dizer, a exposição de motivos não pode supri-la, muito menos revogar disposições expressas de lei. Nesse sentido, é a lição do ilustre Ministro Celso de Mello, do Egrégio Supremo Tribunal Federal,

no julgamento do Agravo de Instrumento 40.1337-PE, publicado no Diário da Justiça de 03/03/2005, página 43: “A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA. O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais - por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais - não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. Precedente.” (RE 258.088 – AgR/SC, Relator Ministro CELSO DE MELLO). Daí a procedente advertência que GERALDO ATALIBA faz em lapidar magistério (“Revisão Constitucional”, in Revista de Informação Legislativa, vol. 110/87-90, 87): “Em primeiro lugar, o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica. A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador. Como pauta objetiva de comportamento, a lei é o que nela está escrito (e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema). Se um grupo maior ou menor de legisladores quis isto ou aquilo, é irrelevante, para fins de interpretação. Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível). (...) O que o jurista investiga é só a vontade da lei (...). “Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo

(“mens legis”) e o que neste buscava instituir o seu autor (“mens legislatoris”), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador. Esse entendimento – que proclama a prevalência da vontade objetiva da lei sobre a intenção do legislador – reflete-se em preciso magistério doutrinário, como resulta claro das lições de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (“O Direito - Introdução e Teoria Geral”, p. 414, item n. 228, 2ª ed., 2001, Renovar), de CARLOS MAXIMILIANO (“Hermenêutica e Aplicação do Direito”, p. 23/25, itens ns. 32, 33 e 35, 19ª ed., Forense) e de PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1946”, tomo VI/478-479, 3ª ed., 1960, Borsoi), dentre outros. Em igual sentido, firmou-se a jurisprudência dos Tribunais, como o evidenciam as seguintes decisões: “(...) o que vale verificar é a mens legis e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio. Nenhuma dúvida, por outro lado, em que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na em que se expõem considerações e motivações. Estas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta. Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma (...)” (RE 2.010/DF, Rel. Min. OROSIMBO NONATO – grifei). “Na interpretação da lei prevalece a ‘mens legis’ sobre a ‘mens legislatoris’.” (RT 305/964, Rel. Min. AGUIAR DIAS).” Acrescenta-se que, mesmo se os prazos do divórcio tivessem sido revogados – o que se alude apenas a título de debate –, remanesceria, mesmo assim, o interesse processual na mera separação, pois esta: a) nunca foi tratada na constituição, salvo como mera referência ao prazo de um ano do divórcio conversão, tanto antes quanto após a EC 66/2010; b) não põe fim ao casamento, mas apenas à sociedade conjugal, e c) permite o restabelecimento da união conjugal rompida, sem necessidade de novo casamento.

Luiz Felipe Brasil Santos<sup>23</sup>, seguindo a mesma construção lógica, também defende que a separação judicial e o divórcio continuam a existir, já que não houve revogação expressa do texto infraconstitucional:

Por aí se vê que a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) – como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 –, está agora aberta a porta para que esta seja modificada. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional. E isso basta!.

Lidia Caldeira Lustosa Cabral<sup>24</sup>, por sua vez, aponta quatro razões que sustentariam o instituto em nosso sistema: a) o novo comando do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal Brasileira, afastou o decurso de tempo como pressuposto para o divórcio, mas não afastou a possibilidade da separação judicial prévia, garantindo, assim, aos cônjuges um tempo ainda maior para reflexão sobre o desfazimento definitivo do casamento; b) a discussão de culpa ainda é necessária para fins de aplicação da regra do artigo 1704 do Código Civil Brasileiro (alimentos fundados no dever de solidariedade entre os ex-cônjuges e na necessidade do alimentado); c) a possibilidade de zelo pelo cônjuge acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, tornando impossível a vida em comum (artigo 1772, § 2º, do Código Civil Brasileiro). Trata-se da separação-remédio, que pode ser adotada pelo

<sup>23</sup> SANTOS, Luis Felipe Brasil. *Emenda do divórcio*: cedo para comemorar. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI113659,31047-Emenda+do+divorcio+cedo+para+comemorar](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI113659,31047-Emenda+do+divorcio+cedo+para+comemorar)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

<sup>24</sup> CABRAL, Lidia Caldeira Lustosa. Separação judicial. Um instituto jurídico derogado? R. EMERJE, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 121-123, out.-dez. 2011. Mercedes Cristina Rodrigues Vera, em dissertação apresentada a Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (*A culpa na separação e no divórcio*, 2008), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz, também defende que a culpa é ainda um fator por demais relevante em nossa sociedade para que se possa concluir pela extinção da separação judicial.

cônjuge sadio e de boa-fé; d) a melhor interpretação do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal Brasileira, é aquela feita de modo ampliativo: ampliando-se o direito subjetivo dos cônjuges de decidirem acerca do fim do casamento, independentemente da injunção do Estado.

Por fim, vale consignar que, “na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado n. 514: ‘Art. 1.571. A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial’”<sup>25</sup>.

### 3. Análise no âmbito da Justiça

O Conselho Nacional de Justiça enfrentou a questão diante do pedido de providências n. 0005060-32.2010.2.00.000017, promovido pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, por meio do qual se buscava modificar a redação da Resolução nº 35/CNJ, extirpando-se de seu texto, justamente em virtude da EC 66, qualquer menção relativa à separação ou à sua conversão em divórcio<sup>26</sup>.

Em sessão realizada na data de 14/09/2010, por votação unânime, com relatoria do conselheiro Jefferson Kravchychyn, decidiu-se pela alteração da Resolução nº 35/CNJ, que regulamenta os atos notariais decorrentes da Lei nº 11.441/2007, tão somente para excluir o artigo 53, que tratava do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto extrajudicial, e conferir nova redação ao artigo 52, que disciplinava o divórcio por conversão, julgando parcialmente procedente o pedido. No referente às demais pretensões do IBDFAM, especialmente a revogação dos artigos que tratavam da separação, o CNJ entendeu que:

nem todas as questões encontram-se pacificadas na doutrina e sequer foram versadas na jurisprudência pátria. Tem-se que, mesmo com o advento da Emenda nº 66, persistem diferenças entre o divórcio e a separação. No divórcio há maior amplitude de efeitos e consequências jurídicas, figurando como forma de extinção definitiva do casamento válido. Por seu turno a separação admite

<sup>25</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2: Direito de família.

<sup>26</sup> Íntegra do acórdão disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2377620/integra-do-acordao-do-cnj-sobre-a-alteracao-da-resolucao-n-35-em-razao-da-emenda-constitucional-n-66-2010>>, acesso em: 6 jan. 2017.

a reconciliação e a manutenção da situação jurídica de casado, como prevê o Código de Processo Civil vigente. Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida.

Nesse contexto de ausência de clareza no texto legal e de divergência na doutrina, evidencia-se a relevância da jurisprudência para definição de quantas seriam as formas possíveis de extinção do casamento. Em outros termos, se ainda vigente o sistema binário (separação e divórcio) ou se sobrevivente apenas o divórcio, em virtude da extinção tácita da separação com a EC 66.

Parte dos juízes passou a entender como excluída a separação de nosso sistema, de modo que houve provocação das partes para emenda da inicial, no caso de propositura de separação judicial consensual ou litigiosa; prolação de sentenças de extinção, por inépcia da inicial ou carência de ação, ou decretos de divórcio, independentemente do pedido das partes.

Julgados de segundo grau acompanharam a mesma lógica, entendendo que, como não há direito adquirido a instituto jurídico (Apelação n. 0302599-24.2009.8.26.0000), o divórcio passou a ser a única via existente em nosso ordenamento jurídico para a dissolução do casamento, revestindo o caráter de direito potestativo, a que o outro cônjuge deve se sujeitar, e dispensando até mesmo a exposição de “causa petendi”:

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, e a nova redação do § 6º do art. 226 da CF, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico. A referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva – relegadas para eventual fase posterior a discussão sobre culpa – ou objetivas – transcurso do tempo. Ante a alteração da Constituição e a não recepção do instituto da separação judicial, restaria violado o princípio do acesso a uma ordem jurídica e célere (incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF), se findo o processo com a extinção do feito

por falta de interesse de agir ou a improcedência do pedido, devendo o julgamento adequar-se ao novo ordenamento jurídico decorrente da manifestação do Poder Constituinte Derivado. Ressalta-se que não há alteração dos fatos narrados em prejuízo da defesa da parte contrária, conforme acenado com os arts. 264 e 294 do CPC, mas apenas nova configuração jurídica para os mesmos, sendo esta a principal atividade do julgador, aplicar o Direito vigente aos fatos narrados. [...] Incabível a recusa pelo cônjuge ou companheiro, o divórcio tem sua decretação imediata, bastante a vontade de um deles, uma vez que não mais poderá discutir a culpa. [...] <sup>27</sup>.

Apelação – Divórcio e partilha – Irresignação em relação à decretação do divórcio, tendo em vista que o pedido inicial foi de separação. Extinta a necessidade de prévia separação de fato (por dois anos) ou judicial (por um ano) para a obtenção do divórcio, com a promulgação da EC nº 66 de 2010. Satisfeito o único requisito para o divórcio na atual ordem constitucional, a demonstração da vontade de uma das partes. Incabível a discussão de culpa para a obtenção do divórcio, por isso, desnecessária a atribuição de culpa ao apelante. Manutenção da partilha, pois inexistente irresignação neste ponto. Decisão de separação de corpos mantida. Situação consolidada e ainda mais necessária por decorrência do divórcio. Reconhecimento de convívio conflituoso com a prole pelo próprio recorrente. Recurso parcialmente provido, apenas para afastar a atribuição de culpa ao apelante <sup>28</sup>.

E, ainda, mais recentemente:

A Emenda Constitucional n. 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, fez desaparecer de nosso ordenamento

<sup>27</sup> TJSP, AI 990.10.357301-3, Caetano Lagrasta, j. 10/11/10.

<sup>28</sup> TJSP, APL: 42011820068260360 SP 0004201-18.2006.8.26.0360, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 16/10/2012, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/10/2012.

jurídico a figuração da separação judicial. A função, a razão de ser da EC 66/10 foi justamente colocar fim ao sistema dualista da extinção do matrimônio, que se fazia em duas etapas: a primeira da separação judicial, que extinguiu a sociedade conjugal, e a segunda da conversão em divórcio, que extinguiu o vínculo matrimonial. O divórcio é agora sempre direto e imotivado: não há mais requisitos subjetivos (culpa) e nem objetivos (tempo). Repousa apenas no livre arbítrio de não mais querer permanecer casado, direito potestativo de qualquer dos cônjuges, não havendo ao outro como evitar a intervenção em sua esfera jurídica. Claro que o divórcio pode ser consensual ou litigioso: o litígio, porém, não diz respeito ao comando principal do pedido, mas sim a questões laterais a serem acertadas, como a guarda de filhos, visitas, uso do sobrenome, alimentos e partilha de bens. A ideia do legislador foi ampliar a autonomia privada no direito de família, permitindo a qualquer dos cônjuges terminar o casamento sem declinar os motivos e nem imputar ao outro conduta desairosa. [...] Disso decorre a revogação dos artigos 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.578 e 1.580 do Código Civil, incompatíveis com o novo regime constitucional. Depois de décadas de hesitação, finalmente terminou a incoerência entre as expressões terminar (separação) e dissolver (divórcio) o casamento. Não fazia sentido dizer que o casamento estava findo pela separação, mas não extinto pelo divórcio. Na realidade, o casamento simplesmente acabou, e é esse o sentido da EC 66/2010<sup>29</sup>.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de Divórcio c/c alimentos, guarda, arrolamento e sequestro de bens – Ação ajuizada há mais de cinco (5) anos – Separação de fato comprovada - Superveniência da E.C. nº 66/2010 que colocou fim ao sistema dualista da extinção do matrimônio em duas etapas: separação judicial para extinguir a sociedade conjugal e, conversão em divórcio que extinguiu o vínculo matrimonial – Divórcio que é sempre direto e imotivado, afigurando-se como direito potestativo

<sup>29</sup> TJSP, Apelação Cível n. 0002080-54.2010.8.26.0659, Relator Francisco Loureiro, 07.02.2013.



– Hipótese de decretação “ex officio” do divórcio, em face da nova redação dada ao art. 226, § 6º da CF – Questões restantes que devem prosseguir e não constituem óbice para a decretação – Recurso provido<sup>30</sup>.

No mesmo sentido, temos julgados do Tribunal de Justiça dos estados de Minas Gerais e do Distrito Federal:

Apelação cível – Divórcio consensual – Emenda Constitucional 66 de 2010 – Nova redação dada ao art. 226, § 6º, da Constituição da República – Supressão do requisito temporal- Direito potestativo – Recurso a que se nega provimento. 1. A dissolução do casamento pelo divórcio independe de prazo de separação prévia do casal. 2. Se as partes não possuem mais interesse em se manter casados não há porque impedir o divórcio. Fala-se agora em direito potestativo extintivo. 3. Precedentes jurisprudenciais<sup>31</sup>.

DIVÓRCIO – EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10 – DIREITO POTESTATIVO DO CÔNJUGE – DECRETAÇÃO IMEDIATA, INDEPENDENTEMENTE DE JUSTIFICATIVA OU CUMPRIMENTO DE LAPSO TEMPORAL. ALIMENTOS EM FAVOR DA EX-ESPOSA – PROVA CABAL DA IMPOSSIBILIDADE DO EX-MARIDO – PESSOA IDOSA, PORTADORA DE DOENÇAS GRAVES, SUBMETIDA A CURATELA – DESPESAS QUE SUPLANTAM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PEDIDO IMPROCEDENTE. RECURSO DESPROVIDO. – Com a ordem inaugurada pela Emenda Constitucional 66/10, surge para cada cônjuge um verdadeiro direito potestativo de dissolver o vínculo conjugal por meio do divórcio, isto é, independentemente de qualquer justificativa ou cumprimento de lapso temporal. – Cabalmente demonstrada nos autos a incapacidade do ex-marido de prestar qualquer auxílio financeiro à ex-esposa, por ser pessoa idosa, acometida por graves doenças em decorrência da senilidade, já

<sup>30</sup> TJSP – AI: 20715437820138260000 SP 2071543-78.2013.8.26.0000, Relator: Egidio Giacoia, Data de Julgamento: 01/04/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/04/2014.

<sup>31</sup> TJMG – Apelação Cível AC 10028120014403001 MG (TJ-MG), Data de publicação: 19/05/2014.

se encontrando, inclusive, submetido a interdição e curatela, e cujas despesas suplantam em muito o valor do benefício previdenciário, caso é de improcedência do pedido de alimentos formulado pela virago. – Recurso desprovido<sup>32</sup>.

CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A APROVAÇÃO DA PEC 28 DE 2009, QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, RESULTOU EM GRANDE TRANSFORMAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA AO EXTIRPAR DO MUNDO JURÍDICO A FIGURA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL INTRODUZIDA PELA EC 66/2010, ALÉM DE SUPRIMIR O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL, TAMBÉM ELIMINOU A NECESSIDADE DE SE AGUARDAR O DECURSO DE PRAZO COMO REQUISITO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DE DIVÓRCIO. TRATANDO-SE DE NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA, AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EC 66/2010 TEM APLICAÇÃO IMEDIATA, REFLETINDO SOBRE OS FEITOS DE SEPARAÇÃO EM CURSO. APELO CONHECIDO E PROVIDO<sup>33</sup>.

O STJ, por seu turno e antes de 2017, já havia se posicionado, por duas vezes, pela interpretação da EC 66/2010 no sentido de inexistência da separação judicial: “[...] dispositivo esse que deve ser retido em conformidade com a recente EC nº 66 de 2010, a qual em boa hora aboliu a figura da separação judicial” (STJ Resp 912.926-RS – relator ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, 07/06/11). A 3ª Turma, pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no Resp 922.462-SP, em 14/04/14, também assim se posicionou: “com o fim do instituto da separação judicial impõe-se reconhecer a perda da importância da identificação do culpado pelo fim da relação afetiva [...]”<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> TJMG – Apelação Cível AC 10223130084971001 MG (TJ-MG), Data de publicação: 10/09/2014.

<sup>33</sup> TJDF – Apelação Cível APL 260894220108070001 DF 0026089-42.2010.807.0001 (TJ-DF), Data de publicação: 07/10/2010.

<sup>34</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Separação judicial*: uma boa desculpa para se ressuscitar a discussão da culpa. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-26/processo-familiar-separacao-judicial-desculpa-volta-discussao-culpa#author>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

Por outro lado, houve magistrados que continuaram recebendo iniciais de separação judicial ou dando andamento a feitos que tramitavam com tal pretensão, inclusive autorizando a conversão de antigas separações em divórcio, com confirmação em segundo grau:

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME (SEGREDO DE JUSTIÇA)<sup>35</sup>.

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. NOVA REDAÇÃO DO ART. 226, DA CF. EC 66/2010. SOBREVIVÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECURSO PROVIDO. 1. A SUPRESSÃO DA CONDIÇÃO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO, PREVISTO NO ART. 226, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL No 66/2010, NÃO AUTORIZA PENSAR QUE POR ISTO TENHA HAVIDO A EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. 2. A MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

<sup>35</sup> TJRS – Apelação Cível nº 70039476221, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/01/2011.

DEVE-SE TAMBÉM AO FATO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PRESERVA O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA, ESTANDO A RECONCILIAÇÃO DO CASAL, PREVISTO NO ART. 1577, DO CÓDIGO CIVIL, EM TOTAL CONSONÂNCIA COM REFERIDO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. 3. RECURSO PROVIDO<sup>36</sup>.

APELAÇÃO CÍVEL – SEPARAÇÃO JUDICIAL PROPOSTA POSTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA EC Nº 66/2010 – CARÊNCIA DA AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – CASSAÇÃO DA SENTENÇA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA – IMPOSSIBILIDADE - PROVIMENTO DO RECURSO. – A EC 66/2010, que admitiu o divórcio direto, não extirpou do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, regulada em legislação infraconstitucional<sup>37</sup>.

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE FAMÍLIA – DIVÓRCIO DIRETO – CR/88, ART. 226, § 6º, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC N. 66/2010 – REVOGAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – INOCORRÊNCIA – NORMAS LEGAIS ORDINÁRIAS COMPATÍVEIS COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL – SEPARAÇÃO DE FATO POR MAIS DE 2 (DOIS) ANOS CONFIGURADA – OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 1.580, § 2º, DO CC/02 – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O § 6º do art. 226 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda n. 66/2010, ao dispensar o requisito de “prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” para a obtenção do divórcio, não revogou a legislação civil. 2. Regramento ordinário preservado pela nova ordem constitucional, porquanto se mantém perfeitamente compatível com a modificação feita pela Emenda n. 66. 3. Constatação da separação de fato por mais de dois anos. Observância ao disposto no art. 1.580, § 2º, do Código Civil para a decretação do divórcio direto do casal. 4. Recurso não provido<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> TJDF – Agravo de Instrumento AI 175912320118070000 DF 0017591-23.2011.807.0000 (TJ-DF), Data de publicação: 23/04/2012.

<sup>37</sup> TJ-MG – Apelação Cível AC 10693120123205001 MG (TJ-MG), Data de publicação: 28/05/2013.

<sup>38</sup> TJMG – Apelação Cível AC 10028110006849001 MG (TJ-MG), Data de publicação: 04/09/2013.

Como já consignado, em virtude de ação de separação judicial ajuizada amigavelmente por cônjuges, com condições preestabelecidas em relação à pensão, visita a filho menor, bens e nome da esposa, que teve o pedido negado na origem, sob o fundamento de que a EC 66 teria abolido o instituto da separação judicial, a matéria alcançou, mais uma vez, o Superior Tribunal de Justiça.

A ministra relatora, Isabel Galloti, se manifestou pela manutenção da modalidade na ordem jurídica: a Constituição teria aberto aos cônjuges a possibilidade de optar diretamente pelo divórcio, mas sem extinguir a faculdade da separação, notadamente porque os dois institutos não se confundem e possuem finalidades diversas. Segundo ela, aquele que pode o mais, pode o menos também, sendo que “entender que tal alteração suprimiu a existência da separação extrajudicial ou judicial levaria à interpretação de que qualquer assunto que não fosse mais tratado no texto constitucional por desconstitucionalização estaria extinto, a exemplo também do que ocorreu com a separação de fato, cuja existência não é objeto de dúvida”. Galloti acrescentou, ainda, que o Estado não pode intervir na liberdade de escolha dos cônjuges, estando seu entendimento respaldado, ainda, na existência de normas no novo CPC que regulam o procedimento da separação judicial<sup>39</sup>.

Após suspensão do julgamento a pedido do ministro Luis Felipe Salomão, no dia 14 de fevereiro de 2017, que votou em sentido contrário ao da relatora, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela manutenção do instituto em nosso sistema jurídico<sup>40</sup>.

## Conclusão

Como bem ponderam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>41</sup>, “dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”.

<sup>39</sup> Matéria publicada no site do Superior Tribunal de Justiça em 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-discute-perman%C3%Aancia-da-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ap%C3%B3s-EC-66](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-discute-perman%C3%Aancia-da-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ap%C3%B3s-EC-66)>. Acesso em: 2 mar. 2017.

<sup>40</sup> Matéria publicada no site do Superior Tribunal de Justiça em 22 de março de 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>41</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 1.

Em face de tal importância, em um primeiro momento e ao se falar em família matrimonial, é tentadora a posição que visa “preservar” o instituto do casamento e permitir aos cônjuges optar apenas pela separação judicial, antes de decidir pela via mais drástica do divórcio, notadamente diante do direito de liberdade religiosa.

Entretanto, uma vez exposta toda a problemática e em que pesem os entendimentos diversos sobre a permanência da separação judicial após a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, forçoso concluir que inexistente razão para a manutenção do instituto em nosso sistema.

De início, anoto que minha própria experiência profissional indica que o instituto da separação judicial já está sepultado. Busca realizada junto ao Cartório Distribuidor da Comarca de Piedade<sup>42</sup>, em que funciono como juiz titular desde 2005, confirma que, durante o ano de 2016, foram distribuídos apenas dois processos de separação judicial<sup>43</sup>.

A ausência de opção pelo instituto, embora por si só não caracterize o real motivo de sua extinção, revela que os casais da modernidade não mais desejam o fim da união sem uma definição total de sua situação de fato e jurídica.

A mera dissolução da sociedade conjugal não representa mais uma opção necessária ou interessante aos cônjuges, que, pelos mais diversos motivos, não tiveram sucesso na relação matrimonial.

A dinâmica da vida moderna e o desejo de busca da felicidade, com definitiva estabilização da relação conjugal, possibilitando aos indivíduos novo horizonte para formação de outra família, refletem-se no cotidiano forense, tornando a separação judicial “letra morta” em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, embora não tenha ocorrido regulamentação integral da matéria pela Constituição Federal, a qual não revogou expressamente o instituto, a enfática disposição constitucional sobre o fim do casamento por meio do divórcio, sem qualquer requisito temporal ou condição, evidencia a intenção do legislador, também demonstrada no projeto de emenda, que não pode ser alterada apenas porque a locução “pode” foi mantida em seu texto (“o casamento civil **pode** ser dissolvido pelo divórcio” – artigo 226, parágrafo 6o, da Constituição Federal).

<sup>42</sup> Pesquisa realizada em 17 de janeiro de 2017.

<sup>43</sup> A Comarca abrange os municípios de Piedade (sede) e Tapiraí. Piedade possui 52.214 habitantes (disponível em: <[www.piedade.sp.gov.br](http://www.piedade.sp.gov.br)>), enquanto Tapiraí 8.012 (disponível em: <[www.tapirai.sp.gov.br](http://www.tapirai.sp.gov.br)>, acesso em: 5 fev. 2017).

Interpretar que o vocábulo “pode” é sinônimo de manutenção de um instituto falido e sem recepção no século XXI é, com grande respeito aos que pensam em contrário, buscar refúgio em literalidade da lei, a qual, infelizmente, é constantemente objeto de crítica e motivo causador de diversos embates jurídicos no cotidiano forense.

Não bastasse isso e como bem notam Débora dos Santos Silva e Helder Baruffi<sup>44</sup>, a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 foi produto de um clamor social pela desburocratização processual e atendeu aos anseios de boa parte da doutrina, a qual já defendia a redução do intervencionismo estatal no casamento, em prol da autonomia da vontade das partes, facilitando a dissolução.

Vale pontuar, ainda, que grande parte dos que defendem a manutenção da separação judicial o também fazem porque o novo Código de Processo Civil expressamente previu o instituto.

Por se tratar de legislação nova, se o instituto estivesse revogado, nada seria tratado no novo diploma legal, defendem os que pregam sua manutenção.

Todavia, o Brasil é um país complexo.

É de conhecimento rotineiro que muitos Códigos e leis, por conta do grande entrave do processo legislativo, já nascem “mortos”, porque, embora baseados em premissas, antes corretas, não mais representam o estágio atual de desenvolvimento da sociedade para a qual foram elaborados.

Note-se, nesse sentido, que a comissão de juristas instituída para elaboração do novo Código de Processo Civil, por ato do presidente do Senado Federal, foi formada em 2009, com posterior finalização dos

---

<sup>44</sup> SILVA, Débora dos Santos; BARUFFI, Heder. Casamento e divórcio: algumas reflexões em torno da Emenda Constitucional n. 66/2010. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, v. 11, n. 2, p. 448-449, jul./dez. 2011. Para os autores, “as consequências da nova legislação são a extinção da separação judicial, sendo que o divórcio é, agora, a única maneira jurídica possível para o fim do casamento, bem como a extinção do prazo mínimo para a dissolução do vínculo patrimonial, uma vez extinta a menção quanto à separação de fato do casal por mais de 2 anos. Na prática, tal medida unificou o divórcio, tanto na modalidade consensual, como litigioso em um único processo, o que resulta em economia para o casal, que não mais necessita de dois processos judiciais (separação judicial e divórcio), além de evitar o prolongamento de sofrimentos gerados naturalmente na separação, que, pela legislação anterior, perduraria por, no mínimo, longos 2 anos [...]” “Outro benefício, que poderá ser notado, é a redução imediata do número de processos de separação que tramitam na Justiça, o que deve acelerar as decisões sobre essas questões, até porque essa medida afasta a discussão da culpa nos processos que objetivam a dissolução da sociedade conjugal. Nesse campo, a mudança constitucional em relação ao divórcio não é apenas uma simplificação processual ou procedimental, mas provoca uma revisão de paradigmas e é significativa, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade” (Id.).

trabalhos em 2015. No trâmite legislativo, como já rotineiro na elaboração das leis neste país, a nova orientação social representada pela supressão do instituto na Constituição Federal foi ignorada e a regulamentação da separação judicial foi mantida no corpo do novo *codex*.

Essa complexidade peculiar ocasiona infundáveis debates e discussões a cada alteração legislativa em nosso sistema, como já anotado.

Em virtude de tais dificuldades, Francisco Amaral dos Santos Neto<sup>45</sup>, ao tecer considerações sobre o Direito Civil no paradigma da complexidade, esclarece que:

[...] o problema da interpretação “reflete a concepção fundamental do direito de cada época e pressupõe o contexto cultural em que o direito se situa”, sendo condicionada pela perspectiva epistemológica do pensamento jurídico e orientada pelos objetivos práticos da realização do direito, uma nova concepção se impõe no pensamento jurídico contemporâneo em face da atual mudança de paradigma que, entre outros aspectos, assinala a presença e a importância dos princípios jurídicos no quadro das fontes do direito. É de reconhecer, então, que o primado dos princípios jurídicos altera o processo tradicional da interpretação jurídica, consistente na exegese do texto legal e sua aplicação lógico-dedutiva, em favor de um novo modelo jurisprudencial, o da razão prática, no qual o intérprete parte não da lei, mas do caso concreto, para, sob a orientação de princípios ou regras, criar, por meio de um raciocínio dialético, a norma jurídica adequada ao

<sup>45</sup> SANTOS NETO, Francisco Amaral dos. O direito civil no paradigma da complexidade. In: CASSETARI, Christiano (Coord.). VIANA, Rui Geraldo Camargo (Orient.). *Dez anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47-49. (Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf). O autor esclarece, ainda, que “qualquer que seja o entendimento adotado, a cerca do conceito e natureza da interpretação jurídica, o fato é que, nela, têm grande importância os princípios jurídicos como critérios orientadores, cuja influência permite reconhecer uma principalização do direito civil, com suas consequências para o novo modelo de interpretação jurídica. Assinale-se, ainda, que os princípios não são normas, dentro da concepção normativista do direito. Não comportam, por isso, aplicação imediata. Sua finalidade é orientar o intérprete de construir a norma adequada ao caso concreto. Sua presença, como elementos não lógicos, como são também os valores, deve impedir que se continue aceitando a silogística dedutiva no processo de interpretação e realização do direito, e justificam um novo modelo de interpretação para o direito civil brasileiro, diverso da tradicional interpretação exegético-analítica que acompanham o código de Beviláqua no curso do século XX. Vive-se em outra época, outras são as exigências sociais e culturais. Por isso também, outro modelo de interpretação jurídica” (Id.)



caso concreto que se apresenta ao intérprete. O reconhecimento dos princípios como fundamentos constitutivos e normativos do direito conduz então à possibilidade de um novo modelo interpretativo, a interpretação conforme os princípios.

[...]

[...] abre-se para uma interpretação conforme aos princípios, em uma substituição da *ratio legis* pela *ratio iuris*, isto é, uma decisão jurídica conforme não à lei mas sim ao próprio direito. Obtém-se, com isso, uma gradativa passagem do normativismo-legalista da modernidade, cujas principais coordenadas, já mencionadas, eram a norma jurídica como ponto de partida, a concepção do direito como um sistema de normas e o pensamento jurídico como intencionalmente referido a normas, com o objetivo de sua aplicação tendencialmente dedutiva desse mesmo sistema, para uma perspectiva capaz de recuperar o sentido próprio do direito, o direito como *iuris prudentia*, por isso mesmo chamado jurisprudencialismo, cujas coordenadas seriam o caso, o problema, como ponto de partida, os princípios axiológico-normativos como fundamento, e o pensamento jurídico como pensamento judicativo-decisório.

Embora também se sustente que os institutos da separação e do divórcio possuem finalidades distintas, não havendo qualquer obstáculo para o atendimento da pretensão pela separação, que está totalmente regulada pela legislação infraconstitucional, a evolução do pensamento humano e da sociedade não mais tolera que se mantenha um procedimento inócuo para o fim de atender ao interesse de alguns poucos casais, que, não tendo certeza quanto ao fim do relacionamento, optem pela separação para garantia da retomada do vínculo, em caso de arrependimento.

Na verdade, em caso de arrependimento, novo casamento deve ser realizado, o que, aliás, produzirá os mesmo resultados práticos almejados pelos nubentes.

Note-se, também, que se um dos cônjuges desejar a extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio, não será possível manter o casamento, ainda que o outro deseje somente se separar.

A manutenção do instituto por conta da crença religiosa de alguns, para quem a dissolução do vínculo é proibida, também não se justifica,

já que, de acordo com o próprio ensinamento religioso, se houve quebra do casamento, os nubentes já descumpriram a orientação religiosa de vida em comum até que a morte os separe.

Em outros termos, a defesa da manutenção de tal status não pode ser admitida pelo ordenamento jurídico.

E não se diga que o posicionamento ora assumido fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual também é preservado, em respeito à regra maior de que o indivíduo deve ser o fundamento de todo o sistema, sendo a garantia da dignidade um dos fundamentos do Estado de Direito<sup>46</sup>.

Afinal, a dignidade da pessoa humana deve considerar os valores sociais relevantes e não valores individuais e egoísticos.

Note-se que o respeito à dignidade da pessoa humana orienta o intérprete na aplicação do direito, possibilitando que tais valores sociais, porque relevantes, sejam observados para a efetiva realização de justiça e preservação da correspondência entre a positivação da norma e a justiça que dela se espera.

Ao conceituar dignidade, Artur Francisco Mori Rodrigues Motta<sup>47</sup> bem pondera que:

Dignidade é uma palavra que possui diversos significados, mas normalmente correlata a “**merecimento ético**”, em razão de um status social ou de condutas baseadas na honestidade e honradez. É uma atribuição outorgada a quem seja “merecedor”. Pessoa humana é uma identificação jurídica baseada em critérios biológicos e filosóficos, diferenciando os Homens dos demais seres vivos, de máquinas e objetos inanimados. Taxonomicamente “humano” é o *homo sapiens* (“homem sábio”). A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém “ser humano”, se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição sócio-econômica.

<sup>46</sup> É o que dispõe o art. 1º, III, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]”.

<sup>47</sup> MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. *A dignidade da pessoa humana e sua definição*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14054](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054)>. Acesso em: 5 fev. 2017.

É um princípio fundamental incidente a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de personalidade jurídica ao titular, a qual normalmente ocorre em razão do nascimento com vida. É um critério unificador de todos os direitos fundamentais ao qual todos os direitos humanos e do homem se reportam, em maior ou menor grau, apesar de poder ser relativizado, na medida em que nenhum direito ou princípio se apresenta de forma absoluta.

Também sobre a dignidade da pessoa humana, nos dizeres de Ana da Cunha Gouvea Costa<sup>48</sup>:

A inserção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos republicanos, no Título I, no primeiro artigo da Constituição Federal brasileira, comprova sua precedência interpretativa sobre todos os demais dispositivos constitucionais que lhe seguem. Isso significa que a dignidade da pessoa humana não constitui mera declaração de conteúdo ético-moral, mas transcende tal dimensão, apresentando toda sua índole de eficácia jurídico-positiva constitucional. Nesse contexto em que a dignidade em questão foi erigida como valor jurídico fundamental da comunidade, ela atua como valor-guia, não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica, haja vista a eficácia normativa da Constituição. Daí afirmar-se que a dignidade da pessoa humana, como valor-fonte fundamental do direito, é o princípio mais relevante de nossa ordem jurídica, na medida em que lhe confere unidade de sentido e valor, condicionando toda exegese e aplicação do direito vigente. É esse o entendimento de Ingo Sarlet: impõe-se seja ressaltada a função hermenêutico-integradora do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restan-

<sup>48</sup> COSTA, Ana da Cunha Gouvea. A violação positiva do contrato. (Monografia apresentada para conclusão do curso de pós-graduação lato sensu Ordem Jurídica e Ministério Público da FESMPDFT). *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, Brasília, DF, ano 19, p. 7-99, nov. 2011. Edição Especial.

te das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna [...] o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência.

Sob esta ótica de respeito ao indivíduo, não se pode ignorar, como anteriormente visto, que o Direito de Família é extremamente vivo e dinâmico, fadado a atender às novas condições e necessidades sociais. Urge, portanto, o reconhecimento da nova realidade, pautada pela extinção de institutos obsoletos e em descompasso com os novos anseios sociais.

Outro ponto defendido pelos que sustentam a manutenção da separação judicial está em sua necessidade para garantia da discussão de culpa<sup>49</sup>, notadamente em função dos ilícitos de família.

Todavia, a culpa não se mostra justificativa relevante quando se tem em vista que todos os problemas em torno dela poderão ser discutidos em ação própria. Pouco razoável, portanto, justificar a existência da ação de separação judicial tão somente com essa finalidade.

Em verdade, com o novo Código de Processo Civil e a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito, nos termos de seu artigo 356<sup>50</sup>, nem mesmo há necessidade de ação autônoma, pois, a parte interessada pode, no mesmo processo, postular pelo divórcio e discutir culpa, obtendo julgamento imediato em relação ao pedido que não demanda mais qualquer requisito (dissolução do vínculo matrimonial) e prorrogando o debate das demais matérias que dependerão de instrução.

José Fernando Simão, em artigo recente<sup>51</sup>, ratifica sua posição inicial, firmada ao tempo da mudança constitucional, corroborando que:

<sup>49</sup> Mercedes Cristina Rodrigues Vera, em dissertação apresentada a Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (*A culpa na separação e no divórcio*, 2008), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz, defende que “a exclusão da culpa como causa de separação inviabiliza a possibilidade de se obter a reparação do dano decorrente da violação dos deveres do casamento, em especial nos casos que eles excederem à normalidade, deixando o cônjuge agredido em seus direitos pessoais sem a resposta legal a que faz jus” (p. 174).

<sup>50</sup> Artigo 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I – mostrar-se incontroverso; II – estiver em condições de julgamento, nos termos do artigo 355. [...]

<sup>51</sup> SIMÃO, José Fernando. *A culpa e o fim da conjugalidade*: diálogo entre o Código Civil brasileiro e o português. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-29/processo-familiar-culpa-fim-conjugalidade-dialogo-entre-brasil-portugal>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

Após um debate apaixonado e feroz (destruidor de amizades e acirrador de inimizades), o Direito brasileiro se acomodou, e efetivamente já não há mais qualquer debate quanto à culpa de um ou ambos os cônjuges sobre o fim do casamento.

A separação judicial litigiosa desapareceu do sistema e se consolidou no sistema a percepção de que o casamento termina quando o afeto e a comunhão de vidas cessam. Assim, o divórcio não exige causa ou motivo. Basta que um ou ambos os cônjuges o desejem. Não há inquirição sobre os fatos que levaram à decisão. Tais fatos são irrelevantes para a solução da demanda, que, aliás, será procedente. O divórcio é direito potestativo e irresistível. A separação judicial litigiosa não mais existe, logo, não há um locus de imputação de culpa pelo fim do casamento. A vantagem do novo sistema é clara: as mazelas humanas, as razões de insucesso afetivo, as idiossincrasias pessoais não vão aos autos e não servirão de acirramento de conflito nem de exposição inútil da intimidade daquele casal.

Portanto, a manutenção apenas do divórcio em nosso ordenamento jurídico está em consonância com o respeito à dignidade da pessoa humana, na medida em que a autonomia privada e a realização pessoal são princípios fundamentais do Direito de Família moderno, os quais refletem a evolução do pensamento humano e os novos valores sociais, que merecem acolhimento pelo sistema jurídico. Acolhimento possível justamente por meio de interpretação sistemática e principiológica<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Como bem esclarece Carlos Maximiliano, “a Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É a tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para consegui-lo, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*. Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico. Interpretar é esclarecer, dar o significado de um vocábulo, reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão, extrair de uma frase tudo o que nela se contém. [...] Consiste o *Processo Sistemático* em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repertório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. [...]”

### Como bem pondera Claudio Luiz Bueno de Godoy<sup>53</sup>:

[...] o que se procura, em um novo modelo de autonomia privada, compatível com o sistema jurídico implantado pelo paradigma do Estado Social, é garantir às partes um poder normativo, um poder de criar certa normativa, no dizer de Ferri, mas, sempre, nos moldes dos valores que a Constituição e, na sua esteira, as normas infraconstitucionais impõem para êxito do programa axiológico do ordenamento. Em outras palavras, exigências de índole social e promocional dos valores básicos do ordenamento jurídico se justapõem aos interesses privados dos indivíduos, porém sem desnaturá-los ou sem que, como regra, eles sejam institucionalizados, assumindo o Estado como seus esses interesses, assumindo mesmo sua titularidade. Essa a relevante observação de Pietro Barcellona, segundo a qual o Estado, como se dá no direito italiano, e sem que se entreveja como norma geral, qualquer distinção para o direito pátrio, opta por preservar a individualidade dos interesses das partes, porém conferindo-lhes tutela e eficácia jurídica desde que se ostentem mercedores de proteção segundo o princípio da socialidade. Para o autor, os interesses dos particulares não transcendem os próprios

---

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com os outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu próprio lugar. De princípios mais ou menos gerais, deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Todo ramo de conhecimentos se inicia pelo exame e fixação de fenômenos isolados, verificações parciais; na tendência unificadora dos princípios esparsos, na comunidade de representação e de raciocínio entre os seres pensantes está o sinal da objetividade da concepção jurídica; e é na passagem do subjetivo para o objetivo que a ideia, o plano se convergem num sistema; é mediante a generalização que um ramo de estudos especiais se eleva à categoria de verdadeira ciência” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 1 e p. 129-131.). E bem ressalva o doutrinador: “o magistrado moderno, libertado das estreitezas da dogmática, investido da prerrogativa de melhorar a lei e suprir-lhe as lacunas, guiado pela finalidade humana, atento aos fatores sociológicos dos fenômenos jurídicos, não pode ter apenas a tradicional cultura romanista e clássica; necessita de um preparo menos especializado, mais amplo e completo”, mas ele deve se manter sempre vigilante, a fim de não sobrepor, sem o perceber, de boa-fé, o seu parecer pessoal à consciência jurídica da coletividade (Id., p. 75-77 e p. 105).

<sup>53</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

sujeitos e não se institucionalizam, de modo ao Estado, diretamente, fazê-los atuar com vista aos fins sociais estabelecidos, o que seria uma opção do sistema, mas, antes, permanecem na esfera individual, coordenando-se com a realização das exigências sociais, desde que apareçam compatíveis com determinada disciplina do comportamento privado, que os torne merecedores de tutela.

E prossegue o doutrinador, citando Fernando Augusto Cunha de Sá e Louis Josserand<sup>54</sup>:

[...] a relatividade dos direitos seria postulada, desde sempre, pela sua própria origem: produtos sociais, destinados a preencher uma missão social, sob pena de renegarem a própria filiação certa e invariável, que supõe um consentimento de comunidade social, quer expressamente emanado dos poderes públicos, como é a hipótese fulgar, quer retirado directa e instintivamente da consciência colectiva, que se torna ou permanece o seu próprio legislador. Daí, segundo conclui, qualquer direito ou prerrogativa deve funcionalizar-se a um fim social, pois estas prerrogativas não são sociais apenas pela sua origem e sua génese, são-no ainda pelo fim para que tendem, pela sua finalidade. De fato, como já acentuava o próprio Louis Josserand, as prerrogativas, mesmo as mais individuais e egoísticas, são ainda produtos sociais, seja na forma, seja no fundo: seria inconcebível que elas pudessem, ao grado de seus titulares, se livrar da marca característica original e ser empregadas para todas as necessidades, mesmo fossem elas inconciliáveis com sua filiação e com os interesses os mais urgentes, os mais certos, da comunidade que as concedeu.

A legislação infraconstitucional, incompatível com a nova ordem constitucional, deve, portanto, ser aperfeiçoada para a correta adequação do sistema.

---

<sup>54</sup> Id., p. 128.

## Bibliografia e sites

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos,

ALVES, Jones Figueiredo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.). VIANA, Rui Geraldo Camargo (Orient.). *Dez anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf).

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ASCOM IBDFAM. *A trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: em: 16 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais*: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011.

CABRAL, Lidia Caldeira Lustosa. Separação judicial. Um instituto jurídico derogado? *R. EMERJE*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p.19-124, out.-dez. 2011.

COSTA, Ana da Cunha Gouvea. A violação positiva do contrato. (Monografia apresentada para conclusão do curso de pós-graduação lato sensu Ordem Jurídica e Ministério Público da FESMPDFT). *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, Brasília, DF, ano 19, nov. 2011. Edição Especial.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DANTAS, San Thiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. Disponível em: <[http://www.maria-berenice.com.br/uploads/div%F3rcio\\_ja%281%29.pdf](http://www.maria-berenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja%281%29.pdf)>.

DIAS, Paula Barata. A influência do Cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade Tardia. *Ágora. Estudos Clássicos em Debate*, n. 6, p. 99-133, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. As relações paterno-filiais à luz do direito civil contemporâneo: reflexões sobre o poder familiar e a autoridade parental. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.). VIANA, Rui Geraldo Camargo



(Orient.). *Dez anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf).

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 3, 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.v. VI: Direito de família.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 62, mar. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre, n. 24, 2004.

\_\_\_\_\_. *Famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAINE, Henry James Sumner. *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*. Tucson: The University of Arizona Press, 1986.

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

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 339.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 2: Direito de família.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. *A dignidade da pessoa humana e sua definição*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14054](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054)>. Acesso em: 5 fev. 2017.

OLIVEIRA, Euclides de. *Separação ou divórcio?* Considerações sobre a EC 66. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>.

\_\_\_\_\_. Novas perspectivas do direito de família. *Justitia*, São Paulo, v. 64, n. 197, jul./dez. 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Separação judicial: uma boa desculpa para se ressuscitar a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-26/processo-familiar-separacao-judicial-desculpa-volta-discussao-culpa#author>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

PINTO, Fernando Henrique. *EC não revoga prazos legais para separação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-18/emenda-constitucional-poe-fim- apenas-sociedade-conjugal>>.

SANTOS, Luis Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI113659,31047-Emenda+do+divorcio+cedo+para+comemorar](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI113659,31047-Emenda+do+divorcio+cedo+para+comemorar)>.

SANTOS NETO, Francisco Amaral dos. O direito civil no paradigma da complexidade. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.). VIANA, Rui Geraldo Camargo (Orient.). *Dez anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf).

SILVA, Débora dos Santos; BARUFFI, Heder. Casamento e divórcio: algumas reflexões em torno da Emenda Constitucional n. 66/2010. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 11, n. 2, p. 433-450, jul./dez. 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio – a revolução do século em matéria de direito de família – a passagem de um sistema antidivorcista para o divorcista pleno. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 17, p. 14-26, ago./set. 2010.

SIMÃO, José Fernando. *A culpa e o fim da conjugalidade: diálogo entre o Código Civil brasileiro e o português*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-29/processo-familiar-culpa-fim-conjugalidade-dialogo-entre-brasil-portugal>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213.

TARTUCE, Flávio. *A Emenda Constitucional 66/2010 e os alimentos pós-divórcio*. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2538243/artigo-a-emenda-constitucional-66-2010-e-os-alimentos-pos-divorcio-por-flavio-tartuce>>.

VERA, Mercedes Cristina Rodrigues. *A culpa na separação e no divórcio*. 2008. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo et al. (Org.). *Temas atuais do direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 17-51.

\_\_\_\_\_. Evolução histórica da família brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: a família na travessia do milênio, 2., Belo Horizonte, 2000. Anais... Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

## Sites

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/comentarios.pdf>.

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/450217.pdf>.

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/525174.pdf>.

[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/enfim\\_o\\_fim\\_da\\_separacao.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/enfim_o_fim_da_separacao.pdf).

<http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possibilidade-separacao-judicial>.

<http://www.conjur.com.br/2010-ago-18/emenda-constitucional-poe-fim- apenas-sociedade-conjugal>.

[www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI113659,31047-Emenda+do+divorcio+cedo+para+comemorar](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI113659,31047-Emenda+do+divorcio+cedo+para+comemorar).

<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2377620/integra-do-acordao-do-cnj-sobre-a-alteracao-da-resolucao-n-35-em-razao-da-emenda-constitucional-n-66-2010>.

[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia/default\\_caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm).

[www.piedade.sp.gov.br](http://www.piedade.sp.gov.br) e [www.tapirai.sp.gov.br](http://www.tapirai.sp.gov.br).

# Separação e divórcio no Direito brasileiro: algumas questões relevantes no plano material e processual

*Gilberto Carlos Maistro Junior*<sup>1</sup>  
Advogado

**Resumo:** o Direito de Família brasileiro, em especial no tocante ao seu instituto de maior destaque – o casamento –, sofreu diversas alterações no plano legislativo, em especial a partir do Decreto 181/1890, com o reconhecimento da natureza civil do casamento e, depois, com o Código *Bevilácqua*, passando pela Lei do Divórcio de 1977, a Constituição Federal de 1988 até chegar à Emenda Constitucional nº 66/2010. Por força desta, o divórcio foi elevado a direito potestativo, o que resultou na polêmica ainda não solucionada quanto à extinção do instituto da separação em razão do desaparecimento da necessidade do sistema bifásico bem como da supressão das referências constitucionais a ela, entre outros fundamentos. Decisão do STJ, havida em 2017, reforçou a manutenção da separação como opção para as pessoas casadas que não pretendam o divórcio de imediato, resguardando o direito de reconciliação e, assim, de restabelecimento do matrimônio, o que não afasta a existência de respeitáveis posições em contrário. No mais, o CPC/2015 trouxe previsões acerca dos procedimentos para a separação e para o divórcio, tanto consensuais quanto litigiosos, no plano judicial, bem como os requisitos para a obtenção da dissolução quer da sociedade conjugal, quer do vínculo matrimonial pela via administrativa. As referidas previsões, entendemos, não contribuem para a solução da polêmica quanto à manutenção do instituto da separação no sistema brasileiro.

---

<sup>1</sup> Mestre (Universidade Metropolitana de Santos/SP) e Doutorando (Faculdade Autônoma de Direito/SP – FADISP) em Direito. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI. Professor Titular na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO. E-mail: maistro.junior@gmail.com.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Direito de Família e a resistência ao divórcio no Código Civil de 1916: algumas linhas sobre as lições de Clóvis Bevilácqua. 3. O fim do casamento pela vontade das partes. 3.1. A extinção do vínculo matrimonial: breves considerações sobre o divórcio. 3.2. O divórcio em juízo: as novidades introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015. 3.3. A separação de direito no Brasil. 3.4. A polêmica acerca da manutenção da separação no direito brasileiro pós-Emenda Constitucional no 66/2010. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

## 1. Introdução

Trata-se o presente estudo da síntese do que entendemos como as principais questões acerca da separação e do divórcio no Direito brasileiro, no plano material e no processual.

De início, serão traçadas breves linhas sobre a disciplina do tema, aqui enfrentado, no projeto de Clóvis Bevilácqua e na sua tramitação até culminar na edição do anterior Código.

Na sequência, passar-se-á ao estudo do divórcio, com destaque para os reflexos da Emenda Constitucional nº 66/2010 sobre o instituto da separação de direito no Brasil.

Abordar-se-á, também, as inovações procedimentais trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 à separação e ao divórcio. Esse o caminho que será percorrido a partir de agora.

## 2. O Direito de Família e a resistência ao divórcio no Código Civil de 1916: algumas linhas sobre as lições de Clóvis Bevilácqua

O Direito de Família foi merecedor de destaque e atenção por ocasião do Código Civil de 1916, no qual ao dito ramo foi dedicado o Livro I da Parte Especial (artigos 180 a 484).

Nesse tempo, Clóvis Bevilácqua defendia a necessidade da codificação para fim de atender aos anseios de clareza e sistematização e, do ponto de vista social, garantir o aumento da precisão e da segurança, da harmonia e da recíproca elucidação dos dispositivos, a partir de princípios e institutos nele fecundados, evitando-se os malefícios de sua *ação dispersiva*<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 11.

Afirmava que as condições gerais vivenciadas à época, no Brasil, *solicitavam* as codificações. Destaca que, após a Proclamação da Independência (1822), em 20 de outubro de 1823, determinou-se vigorar, no Império, as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal (até 25 de abril de 1821), “enquanto não fosse organizado um novo Código” ou, então, até que fossem “especialmente alteradas”. Ao lado disso, a Constituição Imperial de 1824 carregava, no artigo 179, XVIII, que deveriam ser organizados, o “quanto antes”, um Código Civil e um Criminal, “fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”<sup>3</sup>.

Destacava Bevilácqua que, nesse período pós-independência política brasileira, o ordenamento pátrio continuou pautado em Ordenações já revogadas até no país de origem, e que, segundo afirmara Teixeira de Freitas, eram *pobríssimas* e exigiam suplementos, o que levou à edição de muitas leis extravagantes, promulgadas sob as pressões de necessidades diversas, a tornar forçoso sair desse emaranhado cipocal pela via da elaboração de um Código<sup>4</sup>.

Não ignorava, porém, a existência de vozes contrárias à codificação civil, dentre as quais destacava as de Inglês de Souza e Ruy Barbosa, este último contrário à pressa dada à questão, que, segundo afirmava, responderia pela produção de uma obra “tosca, indigesta, aleijada”. Aliás, Ruy Barbosa chegou a criticar de modo veemente a escolha de Bevilácqua para a elaboração do projeto de Código Civil, por considerá-lo um “noviço ainda não amadurecido” para tanto, pelo que concluía que a escolha “fora um rasgo do coração, não da cabeça”. Afirmou, ainda, que a Clóvis Bevilácqua faltava um requisito essencial para a tarefa: “a vernaculidade, a casta correcção do escrever”, algo primário nessa empreitada, pois, qualquer falha “na sua estrutura idiomática” assumiria “proporções de deformidade”<sup>5</sup>.

Mas diversas foram as opiniões em sentido contrário, de apoio ao projeto de codificação civil e à escolha de Bevilácqua para tanto, o que permitiu o auspicioso início dos trabalhos bem como a sorte de desenvolver-se “desassombradamente”<sup>6</sup>.

Seguiu-se com o projeto, marcado por propostas que interessavam às relações familiares tanto na parte especial quanto na parte geral.

<sup>3</sup> BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 11-12.

<sup>4</sup> BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 12-13.

<sup>5</sup> BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 22-24.

<sup>6</sup> BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 24.

No que toca especificamente ao objeto deste singelo estudo, vale destacar que, durante as discussões do projeto, na Câmara, no âmbito da Comissão Especial formada para tanto e das sessenta reuniões havidas entre 27 de julho de 1901 e 18 de janeiro de 1902, destacaram-se as pertinentes ao divórcio, que, por fim, acabou por não ser admitido<sup>7</sup>.

Nesse sentido, observa-se no artigo 267 do texto original do Código Civil de 1916 a inexistência de qualquer alusão ao divórcio. O referido dispositivo elencava os meios de dissolução da comunhão de bens, a saber: I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela sentença que anula o casamento; e III – pelo *desquite*<sup>8</sup>. Já os três incisos do artigo 315 do mesmo texto original tratavam das causas de dissolução da sociedade conjugal, justamente as mesmas três (morte, anulação por sentença e *desquite*<sup>9</sup>, de novo sem referência ao divórcio<sup>10</sup>.

Beviláqua, em comentários a este último artigo, afirmava que a preferência entre divórcio e *desquite* foi debatida, durante a tramitação do projeto, com *solenidade excepcional*, marcada pela diversidade de opiniões *irredutíveis*<sup>11</sup>. Anísio de Abreu, Fausto Cardoso, Adolpho Gordo, Vergne de Abreu e Sá Peixoto defenderam o divórcio, mas encontraram resistência nas vozes de M. F. Correia, Alencar Araripe, Andrade Figueira, Coelho Rodrigues, Gabriel Ferreira, Guedelha Mourão e Lima Drummond. Salientava, ainda, que as dificuldades encontradas na rigidez de posicionamentos se justificavam no fato de que a matéria transcendia o campo do direito, adentrando aos domínios da sociologia

<sup>7</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 41.

<sup>8</sup> O que sofreu alteração com a Lei 6.515/1977, a “Lei do Divórcio”, artigo 2º, como explica Paulo Lúcio Nogueira (*Lei do Divórcio comentada*. p. 3.).

<sup>9</sup> Sobre a “*ação de desquite*”, vide Código Civil de 1916, texto original, artigos 316 a 327. Observe-se, outrossim, que os referidos dispositivos do Código Civil (artigos 315 a 328 que, é evidente, abarcam os mencionados artigos 316 a 327), foram expressamente revogados pela Lei 6.515/1977, artigo 54. Nesse sentido, vide o referido dispositivo legal, bem como os comentários de Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (*Separação e divórcio: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: LEUD, 1999. p. 31-32.) e de Paulo Lúcio Nogueira (*Lei do Divórcio comentada*. p. 90.).

<sup>10</sup> Paulo Lôbo destaca que, desde a colonização portuguesa até a Lei do Divórcio (1977), “prevaleceu a indissolubilidade do casamento, projetando-se no direito civil a concepção canônica da Igreja Católica de ser o matrimônio instituição divina, que jamais poderia ser extinto por ato dos cônjuges. Nem mesmo a separação entre o Estado e a Igreja, com o advento da República, foi suficiente para secularizar a desconstituição do casamento, que sofreu forte resistência das organizações religiosas católicas. Sob o regime do Código Civil de 1916 apenas era admitido o *desquite*, que permitia a dissolução da sociedade conjugal, mas não do casamento” (*Direito civil: famílias*. p. 126.).

<sup>11</sup> A questão exibia-se tão polêmica que, segundo Eduardo Espínola, houve quem propusesse como solução dar-se aos cônjuges, quando do casamento, a possibilidade de escolher entre o estabelecimento de uma união indissolúvel ou ter a permissão futura para o divórcio. (*A família no direito civil brasileiro*. p. 466-467.).

e tocando à moral, aos costumes e à educação. Complementava com a afirmação de que as opiniões acerca do tema estavam atreladas à concepção que cada um tinha do mundo e, em particular, da sociedade, o que demonstrava inexistir qualquer tendência à resolução. Todavia, destacava a relevância do debate em razão de se tratar – a possibilidade do divórcio – de “questão da mais alta relevância, por entender com a organização da família”. Disso, a importância de analisar as razões do afastamento da possibilidade de divórcio<sup>12</sup>.

Nesse compasso, indicava que a indissolubilidade inerente à atribuição católica de caráter sacramental ao matrimônio se contrapõe à feição contratual do casamento, que lhe retira a perpetuidade. Apon-tava, contudo, diversas razões que poderiam sustentar a indissolubi-lidade da união para além do aspecto religioso<sup>13</sup>, dentre as quais a relevância social do casamento, a extrapolar os limites dos interesses particulares do casal e justificar a imposição de limites à liberdade individual e ao egoísmo das pessoas casadas em benefício das neces-sidades da sociedade, da prole e dos próprios cônjuges que, tomados pela emoção e sob os influxos das paixões, afastadores da necessária reflexão, fariam da possibilidade de dissolução um verdadeiro “incentivo” para que o divórcio se verificasse, comprometendo a segurança, a tranquilidade e o bem-estar. Trazia a lume o pensamento de Hume e de Portalis, segundo os quais a indissolubilidade do casamento atua sobre os cônjuges como “elemento moderador das paixões e consolida-dor da amizade recíproca”, de modo a conduzir o casal ao esqueci-mento das pequenas desavenças, que poderiam se avultar diante da possibilidade do divórcio. Por isso, concluía que a “exaltação das paixões, que tende a dominar a inteligência e a vontade” exige a im-posição de um “freio poderoso” o suficiente para contê-las<sup>14</sup> – esse freio seria o afastamento da possibilidade do divórcio. Ademais, à ocasião, a indissolubilidade do casamento era “princípio constituicional no Brasil (Constituição, art. 124)”<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> BEVILÁCCUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 743.

<sup>13</sup> Embora, em outra obra, tenha apontado elementos de cunho religioso para a sustentação do posicionamento contrário ao divórcio, indo além do catolicismo. Nesse diapasão, assim pontuou BEVILÁCCUA: “Ao próprio Mahomet não haviam escapado os inconvenientes da facilitação do divórcio. Se faltam boas razões, diz IBRAHIM HALEBI, o muçulmano não pode aprovar o divórcio, nem religiosa nem juridicamente. Abandonando a mulher, caprichosamente, o marido chama sobre si a ira divina, diz o profeta. E não podem os legisladores atuais mostrar-se menos previdentes do que o fundador do islamismo”. (*Direito da Família*. p. 286.).

<sup>14</sup> BEVILÁCCUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 743-744.

<sup>15</sup> BEVILÁCCUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 745.



Embora reconhecesse que, já à época, havia clara tendência de expansão do divórcio<sup>16</sup>, citando, como exemplo, o havido na França<sup>17</sup>, percebe-se que Bevilacqua engrossava as fileiras daqueles que entendiam que a possibilidade de extinção do vínculo matrimonial não deveria ser admitida entre nós. Chegou até a afirmar que o Congresso merecia os aplausos das “melhores consciências” ao repelir a introdução da possibilidade do divórcio na ordem jurídica pátria e, assim, não atirar a sociedade brasileira “nesse despenhadeiro”, posição que sustentou a partir da maximização dos números de problemas sociais observados na França após o restabelecimento da possibilidade de divórcio, entre os quais a elevação das queixas de adultério, a queda da natalidade, o aumento dos crimes por “paixão amorosa” e, segundo estudos, de suicídios, estes últimos elevados a “cifras apavorantes”. Afirmou, ainda, a partir do verificado na França frente ao restabelecimento da possibilidade do divórcio, que este instituiria a realidade de casamentos “*temporários*”, e, dentro de alguns anos, o estabelecimento de um “estado não distante das uniões passageiras, e da promiscuidade”<sup>18</sup>.

Em outra oportunidade, Bevilacqua esclareceu que, em um primeiro momento, inclinava-se a admitir a possibilidade do divórcio, com certa reserva e de modo bastante limitado. Após meditar sobre a questão, teria mudado de posição, pois, considerava que a permissão do divórcio levaria a sucessivas dissoluções matrimoniais e que a possibilidade de novos casamentos seria lamentável imprevidência<sup>19</sup>.

Interessa esclarecer que, antes, o Decreto nº 181/1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, trazia previsão acerca do *divórcio*, mas referia-se apenas ao *thoro et mensa*, ou seja, o divórcio canônico, “que acarretava somente a separação de corpos, mas não rompia o vínculo matrimonial. O Código Civil de 1916 previa o desquite como forma de extinção da sociedade conjugal, sem também o rompimento do aludido vínculo”<sup>20</sup>. Por isso, o divórcio vincular – ou seja, com o efeito de dissolver o vínculo matrimonial e possibilitar um novo casamento (em es-

<sup>16</sup> Expansão esta, depois, também reconhecida na obra de Eduardo Espínola, no sentido de que, embora nosso sistema não admitisse o divórcio, esta aos poucos deixava de ser a realidade mundial que, em meados do século passado, já via o instituto reconhecido “pela grande maioria dos sistemas legislativos” então contemporâneos. (*A família no direito civil brasileiro*. p. 462.).

<sup>17</sup> “A tendência, que o divórcio revela para ampliar-se, é por toda a parte, assustadora. Na França, em 1885, em seguida à lei que restabeleceu o divórcio, 4.277 casais aproveitaram-se da faculdade, que lhes era oferecida; em 1911, o número de divórcios ascendeu a 6.374, e, em 1924, foi além de 21.000” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 745.).

<sup>18</sup> *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. p. 745.

<sup>19</sup> *Direito da família*. p. 286-287.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 6: Direito de família, p. 200.

pecial, civil) – somente passou a ser realidade na sociedade brasileira com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (a Lei do Divórcio), que regulamentou a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho do mesmo ano, esta última responsável pela supressão do caráter vitalício do casamento a partir da nova redação dada ao artigo 175, § 1º, do então vigente texto constitucional (fruto da Emenda de 1969).

### 3. O fim do casamento pela vontade das partes

Para o direito canônico, o casamento tem uma natureza mista, pois, embora estabelecido a partir da convergência de vontades livres para fim da formação da relação jurídica matrimonial, e, assim, consistir em contrato<sup>21</sup>, é, principalmente, um *sacramento*.

Sendo assim, na união matrimonial estabelece-se um consórcio para a vida toda, consoante se nota no Cân. 1055, § 1º:

Cân. 1055 – § 1. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento<sup>22</sup>.

Pode-se afirmar que a vitaliciedade imposta ao pacto matrimonial concretiza interpretação dada pela doutrina católica-cristã à Sagrada Escritura, especificamente ao que traz a Bíblia em Mateus 19: 5-6: “Por isso, o homem deixará seu pai e sua mãe e se unirá à sua mulher; e os dois formarão uma só carne. Assim, já não são dois, mas uma só carne. Portanto, não separe o homem o que Deus uniu<sup>23</sup>”.

<sup>21</sup> Traz o Código de Direito Canônico, no Cân. 1057: “Origina o matrimônio o consentimento entre pessoas hábeis por direito, legitimamente manifestado, o qual não pode ser suprido por nenhum poder humano. § 2. O consentimento matrimonial é o acto da vontade pelo qual o homem e a mulher, por pacto irrevogável, se entregam e recebem mutuamente, a fim de constituírem o matrimônio” (*Código de direito canônico* – promulgado por S. S. Papa João Paulo II. Versão portuguesa, tradução de António Leite. 4. ed. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa; Braga: Apostulado da Oração, 1983. p. 187. Disponível em: <[http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici\\_po.pdf](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf)>. Acesso em: 1 out. 2017.).

<sup>22</sup> O referido Cânnon se encontra no Livro IV – *Do munus santificador da Igreja*. Parte I – *Dos sacramentos*. Título VII – *Do Matrimônio*, do Código de Direito Canônico. Na sequência, o mesmo Cân. 1055 (op. cit., mesma página), em seu § 2º, reforça que não há casamento que não se considere um sacramento (“§ 2. Pelo que, entre batizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja, pelo mesmo facto, sacramento”). Vide: *Código de Direito Canônico*, cit., p. 186.

<sup>23</sup> Bíblia online. Disponível em: <<https://www.biblionline.com.br/vc/mt/19>>. Acesso em: 1 out. 2017.

Disso resulta a indissolubilidade e a unidade do casamento, fixada no Cân. 1056<sup>24</sup> e por muitos anos refletida no direito brasileiro, que tinha o casamento como vitalício.

A clara influência política e social da Igreja Católica conseguiu, por muito tempo, manter tais características do casamento introjetadas na própria legislação civil brasileira. Não à toa, o Brasil foi um dos últimos países a reconhecer às pessoas casadas o direito ao divórcio.

Ocorre que não se pode negar o fato de que as uniões matrimoniais podem vir a sucumbir diante de diversos fatores e adversidades. As pessoas naturais, em constante evolução diante de suas inegáveis imperfeições, podem decidir e agir de modo tal a fazer da vida em comum indesejada ou, por vezes, insuportável.

Diante de situações como essa, o casamento perde a sua essencial razão: deixa de existir efetiva comunhão de vidas para que se tenha, no cotidiano, insatisfação e até infelicidade. Consequentemente, a inexistência da possibilidade de desfazimento da união, do ponto de vista jurídico, acaba por resultar em incentivo ao descumprimento de obrigações conjugais: a vida em comum deixa de existir, mesmo quando ainda vivem os cônjuges sob o mesmo teto, e, depois, não raro, conduz à separação de fato, e, pior, ao estabelecimento de nova ou novas uniões informais, com todos os problemas práticos dela decorrentes.

A isso, acresça-se que, tendo natureza contratual, exibe-se altamente discutível a viabilidade do estabelecimento de regra no sentido da vitaliciedade do vínculo quando ambas as partes não mais desejam mantê-lo.

Esses fatores, somados à mitigação gradual da influência da Igreja sobre o Estado, fez com que se admitisse também no Brasil a regularização, no plano jurídico, das situações de fato decorrentes do fim da vida em comum, passando a ser admitida a figura do *desquite*, depois chamada de *separação*, bem como do divórcio.

A evolução neste sentido foi lenta, gradual, mas sensível. Observa-se que a Constituição do Império, de 1824, nada trouxe sobre a matéria, sendo certo que, à época, o casamento era ato religioso. O casamento civil, instituído no Brasil pelo Decreto 181/1890, somente surgiu no plano constitucional com o Texto republicano de 1891, incluído no rol dos direitos e garantias individuais (artigo 72, § 4º).

---

<sup>24</sup> “Cân. 1056 — As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade, as quais, em razão do sacramento, adquirem particular firmeza no matrimônio cristão”. In: *Código Canônico*, cit., p. 187.

A partir de então, as Constituições brasileiras não mais deixaram de cuidar das questões afetas à família e do casamento. Todavia, por mais que o estabelecimento do casamento civil tenha promovido uma clara desvinculação jurídica deste com relação aos aspectos religiosos, que praticamente o caracterizavam até então, restou mantido o seu caráter indissolúvel, que somente foi modificado com a Emenda nº 9, de junho de 1977, à Constituição de 1967. Por esta, instituiu-se o *divórcio*, pelo qual o casamento poderia ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos (artigo 175, § 1º). Permitiu, também, com caráter transitório, o decreto de divórcio sem prévia separação judicial nos casos de pessoas casadas antes de 28 de junho de 1977 e separadas de fato há mais de cinco anos.

Na esteira da alteração constitucional, veio a lume a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, com a fixação de que o pedido de divórcio somente poderia ser formulado uma vez (artigo 38), regra que, evidentemente, criou diversos problemas práticos, em especial se considerada a afronta ao direito fundamental à igualdade, ferido diretamente, *v.g.*, nos casos de casamento entre uma pessoa divorciada e outra solteira. Não sem tempo, em 1989, por força da Lei 7.841, o referido dispositivo foi revogado.

A Constituição de 1988, no seu artigo 226, § 6º, de forma inegavelmente relevante, promoveu alterações no que toca aos requisitos para o divórcio, com a diminuição do tempo para o divórcio-conversão (de três para um ano de prévia separação judicial) e para o divórcio-direto (que passou a ser admitido mediante a comprovação de separação de fato há, no mínimo, dois anos, afastando a regra transitória anterior).

Embora claro o avanço obtido quanto à questão do divórcio, alguns entraves ainda permaneciam frente à manutenção dos ditos requisitos para a obtenção da dissolução do vínculo matrimonial. Ocorre que o divórcio somente poderia ser obtido pela via da conversão, com prévia separação judicial, ou, então, de modo direto, após dois anos de separação de fato.

As referidas exigências permitem concluir que, no primeiro caso (divórcio-conversão), o direito brasileiro exigia do casal que não mais podia conviver ou que, na vida em comum, não encontrava mais a felicidade, ou a existência de *culpa*, essencial à chamada separação-sanção, ou das agruras que permitiam a separação-remédio.

Com isso, ignorou-se a possibilidade do desgaste da união conduzir à dita impossibilidade de vida em comum. Mais que isso: ignorou-se a falibilidade humana e a possibilidade de a decisão acerca do casamento

ter-se mostrado precipitada, com o arrependimento posterior dos cônjuges. Não se levou em conta, outrossim, o possível *fim do amor* justificador da vida em comum. Enfim, são inúmeras as situações que não foram levadas em consideração pelo legislador constituinte, nas quais não se tem nem as agruras de saúde nem qualquer infração aos deveres conjugais por parte de qualquer dos cônjuges que, de outro lado, não mais desejam viver em comunhão.

Observa-se que o *amor* e a *vontade*, elementos essenciais ao casamento, continuavam sendo ignorados pelo direito brasileiro, com consequências práticas bastante estranhas.

Percebe-se que a solução a que a lei conduzia muitos casais era a da *transgressão* da norma. A infelicidade conjugal e a fragilidade do espírito humano, não raro, levavam muitas pessoas casadas à violação dos deveres conjugais, inclusive à separação de fato.

Note-se que, mesmo na última hipótese, o sistema impunha que o casal permanecesse nessa situação *irregular* (separação de fato) por, no mínimo, um ano, após o que se mostrava possível a separação-falência. Como esta exige o posterior decreto de divórcio, no plano da realidade, a maioria dos casais, mesmo diante da intenção de regularização do final da vida em comum, decidiu-se por aguardar *mais um ano*, afinal, após o biênio de separação de fato, poderiam obter diretamente o decreto de divórcio. Eis a segunda das hipóteses de divórcio permitidas pelo sistema constitucional e a prova de que também levava, por vezes, à transgressão voluntária da norma, fugindo do seu propósito de servir de caminho para a regularização de uma situação fática consolidada.

Desse modo, ao ignorar o *amor* e a *vontade* dos cônjuges de colocar fim à união matrimonial, as regras então carregadas pela Constituição Federal e refletidas no âmbito infraconstitucional militavam no sentido de *incentivar* a transgressão da norma como caminho para o restabelecimento da paz e da felicidade para muitas pessoas, impedidas de buscar a reconstrução das próprias vidas – inclusive ao lado de outrem.

Em 2010, por força da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho, tais óbices foram afastados em razão da alteração do texto do § 6º do artigo 226 do Texto Maior, que passou a prever a possibilidade de dissolução do casamento civil pelo divórcio, com a retirada de todos os requisitos antes fixados para tanto. Consequentemente, a partir de então, para fim da obtenção do divórcio, o direito brasileiro exige apenas a comprovação do casamento e a manifestação de vontade no sentido da sua dissolução, pela via própria, na forma da lei: não mais remanescem quaisquer outros requisitos.

Na prática, isso significa que não há mais necessidade de prévia separação para fim de se obter o decreto de divórcio, de modo a afastar qualquer necessidade de discussão ou análise da *culpa* de um ou de ambos os cônjuges pelo desfazimento do vínculo matrimonial. Não há, também, qualquer necessidade de prévia separação de fato para tanto, a afastar a necessidade de comprovação da transgressão da obrigação de vida em comum ou de manutenção provisória de uma situação irregular para, posteriormente, obter-se a devida regularização: o elemento temporal antes exigido não mais subsiste em nosso sistema.

Se, inexistentes impedimentos, a vontade conduz à formação do vínculo matrimonial, este restará mantido enquanto aquela persistir ou, sob um outro olhar, se o casamento é ato de vontade, o seu fim não depende de nada além dela.

### **3.1. A extinção do vínculo matrimonial: breves considerações sobre o divórcio**

Como visto, com a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, o divórcio pode ser decretado sem a necessidade de comprovação da prévia separação de fato ou de direito: para tanto, basta à pessoa casada a comprovação do casamento e a manifestação da vontade livre de obter a sua dissolução.

Todavia, isso não afasta a existência de formalidades legais. O divórcio ainda depende ou de decisão judicial ou da formalização do ato por meio de escritura pública, quando admitida a via administrativa.

Portanto, a profunda alteração introduzida no sistema jurídico pela Emenda Constitucional nº 66/2010 dirigiu-se a aspecto de direito material referente à dissolução do casamento, sem, com isso, ter tocado diretamente em qualquer questão procedimental.

Afirma-se, assim, que, no plano processual, para fim do decreto de divórcio, continua sendo relevante reconhecer a existência de duas vias: a judicial e a extrajudicial.

Não se trata de caminhos pelos quais a pessoa casada possa livremente percorrer na busca pela dissolução do casamento: há requisitos claros, previstos na lei, para que seja possível obter o divórcio na via extrajudicial, introduzido pela Lei nº 11.441/2007.

Os referidos requisitos constam, hoje, do artigo 733 do CPC/15, que autoriza a realização do divórcio por escritura pública, título hábil para qualquer ato de registro, bem como levantamento de importância

depositada em instituições financeiras e independente de posterior homologação judicial (artigo 733, § 1º), quando: (1) for consensual – ou seja, não há divórcio extrajudicial se houver resistência de um dos cônjuges à vontade manifestada pelo outro quanto à dissolução do casamento, como não haveria de ser diferente, pois nem o tabelião, nem o escrevente autorizado têm poder para a prática de atos jurisdicionais<sup>25</sup>; e (2) não houver nascituro ou filhos incapazes.

O mesmo artigo, em seu § 2º, esclarece que a opção pela via extrajudicial não dispensa a assistência por advogado ou defensor público, cuja identificação (inclusive qualificação e assinatura) deverá constar do dito ato notarial.

Nada impede, contudo, que o divórcio seja concretizado pela via extrajudicial, inclusive com os benefícios da gratuidade, quando não houver consenso quanto à partilha. Assim se afirma, pois, conforme dispõe o Código Civil, no artigo 1581, o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

Vale destacar, entretanto, que, mesmo diante do preenchimento dos requisitos legais para que reste autorizado o divórcio por escritura pública, ainda assim trata-se de *faculdade* da pessoa casada, de modo que não existe qualquer óbice para que esta opte pela via judicial.

A questão é relevante, pois, o interesse processual pode simplesmente ser verificado diante da constatação da adequação da medida, sua utilidade e necessidade. Pois bem. Frente à possibilidade de solução extrajudicial, poder-se-ia cogitar a inexistência de interesse processual em razão da falta de necessidade de atuação do Poder Judiciário. Como se sabe, o interesse processual consiste em condição da ação, sendo indispensável sua verificação para fim do exame da pretensão levada a juízo, no mérito (CPC/15, artigo 485, VI).

Todavia, interpretação nesse sentido representa afronta direta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, artigo 5º, XXXV), além de consistir em restrição não encontrada no texto legal já que, no artigo 733, *caput*, o CPC/15 traz claramente que o divórcio, a separação e a extinção de união estável, quando consensuais, *poderão* ser realizados por escritura pública, e não que deverão observar esta forma.

Além disso, nota-se nos artigos anteriores (731 e 732) a descrição de procedimento em Juízo, a aclarar definitivamente eventual dúvida que pudesse existir sobre a matéria.

<sup>25</sup> Dispõe o CPC/15, no seu artigo 16: “A jurisdição civil é exercida pelos juizes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código”.

Diante disso, pertinente pontuar as principais questões procedimentais referentes ao divórcio em juízo, em especial no que tange à disciplina trazida pelo CPC/15.

### 3.2. O divórcio em juízo: as novidades introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015

Mesmo diante da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010, que basicamente esvaziou a possibilidade prática de o cônjuge relutante ter sucesso na busca de se opor à pretensão do outro quanto ao divórcio, é fato que tal postura de resistência não é rara e obstaculiza, ao menos, a solução pela via consensual. A consequência disso é a irremediável manutenção da ação de divórcio, quando o procedimento se mostre litigioso.

Nada obsta – e, ao contrário, tudo recomenda, quando for o caso – a adoção da via consensual para o divórcio quando cientes as partes de que não há mais condições para a manutenção da vida em comum, em razão do que ambos entendem ou que um pretende de modo firme e consciente após processo de suficiente reflexão.

Reconhecendo isso, o legislador brasileiro cuidou de estabelecer os principais aspectos do procedimento judicial do divórcio, quer litigioso, quer consensual.

No primeiro caso, preocupou-se em pontuar que, para o divórcio, devem ser observadas as regras previstas nos artigos 693 a 699. Trata-se do procedimento especial trazido no capítulo X do Livro I, Título III (*Dos procedimentos especiais*), pertinente às *Ações de Família*.

Já no artigo 693, encontra-se que as normas do dito capítulo são aplicáveis aos processos *contenciosos* de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Inegável o prestígio dado pelo legislador à solução consensual nas lides de família. Nessa trilha, o artigo 694 do CPC estabelece que, nas ações de família, devem ser empreendidos todos os esforços para sua obtenção. Para tanto, deve o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas para mediação e conciliação (*caput*, parte final), bem como, a requerimento das partes, pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (parágrafo único).

Recebida a petição inicial, após a apreciação do requerimento de concessão de tutela provisória, deve ser determinada a citação do réu,



indispensável que se mostra à formação da relação jurídica processual e à garantia do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), que exige a oportunidade do efetivo contraditório e da ampla defesa (CF, artigo 5º, LV).

Todavia, a citação, nesse caso, não será para que o réu responda aos termos da petição inicial, mas para que, acompanhado de advogado ou defensor público (CPC/15, artigo 695, § 4º), compareça à audiência de mediação e conciliação, na qual o juiz deverá contar com o auxílio de profissionais de outras áreas (CPC/15, artigo 695). É evidente que, aqui, há de se ter atenção à reserva do possível. Nem sempre o juiz tem à sua disposição profissionais de tal natureza, o que, considerada a necessidade de se prestigiar a duração razoável do processo (garantia fundamental fixada na CF, artigo 5º, LXXVIII e reiterada no CPC/15, artigo 4º) e a plena efetividade da prestação jurisdicional, faz com que o referido comando deva ser observado quando possível e necessário.

Para fim de garantir a máxima efetividade à tentativa de autocomposição mediada ou viabilizada pela atuação do conciliador, o CPC/15 traz regra no sentido de que a citação se dê na pessoa do réu e que o mandado de citação siga contendo apenas os dados essenciais à audiência, desacompanhado da cópia da petição inicial.

Ademais, a citação deve ocorrer com antecedência mínima de quinze dias da data designada para a realização da audiência.

Reconhecida que, em causas um pouco mais complexas, a solução mediada dificilmente será eficaz em sessão realizada durante apenas poucos minutos, o Código prevê que a audiência de mediação e conciliação poderá ser dividida em quantas sessões se mostrem necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo da tomada das medidas exigidas para a preservação de direitos (artigo 696).

Havendo interesses de incapazes, o Ministério Público obrigatoriamente intervirá no procedimento, o que justifica, também, a impossibilidade de divórcio extrajudicial quando o casal tiver, por exemplo, filhos menores. Nesses casos, o representante do MP também deve ser ouvido de modo prévio à homologação de acordo (artigo 698).

Restou reconhecida, outrossim, a possibilidade de abusos e de alienação parental na fase em que os cônjuges debatem o divórcio. Para mitigar os efeitos desse grave problema, o juiz deve contar com o auxílio de especialista, que o acompanhará durante a tomada de depoimento do incapaz (artigo 699).

No mais, o procedimento segue o rito comum, *ex vi* do disposto no CPC/15, artigo 697, observado o artigo 335, ou seja, que o prazo

para contestação, de quinze dias úteis (CPC/15, artigo 219), terá início do final da referida audiência de mediação e conciliação, se nela não restar concretizado o acordo.

Mas o Código não deixa de trazer disposições especiais voltadas ao procedimento judicial frente à inexistência de litígio. Nesse sentido, diante da pretensão consensual de obtenção do divórcio em juízo, há de se observar o disposto no artigo 731 do CPC/15.

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária cuja base de regência traz, já no referido artigo, o que deve constar da petição inicial, a saber: (1) as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns (inciso I); (2) as disposições relativas à pensão entre os cônjuges (inciso II); (3) o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de bens (inciso III); e (4) os alimentos (valor da contribuição para educar e criar os filhos – inciso IV).

É evidente que, além disso, há de constar da petição a indicação de que os requerentes são casados, o regime de bens estabelecido ou adotado e a firme intenção do divórcio, com, ao final, o requerimento da homologação do acordo também para este fim.

Das exigências do artigo 731, dispensa-se a prevista no inciso I, caso os cônjuges ainda não tenham conseguido chegar a um consenso quanto à partilha de bens. Nesse caso, nada obsta que seja decretado o divórcio, solucionadas as demais questões (guarda, visitas e alimentos devidos aos filhos, a questão da pensão entre os cônjuges e o uso do nome de casado ou casada), relegada a partilha para momento posterior, *ex vi* do artigo 647 do CPC/15.

### 3.3. A separação de direito no Brasil

A separação de direito consiste em instituto consagrado no sistema jurídico brasileiro pelo qual se permite o desfazimento da sociedade conjugal (Código Civil, artigo 1571, III), mantendo-se, contudo, o vínculo matrimonial.

Em outras palavras e de modo bastante singelo, pela separação, cessam os efeitos do regime de bens, bem como os deveres conjugais de fidelidade recíproca e coabitação (Código Civil, artigo 1576), importando em separação de corpos e partilha de bens (Código Civil, artigo 1575), mantido, todavia, o vínculo que impede a celebração de novo casamento enquanto pendente o divórcio (ou a morte – CC, artigo 1571, § 1º).

A denominação *separação* veio para substituir a expressão *desquite*, o que se deu por força da Lei 6.515/1977 (em especial do que traz o artigo 39). Até 2007, aludia-se à separação *judicial*, gênero que comportava duas espécies (separação judicial consensual e separação judicial litigiosa). Tal se dava, pois, somente pela via judicial era possível a obtenção da extinção da sociedade conjugal.

Ocorre que, em 2007, por força da Lei 11.441, passou a ser admitida a separação por escritura pública, desde que consensual e inexistentes filhos nascituros ou incapazes.

A partir do fato de que a separação não mais dependia, em todos os casos, da via judicial, a denominação até então universalizada (separação judicial) passou a se mostrar imprecisa, chegando a ser equivocada se considerados os casos concretos de separação pela via administrativa, que sequer dependem de homologação judicial.

Por isso, o instituto passou a ser melhor denominado *separação de direito*, que admite a via administrativa (por escritura pública; extrajudicial) nas hipóteses já indicadas neste estudo ou, então, a via judicial, nas demais hipóteses ou mesmo se por ela optar o cônjuge (ou os cônjuges, nos casos de solução consensual).

Contra a separação milita a constatação de que ela pressupõe a grave infração dos deveres conjugais (portanto, a *culpa*), de modo a ignorar a complexidade da alma humana e a possibilidade largamente conhecida de uniões matrimoniais marcadas, após certo tempo, pela infelicidade e frustração. O *fim do amor*, vislumbrado de modo maduro e após a necessária reflexão, não pode ser afastado pela frieza da letra da lei. A rigor, desconsiderar o sentimento e a felicidade das pessoas ao vincular a possibilidade de extinção da sociedade conjugal à comprovação da prévia prática de infrações a deveres conjugais previstos em lei, havidas pelo consorte, afronta diretamente o protoprincípio do sistema jurídico-constitucional: o respeito à dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III). Ademais, as consequências do exposto são óbvias: a condenação a uma vida de tristezas ou de resignação, com reflexos no desenvolvimento dos filhos, que verão no espelho da vida dos pais o desincentivo para o estabelecimento de núcleo familiar próprio no futuro (afinal, o exemplo dos pais servirá de desincentivo ao filho no que se refere a futuro casamento ou ao estabelecimento de união estável), de modo a atentar contra o propósito constitucional, que centra a família como base da sociedade brasileira (CF, artigo 226, *caput*); ou, então, o incentivo à transgressão como um grito de liberdade ou uma via para a felicidade, ao menos momentânea. Nesses últimos casos, o sistema, ao

invés de incentivar a solução madura e consensual, viabilizando a manutenção de laços de afeto fraternal ou de respeito, ao menos, entre os ex-cônjuges, cria campo propício para o desentendimento familiar, a perda do respeito e do afeto, as discussões sobre quem causou o desgaste do relacionamento e o quanto cada comportamento dos cônjuges contribuiu para tanto – trazendo à tona, por vezes, fatos que feriram os sentimentos do casal e que já tinham sido aparentemente superados pelo tempo ou pela tolerância necessária à vida em comum –, dentre outras mazelas que, no mais das vezes, acabam por alcançar os filhos, envolvidos nessa disputa pela inocência e nessa luta pela imputação de culpa ao outro. As consequências, sem dúvidas, são graves, partindo dos abalos à estrutura familiar, passando pelo assédio, pela alienação parental, até chegar, por vezes, em delitos de maior potencial ofensivo aos integrantes da família e até à sociedade, custando a integridade física ou a vida de um ou ambos os envolvidos.

Por isso, não sem tempo veio a alteração no texto constitucional, promovida pela já mencionada Emenda Constitucional no 66<sup>26</sup>, fulminando, de vez, todo esse debate acerca da culpa. Se essa nova realidade não é suficiente para afastar definitiva e totalmente os malefícios das crises conjugais, ao menos serve como caminho para sua mitigação, de modo proporcional à elevação de postura de cada cônjuge, afinal, não é mais necessário informar ao juiz os motivos pelos quais não se pretende dar seguimento à vida em comum.

De todo modo, nota-se que o Código Civil, em seu texto, ainda trata da separação sob o enfoque do texto constitucional anterior à Emenda Constitucional nº 66, pontuando os requisitos para a chamada separação-sanção (violação dos deveres conjugais; culpa), separação-remédio (diante do acometimento de doença mental grave que torne impossível a continuação da vida em comum, sofrida pelo cônjuge e manifestada após o casamento, desde que, após dois anos, tenha sido reconhecido que a cura é improvável – artigo 1572, § 2º) e separação-falência ou separação ruptura (precedida de ruptura da vida em comum há mais de um ano e sem possibilidade de reconstituição – CC, artigo 1572, § 1º).

---

<sup>26</sup> Decorrente de proposta elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, apresentada em 2005 pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia – PEC no 413 daquele ano – e reapresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, em 2007 (PEC nº 33), consoante anotam Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. v. 6: Direito de família. p. 199) e Rolf Madaleno, as quais foi apensada a PEC nº 22/1999, de Enio Bacci, sendo aprovada a PEC nº 413 pela Câmara dos Deputados e enviada ao Senado sob o nº 28/2009, soma o mesmo Madaleno (*Direito de família*. p. 197).

No tocante à separação-sanção, dispõe o CC, artigo 1572, que qualquer dos cônjuges pode propor a ação imputando ao outro qualquer ato de grave violação aos deveres do casamento, que torne a vida em comum insuportável, e, por isso, impossível de ser mantida.

O Código traz rol de causas para a dita impossibilidade de manutenção do convívio matrimonial, o que faz no artigo 1573, a saber: “[...] I – adultério; II – tentativa de morte; III – sevícia ou injúria grave; IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V – condenação por crime infamante; VI – conduta desonrosa. [...]”. Trata-se de rol exemplificativo, na forma do que se nota no parágrafo único do mesmo artigo.

Além dessas hipóteses, o sistema admite a separação por mútuo consentimento, que, todavia, nos termos do Código Civil, exige que os cônjuges estejam casados há mais de um ano (artigo 1574).

Cabe esclarecer que somente os cônjuges podem postular a separação, podendo ser representados pelo curador, ascendente ou irmão, se incapazes (Código Civil, artigo 1576, parágrafo único), bem como que o juiz pode recusar a homologação do acordo apresentado em sede de separação consensual se concluir que os termos deste não preservam suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (Código Civil, artigo 1574, parágrafo único). Evidentemente, a referida decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (CF, artigo 93, IX; CPC/15, artigo 11).

Após o exposto, a questão que naturalmente emerge é a seguinte: ora, a separação, nos termos do Código Civil, exige ou a prova dos motivos ensejadores da decisão daquele que postula a extinção da sociedade conjugal ou, então, do decurso de certos lapsos temporais de casamento, ou de ruptura da vida em comum. De outro lado, a Constituição Federal, para o *divórcio*, que fulmina não apenas a sociedade conjugal, mas também o próprio vínculo matrimonial, nada exige senão a prova do casamento e a manifestação livre de vontade nesse sentido. Diante disso, qual a necessidade do instituto da separação se esta deixou de ser uma fase prévia obrigatória ao divórcio? Aqui, já se responde: vista como fase prévia e, portanto, como parte de um sistema binário que conduz à dissolução do casamento, a separação deixou de ter qualquer importância. Mas ainda cabe questionar: algo justificaria a manutenção da separação no sistema jurídico em vigor? Ou o advento das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010, aboliu a separação do sistema jurídico-constitucional?

### 3.4. A polêmica acerca da manutenção do instituto da separação no Direito brasileiro pós-Emenda Constitucional nº 66/2010<sup>27</sup>

Em meados de março de 2017, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão sobre o tema, sob a relatoria da Ministra Isabel Gallotti, em sede de julgamento de Recurso Especial interposto por um casal que, em ação de separação judicial, foi instado a adequar o pedido, tendo em vista a posição do juízo de primeiro grau no sentido de que a Emenda Constitucional nº 66, de julho de 2010, ao alterar o texto do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal e passar a trazer que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, teria abolido a figura da separação judicial. A referida decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça, a ensejar a interposição do recurso ao STJ<sup>28</sup>. Trata-se do Recurso Especial nº 1.247.098/MS, d.j.14.03.2017, DJE 16.05.2017<sup>29</sup>.

O exposto já demonstra que a questão não encontra resposta unívoca na doutrina e nas decisões proferidas acerca da matéria<sup>30</sup>.

É sabido que, apesar do Enunciado nº 514 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, no sentido da manutenção da possibilidade de separação mesmo após a Emenda 66<sup>31</sup>, a posição majoritária encontrada na doutrina pátria é no sentido de que a interpretação do artigo 226, § 6º da CF, aponta para a eliminação de todos os requisitos para a obtenção do divórcio, bem como impede a discussão da culpa pelo fim do casamento (na chamada “separação-sanção”) e abole do sistema a separação judicial, sob o motivo de que se trata de instituto eivado de inutilidade, a tornar o divórcio o único meio para a dissolução do casamento válido<sup>32</sup>. Relembre-se o já pontuado, outrossim, no sentido

<sup>27</sup> Sobre o tema, o autor já teve a oportunidade de tratar, em artigo publicado no *Empório do Direito*, em abril de 2017, por ocasião da decisão da Colenda 4ª Turma do STJ, que será referida a seguir. Nesse sentido, vide *A separação judicial*, o CPC/2015 e a recente decisão do STJ. *Empório do Direito*. Artigo publicado em 05.04.2017 na coluna *O novo processo civil brasileiro*. Coordenação de Gilberto Gomes Bruschi. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/a-separacao-judicial-ocpc2015-e-a-recente-decisao-do-stj/>>. Acesso em: 1 out. 2017.

<sup>28</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges)>. Acesso em: 30 mar. 2017.

<sup>29</sup> Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739324/recurso-especial-resp-1247098-ms-2011-0074787-0>>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>30</sup> Nesse sentido, vide Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro*. p. 201-202. v. 6: Direito de família.

<sup>31</sup> Enunciado no 514. “Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.”

<sup>32</sup> Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Assessoria de Comunicação. *STJ publica decisão que significa grande retrocesso para o direito das famílias no Brasil*. Disponível em: <<https://>

de que a referida discussão em torno da culpa dos cônjuges, provocada na dita modalidade de separação judicial, não raro, transborda os limites da relação interpessoal existente no plano horizontal da formação familiar (relação entre os próprios cônjuges) e acaba por atingir a relação vertical, em especial os filhos, criando espaços propícios para desdobramentos absolutamente nocivos, inclusive de alienação parental<sup>33</sup>. É claro que a retirada da separação-sanção do cenário jurídico brasileiro e, com ela, o afastamento da relevância da comprovação da culpa de qualquer dos cônjuges pela infração dos deveres conjugais, e a consequente impossibilidade ou insuportabilidade da manutenção da vida em comum como requisito para a obtenção da extinção da sociedade conjugal, tida, ainda, como mera etapa para o efetivo fim do vínculo matrimonial, viabilizado com a futura conversão em divórcio, não afasta de todo o risco de quadros de alienação parental. Porém, pelo fomento de discussões que conduzem à discórdia, não raro provocadas pela impossibilidade de dissolução imotivada do casamento por iniciativa unilateral, antes reinante no sistema brasileiro, acabava por naturalmente estabelecer “clima propício” para tanto no seio da família - inclusive no bojo das relações monoparentais, ou seja, entre cada um dos pais e os filhos.

Dessa feita, percebe-se que, no caso em tela, a decisão de primeiro grau e a que lhe seguiu, do Tribunal de Justiça, exibiram-se afinada com a corrente majoritária.

Todavia, o STJ, navegando pelos mares da corrente minoritária, decidiu pela reforma da decisão, sob o fundamento de que a única alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 66/2010 foi a supressão do requisito temporal de um ano, contado da separação judicial, para a conversão em divórcio (consequentemente, do sistema bifásico para a extinção do vínculo matrimonial), ou de dois anos de separação de fato para o chamado divórcio direto. Nada mais. Assim, aos cônjuges teria passado a ser facultado optar pelo divórcio ou pela separação

---

flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/441647847/stj-publica-decisao-que-significa-grande-retrocesso-para-o-direito-das-familias-no-brasil>. Acesso em: 13 out. 2017. Em sentido contrário: Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli, *A decisão do STJ sobre a manutenção do instituto da separação no Direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,-MI256795,101048-A+decisao+do+STJ+sobre+a+manutencao+do+instituto+da+separacao+no>>. Acesso em: 13 out. 2017.

<sup>33</sup> “[...] os pais, numa disputa judicial, muitas vezes imputam condições que desqualifiquem ou fragilizem o outro, demonstrando, assim, que suas qualidades são superiores, propiciando a situação de o menor vivenciar a circunstância de ter que escolher entre o pai ou a mãe, gerando uma crise de lealdade.” (MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 37.).

judicial, com a manutenção, inclusive, da possibilidade de restabelecimento da união matrimonial, na forma do Código Civil, artigo 1577, ou, caso o tempo mostre o acerto do desfazimento da vida em comum, a busca da consolidação disso com o decreto de divórcio, libertador dos ex-cônjuges para a formação de novos núcleos familiares, com o estabelecimento de, também, novas relações familiares horizontais: ou seja, novo casamento.

Por isso, a separação judicial não teria sido abolida do sistema brasileiro, mesmo diante: (a) da retirada, do texto constitucional, de menção a esta; e (b) da facilitação para a obtenção do divórcio, para o que, de modo inegável, exige-se apenas a comprovação do estado de casado e a manifestação unilateral de vontade de um dos cônjuges, de modo que o fulminar do vínculo matrimonial passou a ser permitido, após EC nº 66/2010, sem qualquer restrição – a atrair ao instituto da separação judicial a inutilidade sustentada por diversos juristas, afinal, se é possível o divórcio, não resta razão para buscar situação intermediária, com todos os malefícios que o debate acerca da culpa carrega, tanto para os cônjuges quanto para os familiares, pelas razões acima apontadas, mas, também, para a própria sociedade, com a duplicação de procedimentos judiciais (sem olvidar a possibilidade de, em certos casos, optar-se pela via extrajudicial) em razão do necessário retorno na busca da conversão da separação em divórcio, por exemplo, ou mesmo o alongar da tramitação das referidas demandas em Juízo, notoriamente pela complexidade que pode alcançar a discussão acerca da culpa, no bojo da separação judicial, a exigir o desenvolvimento de fase instrutória, que estende o feito e colabora para os entraves encontrados pelo Judiciário frente ao insano número de ações que batem às suas portas. Até o propósito de desjudicialização e a cultura da paz, que se busca implantar em nossa sociedade – com traços fortes, nesse sentido, encontrados no texto do CPC/2015 –, acabam, de certo modo, exibindo-se contraditórios à manutenção do instituto da separação judicial no sistema brasileiro.

De volta à decisão do STJ, afirmou a Ministra relatora que a CF dispõe no sentido de que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, faculdade atribuída aos cônjuges, sem qualquer menção à extinção da via da separação judicial. Ademais, se admitido o divórcio e subsistentes no Código Civil as regras pertinentes à separação, forçoso concluir pela sua manutenção no sistema pois “quem pode o mais, pode o menos”<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges)>. Acesso em: 30 mar. 2017.



Adiante, acrescentou que a separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal que coloca fim aos deveres de coabitação, fidelidade e ao regime de bens, consistindo em medida temporária e de escolha pessoal dos envolvidos, “que podem optar, a qualquer tempo, por restabelecer a sociedade conjugal ou pela sua conversão definitiva em divórcio para dissolução do casamento”. De outro lado, o divórcio extingue o casamento e reflete diretamente sobre o estado civil da pessoa<sup>35</sup>. Por isso, salientou a Ministra, não se pode admitir a intervenção do Estado na liberdade de escolha dos cônjuges que pretendam formalizar a separação e, assim, resguardar legalmente seus direitos patrimoniais e da personalidade, inclusive de modo a preservar um futuro entendimento entre o casal.

Mas o que mais chamou atenção na referida decisão foi a menção feita pela Ministra ao fato de que o CPC/2015 manteve, em diversos dispositivos, referências à separação judicial. Destaque-se, dentre eles, os artigos 693 (pertinente ao procedimento das ações de família) e 731 (que inaugura o procedimento especial de jurisdição voluntária pertinente ao divórcio e à separação consensuais, além da extinção consensual de união estável e da alteração do regime de bens do matrimônio) que, segundo pontuou a Ministra relatora, demonstram a “intenção da lei de preservar a figura da separação judicial no ordenamento jurídico nacional”.

Com isso, abre-se espaço para o seguinte questionamento: o texto do CPC/2015 foi elaborado para reforçar e preservar a figura da separação judicial no ordenamento jurídico nacional ou o legislador processual, sabedor da polêmica existente no âmbito do direito material, pretendeu não se imiscuir neste debate e, assim, disponibilizou o regramento para o procedimento da separação consensual ou litigiosa, de modo a fazer do CPC instrumento adequado à prestação da atividade jurisdicional caso, no plano do direito material, conclua-se pela manutenção do instituto?

A questão passa a ter relevância processual na medida em que, caso se conclua pela abolição da separação judicial no atual cenário jurídico brasileiro, a propositura de ação, na qual se pleiteie a mera extinção da sociedade conjugal, resultará em consequências processuais diversas das esperadas pelo autor: ou será conduzido à emenda para fim de adequar a pretensão ao divórcio ou, então, o processo restará fadado à extinção sem resolução do mérito, no mínimo, por falta de interesse (em razão da

<sup>35</sup> Idem, mesma página.

falta de utilidade – e até de necessidade – do provimento frente à possibilidade de divórcio, ou seja, da extinção direta do vínculo matrimonial sem a referida etapa prévia da separação)<sup>36</sup>. De outro lado, se o instituto for considerado “não abolido” pela EC nº 66/2010, a propositura da ação de separação judicial deverá conduzir à tramitação do processo rumo à decisão com resolução do mérito – ressalvadas as hipóteses de constatação de outros vícios que a impeça.

Qual o propósito do CPC/2015, então, ao fazer expressa menção à separação judicial, em diversos dispositivos? Reafirmar a manutenção da separação judicial como opção dos cônjuges ou não adentrar a este debate?

Cássio Scarpinella Bueno, Roberta Marcantônio<sup>37</sup> e Marcelo Truzzi Otero<sup>38</sup>, dentre outros, posicionam-se neste último sentido, sustentando que o CPC/2015 manteve o sistema dual sem, com isso, pretender adentrar às questões de direito material, ou seja, à manutenção ou não da separação judicial no sistema brasileiro: apenas cuidou de estabelecer o procedimento, caso a conclusão caminhe no sentido de afastar sua superação.

De outro lado, não se pode ignorar a nota de Ronaldo Cramer e de Virgílio Mathias no sentido de que o texto do artigo 693 do CPC/2015 chama atenção ao carregar referência à ação de separação, tendo sido muito criticado por tal motivo, mesmo durante o processo legislativo. Anotam que a superação da ação de separação como condição para a propositura do divórcio a tornou inútil “uma vez que, como não extingue

<sup>36</sup> Fernanda Tartuce, ao debruçar-se sobre o tema, afirma: “[...] não havendo mais separação, o que deve ocorrer com as separações em trâmite antes da emenda? Ou propostas depois, apesar da emenda? Uma resposta possível é reconhecer a extinção: se não há mais separação, o feito deve ser extinto sem resolução do mérito por falta de condição da ação”. Todavia, afirma que há outra solução: a conversão em divórcio: “Nos processos de separação em trâmite, o juiz deve instar as partes a ser manifestarem sobre a conversão da separação em divórcio. [...] Tal posição revela-se interessante e atende realmente bem a princípios processuais: não há dúvida de que, havendo anuência das partes, o processo possa ser adaptado - ocorrência, aliás, que já se verificava antes mesmo da mutação constitucional” (*Processo civil aplicado ao direito de família*. p. 228-229). Percebe-se que a questão não é singela. Encontra-se também na jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo decisão que, no que toca ao objeto deste estudo, traz, na ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMENDA À INICIAL. Ação de separação consensual. Adequação do pedido para divórcio consensual. Emenda 66/2010. Não observada determinação do magistrado, a inicial deverá ser indeferida por impossibilidade jurídica do pedido ou, ao menos, falta de interesse processual. [...]” (6ª Câmara de Direito Privado, rel. Ana Lucia Romanhole Martucci, Processo nº 2075329-62.2015.8.26.0000, d.j.21.05.2015, d.p.22.05.2015).

<sup>37</sup> OAB/RS. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2015. Porto Alegre: OAB, 2015. p. 484. Disponível em: <[http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo\\_cpc\\_anotado\\_2015.pdf](http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf)>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>38</sup> ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: AASP, 2015. p. 1133. Disponível em: <[http://aplicacao.aasp.org.br/novo\\_cpc/ncpc\\_anotado.pdf](http://aplicacao.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_anotado.pdf)>. Acesso em: 1 abr.2017.

a relação matrimonial, acaba por entregar uma tutela jurisdicional não exauriente”, além de militar contra o escopo do CPC de fortalecer os meios de solução amigável de conflitos<sup>39</sup>.

Portanto, acabam por adentrar à questão de direito material para mapear os possíveis efeitos processuais, consideração que pode conduzir à conclusão que acima apontamos, qual seja, de que, extirpada do sistema em razão de interpretação conforme a Constituição (CF, artigo 226, § 6º, que goza de aplicabilidade imediata e deve ser analisado sob o manto do princípio da máxima eficiência), a propositura de ação de separação judicial pode resultar na extinção do feito sem resolução do mérito em razão da falta de utilidade ao provimento judicial almejado por não ser exauriente (proporciona solução parcial ao manter o vínculo matrimonial entre as partes), além de desnecessária na medida em que o divórcio é possível sem qualquer outro requisito ou restrição – sem mesmo os desgastantes requisitos da separação-sanção, por exemplo: faltaria ao autor ou aos autores, portanto, interesse.

A posição de Flávio Tartuce reforça essa conclusão. Afirma que a manutenção da menção à separação judicial e extrajudicial no Código de Processo Civil de 2015 deve ser considerada uma grande infelicidade, total retrocesso, bem como que o CPC nasceu com um instituto morto (em alusão à separação de direito ou jurídica) em vários de seus dispositivos<sup>40</sup>.

Não se olvide, contudo, que há respeitáveis processualistas que se posicionam em sentido contrário, inclusive com sinais de que a intenção do legislador por ocasião do CPC/2015 foi no sentido de adentrar ao mérito e afirmar a manutenção da separação judicial como opção dos cônjuges no sistema brasileiro.

Alexandre Freire Pimentel, por exemplo, afirma que a questão não foi tranquila durante a tramitação do projeto que veio a culminar no CPC/2015. Informa que diversas foram as emendas apresentadas no sentido de que se desse a retirada da menção à separação judicial do texto do Código então vindouro, mas que, ao final, acertadamente, foram rejeitadas, tendo o Senado considerado “que a separação judicial apenas deixou de ser uma etapa prévia e obrigatória da ação de divórcio, mas que subsiste no ordenamento jurídico”<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1003-1004.

<sup>40</sup> *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015. p. 367-369.

<sup>41</sup> In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1691.

Contudo, não se constata propriamente isso na justificativa do Senador Vital do Rego, quando do afastamento das ditas emendas. A rejeição das emendas acima mencionadas e a manutenção da alusão à separação judicial no bojo do CPC/2015 se deram não pela reafirmação do legislador processual acerca da manutenção do instituto no sistema brasileiro – o que seria, de fato, usando aqui as palavras do Senador Vital do Rego, “uma intervenção indevida, uma invasão científica” no campo do direito material – mas a busca de instrumentalizar o necessário para deixar livre o debate na seara do mesmo direito material (questão de Direito Civil Constitucional que é)<sup>42</sup>.

Dessa feita, a menção à separação judicial, no texto do CPC/2015, ao contrário do apontado na decisão do STJ, não demonstra qualquer intenção do legislador no sentido de se posicionar pela manutenção ou não do instituto da separação judicial no direito brasileiro e nem tem o condão de tornar indiscutível a referida abolição deste de nossa realidade jurídica.

A questão não é simples. Considere-se, para tanto, o voto vencido do Ministro Luis Felipe Salomão<sup>43</sup>. De todo modo, pode-se afirmar, seguramente, que a grande maioria dos cônjuges, que decidirem colocar fim à união matrimonial, elegerá a via do divórcio, sendo certo que a manutenção da separação judicial como *opção*, com todo o ranço religioso que historicamente carrega, restará relegada a casos pontuais, quando muito. A experiência dos que atuam nas questões de família já tem demonstrado isso.

#### 4. Considerações finais

Nota-se que, gradativamente, fruto do afastamento da consolidação do casamento civil e da concepção de estado laico, a liberdade individual experimentou gradativo prestígio nas alterações substanciais sofridas pelo Direito de Família brasileiro. Da absoluta inadmissibilidade do divórcio vincular ao desquite, depois ao divórcio condicionado à prévia separação judicial ou de fato por longo período, até o direito à obtenção da dissolução do vínculo matrimonial pautada puramente na

<sup>42</sup> Disponível, na folha 27, em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego-1>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

<sup>43</sup> Conforme afirmado por Rodrigo da Cunha Pereira em artigo publicado no Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-26/processo-familiar-separacao-judicial-desculpa-volta-discussao-culpa>>. Acesso em: 2 abr.2017.

vontade livre e consciente da pessoa humana casada, o legislador salvaguardou o também direito fundamental não positivado, mas absolutamente natural e imprescindível à pacificação das relações de família: a felicidade.

Já se nota, há tempos, o avanço do movimento que centraliza o afeto como elemento de sustentação das construções familiares, o que se mostrava absolutamente contraditório com o sistema de dissolução vigente até a Emenda Constitucional nº 66/2010. O dito sistema propiciava um desnecessário acirramento do debate entre o casal acerca de fatos pretéritos marcantes na vida comum e, por vezes, extremamente dolorosos, exigidos pela centralidade da culpa como requisito para a obtenção da chamada separação-sanção e, conseqüentemente, do divórcio – ou, quando menos, lançava ambos a um relativamente longo período de separação de fato, estado irregular se considerada a essência do próprio estado de casado, pautado na manutenção de *vida em comum*, para fim de obtenção da separação-falência ou, no mais das vezes, do divórcio direto.

Com isso, racionalizou-se o sistema, e, ao mesmo tempo, prestigiou-se o direito de ser feliz, que todos naturalmente temos.

Esse quadro não afasta a necessidade da responsabilidade daqueles que decidem pelo estabelecimento da união matrimonial, que, a partir de valores como afeto e tolerância, devem trabalhar pela sua manutenção. Porém, não se pode ignorar que os malefícios da retirada da opção do divórcio frente à possibilidade de surgimento de conflitos e choques de interesses que tornem insuportável ou indesejada a vida em comum, não raro, acabam por ganhar proporções tamanhas que fazem do *mal* encontrado no rompimento do vínculo um *remédio* para outro maior. A desarmonia no lar pode ser causa de grandes transtornos aos filhos menores, sendo certo que o afastamento do elemento culpa e a fixação do direito potestativo ao divórcio contribuem, inclusive, para a minimização das razões de embate e, ao final, para a construção de soluções maduras para a realidade familiar enfrentada.

Não se ignora a possibilidade da maximização de divórcios pautados pelos influxos da emoção, sem a prévia reflexão que o bom senso exige, porém, como salientado, os problemas solucionados com a alteração constitucional exibem-se potencialmente mais perigosos à própria estrutura familiar do que a facilitação da dissolução do vínculo matrimonial.

A alteração, contudo, não deixou de trazer a lume a polêmica da manutenção do instituto da separação de direito, frente à eliminação

da sua necessidade como fase prévia ao divórcio. A doutrina majoritária continua inclinada para a conclusão de que, pela ausência de necessidade – que, no plano processual, poderia conduzir até à carência da ação por falta de interesse – e pelos malefícios que o sistema bifásico apresenta, além da supressão da menção constitucional à separação e o incremento do divórcio como direito potestativo, entre outras razões, o instituto teria sido extinto a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010. Todavia, não há unanimidade nesse sentido, sendo certo que decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 2017, caminhou no sentido absolutamente antagônico, reconhecendo a separação de direito como opção às pessoas casadas, em prestígio, inclusive, ao entendimento fixado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, Enunciado nº 514, no sentido do qual tendemos a nos inclinar. Assim, na jurisprudência, há decisões em ambos os sentidos.

Contudo, e por fim, não nos parece acertada a posição daqueles que sustentam que a menção ao procedimento para a separação judicial, trazida pelo CPC/2015, artigos 693 a 699 (ações de família) e 731 a 734 (procedimento para o divórcio e a separação consensual, entre outros), tenha o condão de solucionar o debate no sentido de representar manifestação legislativa recente de reafirmação do instituto. O legislador processualista, ao contrário, buscou não adentrar a esse debate e estabelecer a previsão procedimental para deixar acobertada qualquer das conclusões a que se chegue no plano do direito material.

## 5. Referências

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: LEUD, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

\_\_\_\_\_. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BÍBLIA online. Disponível em: <<https://www.biblionline.com.br/vc/mt/19>>. Acesso em: 1 out. 2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Código de direito canônico. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento>>. Acesso em: 1 out. 2017.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6: Direito de família.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. Assessoria de Comunicação. *STJ publica decisão que significa grande retrocesso para o Direito das Famílias no Brasil*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/441647847/stj-publica-decisao-que-significa-grande-retrocesso-para-o-direito-das-familias-no-brasil>>. Acesso em: 13 out. 2017.

JUS BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 1247098 MS 2011/0074787-0*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739324/recurso-especial-resp-1247098-ms-2011-0074787-0>>. Acesso em: 20 out. 2017.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *A decisão do STJ sobre a manutenção do instituto da separação no Direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,-MI256795,101048-A+decisao+do+STJ+sobre+a+manutencao+do+instituto+da+separacao+no>>. Acesso em: 13 out. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. *A separação judicial, o CPC/2015 e a recente decisão do STJ*. Empório do Direito. Artigo publicado em 05.04.2017 na coluna O novo processo civil brasileiro. Coordenação de Gilberto Gomes Bruschi. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/a-separacao-judicial-o-cpc2015-e-a-recente-decisao-do-stj/>>. Acesso em: 1 out. 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1: Direito matrimonial.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. VII: Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento).

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Lei do Divórcio comentada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Família sem casamento: a nova regulamentação legal da união estável. In: NAZARETH, Eliana Riberti (Coord.). *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p. 97-109. (Caderno de Estudos nº 1).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Separação judicial: uma boa desculpa para se ressuscitar a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-26/processo-familiar-separacao-judicial-desculpa-volta-discussao-culpa>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em: 30 out. 2017.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. v. 5.

VATICANO. *Código de direito canônico – promulgado por S. S. Papa João Paulo II. Versão portuguesa, tradução de Antônio Leite*. 4. ed. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa; Braga: Apostulado da



Oração, 1983. p. 187. Disponível em: <[http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici\\_po.pdf](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf)>. Acesso em: 1 out. 2017.

XAVIER, Fernanda Dias. *União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade*. Brasília, DF: TJDFT, 2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento>>. Acesso em: 30 set. 2017.

# Alimentos: aspectos relevantes de direito material

*Roberto Maia Filho*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Fundamentos constitucionais. 3. Dos bens e do patrimônio. 4. Dos alimentos. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

## 1. Introdução

Neste trabalho, será exposto um breve panorama do dever e do direito à prestação de alimentos.

Trata-se de tema extremamente relevante e ainda gerador de controvérsias, sendo a única obrigação civil a ensejar prisão do devedor inadimplente.

De fato, o depositário infiel não mais se sujeita a tal medida de coerção, a despeito da expressa previsão constitucional (art. 5º, LXVII).

Isto após nos tornarmos signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), aqui recepcionada com status de emenda constitucional (CF, art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º).

Por tal razão, o STF revogou sua antiga Súmula nº 619 e, ainda, editou a Súmula Vinculante nº 25, vedando referida prisão civil do depositário infiel, do mesmo modo que o STJ já assim considerava em sua Súmula nº 419.

Por isso, só há prisão civil, no Brasil, nas obrigações alimentares, nos moldes adiante explicitados.

## 2. Fundamentos constitucionais

A Constituição Federal assegura o direito à vida com dignidade, conforme disposto em seus artigos 1º, inciso III e 5º, *caput*.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP, da PUC/SP e da Escola Paulista da Magistratura – EPM.

Ocorre que não se vive de modo condigno sem um mínimo existencial, ou um piso vital mínimo, emanados, dentre outros, dos artigos 6º e 225 da Carta Magna.

Para tanto, havendo bens e patrimônio, devem eles ser destinados a propiciar, ao seu titular e também a algumas pessoas que em sua volta gravitam, tal existência digna, apropriada e condizente com os atributos de ser humano.

Nada mais adequado ao princípio da solidariedade familiar.

Discorre-se doravante, ainda que brevemente, sobre bens e patrimônio.

### **3. Dos bens e do patrimônio**

#### **Dos bens**

Beviláqua<sup>2</sup> afirma, sob um prisma filosófico, que “bem é tudo quanto corresponde à solicitação de nossos desejos”.

Termos em que, nossos ideais seriam alavancas básicas para a obtenção de bens, quer materiais ou não, que para o Direito têm finalidade própria.

Por isso, considera bens jurídicos como “toda a utilidade física ou ideal, que seja objeto de um direito subjetivo”, ressaltando essa amplitude conceitual, quando comparada ao significado atribuído pela Economia, que o estabelece em função apenas de valores pecuniários.

Na sequência, preleciona que todo bem, material ou não, é objeto de um direito subjetivo. Explica que a honra é objeto do direito de personalidade de seu titular, assim como a aquisição de um terreno é objeto do seu direito de propriedade. Reafirma, então, que a todo direito subjetivo corresponde, sempre, um bem jurídico, independentemente do valor econômico que lhe possa ser atribuído, conceituando, ainda, direito subjetivo como a faculdade de agir, própria do sujeito.

Por esse prisma, podemos considerar que todo bem econômico é bem jurídico, não sendo verdadeira a recíproca, pois nem sempre se pode atribuir valor pecuniário aos bens jurídicos.

Importante observar que o renomado doutrinador, acima nominado, destaca, dentre os direitos subjetivos, o de crédito como sendo obrigacional, em que as prestações são o objeto da tutela, não interessando o bem ou a coisa, mas, sim, a atuação do titular do direito, em

<sup>2</sup> *Teoria geral do direito civil*. p. 213.

busca da satisfação do crédito. Nesse sentido, porém, aponta que as prestações não se confundem com bens jurídicos no sentido estrito da palavra, utilizada, na doutrina, como objeto materializado.

O festejado autor preleciona mais, que em sentido jurídico, lato sensu, bem jurídico é “a utilidade, física ou imaterial, objeto de uma relação jurídica, seja pessoal ou real”.

### **Do patrimônio**

No sentido clássico, patrimônio é a representação econômica da pessoa; esta se vincula à sua personalidade.

É um conceito abstrato que se mantém ao longo da vida da pessoa, independentemente da ocorrência do aumento ou diminuição dos seus bens.

Nos dias atuais, o complexo patrimonial é formado por uma universalidade de direitos, segundo o destino que lhe der seu titular.

Nessa ideia, está englobado o feixe de direitos reais e obrigacionais de uma pessoa.

Excluem-se os outros que não têm valor pecuniário, nem podem ser cedidos, por isso mesmo sendo conhecidos como direitos extrapatrimoniais.

Relevante destacar que o conceito de patrimônio não se confunde com um conjunto de bens corpóreos.

Envolve ele todo um plexo de relações jurídicas, tais como direitos e obrigações, créditos e débitos de uma pessoa, se mensuráveis economicamente.

Preleciona Caio Mário da Silva Pereira<sup>3</sup> que “patrimônio é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente”.

Já Planiol<sup>4</sup> o define como “[...] ensemble des droits et des charges d’une personne appréciables en argent”.<sup>5</sup>

## **4. Dos alimentos**

### **Denominações e terminologia**

Obrigação alimentar, prestação alimentícia ou, ainda, pensão de alimentos, são as denominações mais comuns para este instituto.

<sup>3</sup> *Instituições de direito civil*. p. 341.

<sup>4</sup> *Traité élémentaire de droit civil*. t. 1er, p. 747.

<sup>5</sup> Tradução livre: conjunto dos direitos e dos encargos de uma pessoa valoráveis em dinheiro.

Adota-se a terminologia “alimentante” ou “pagante” (o que paga) e “alimentando”, “recebendo” ou “desfrutando” (o que está recebendo), no que concerne à referida relação jurídica material civil.

### **Abrangência**

Entende-se, no que concerne à abrangência, como sendo toda a verba indispensável à sobrevivência.

De fato, segundo Venosa, os alimentos, em sua conotação vulgar, são considerados tudo aquilo necessário à subsistência<sup>6</sup>.

Por isso, a despeito da denominação que pode ser tida como ambígua, os alimentos não se limitam, tão somente, à comida ou bebida. Incluem todas as despesas necessárias a uma subsistência digna, abrangendo, entre outras, as de instrução, educação, remédios, vestuário, lazer e moradia.<sup>7,8</sup>

### **Extensão**

Quanto à sua extensão, a pensão alimentícia é, em regra, ampla, como acima descrito.

A exceção encontra-se no artigo 1694, “caput” e § 2º do Código Civil, segundo o qual o cônjuge culpado na separação (por ter infringido algum dos deveres conjugais previstos do artigo 1566 do CC) só tem direito aos alimentos naturais, quais sejam, aqueles limitados ao mínimo necessário à sua sobrevivência.

### **Os alimentos naturais e a culpa na separação**

Polêmica é a atual situação jurídica destes alimentos naturais limitados ao cônjuge culpado pelo fim do casamento.

Para expressiva corrente doutrinária e jurisprudencial, não mais cabe discussão de culpa na dissolução da sociedade conjugal, após a edição da Emenda Constitucional nº 66, o que ocorreu em 2010.

Até mesmo a atual existência da separação (extrajudicial ou judicial, esta última consensual ou litigiosa) ainda gera polêmica, pois, para muitos, só subsiste atualmente a figura do divórcio, que rompe o vínculo matrimonial.

<sup>6</sup> *Direito civil*. v. 6: Direito de família, p. 355.

<sup>7</sup> CC, art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

<sup>8</sup> CC, art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

Há acórdãos do STJ no sentido de que a separação subsiste, mas na doutrina e nos tribunais estaduais há forte entendimento no sentido oposto.

Isto porque não existiria, hoje, maior utilidade prática para os casais buscarem uma separação, enquanto se trata, quase sempre (salvo se o casal vier, depois, a reconsiderar sua decisão), de passo prévio e preparatório a um futuro divórcio. Este, mais amplo e abrangente, já é permitido diretamente, sem mais exigirem-se prazos mínimos ou outras formalidades antigamente impostas por lei.

De fato, embora não proibido (e ainda previsto) por lei, entendo estar em desuso, caminhando rumo a uma iminente extinção, o instituto da separação.

Isto por falta de maior utilidade prática.

Em sentido figurado, pergunta-se: se o objetivo é colocar fim a um matrimônio, para que embarcar num “voo com escalas”, se há, pelo mesmo preço, um outro “non-stop”?

Somente numa hipótese a separação seria a melhor opção. Se, quando da sua decretação, ainda não houver certeza e segurança de um ou de ambos os cônjuges.

Isto porque, caso verificado um mútuo arrependimento no futuro, a separação permite a revigoração do matrimônio por mera petição ou por simples escritura pública. Já o divórcio é irreversível, exigindo, no caso de reconsideração do antigo casal, um novo casamento entre eles, com os conseqüente trâmites burocráticos inerentes à sua habilitação e celebração.

## Causa

Voltando aos alimentos, quanto à causa, existem os alimentos **legais, voluntários (convencionais ou contratuais), indenizatórios, compensatórios ou ressarcitórios.**

**Legais** são aqueles referidos no artigo 1694 do Código Civil<sup>9</sup>

São devidos aos parentes, quais sejam, os ascendentes e descendentes (sendo que o obrigado de grau mais próximo afasta o daquele mais remoto, mais distante), além dos colaterais de 2º grau (irmãos), com os bilaterais (germanos) preferindo aos unilaterais.

<sup>9</sup> CC, art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Também são devidos aos cônjuges ou companheiros (também denominados conviventes), decorrendo, aqui, do dever de mútua assistência.

Podem ser eles hetero ou homoafetivos.

Isto após a decisão, com efeitos vinculantes, do Supremo Tribunal Federal (STF), prolatada em 5 de maio de 2011, declarando ser inconstitucional a distinção entre as uniões estáveis heterossexuais e aquelas homoafetivas, reconhecendo, conseqüentemente, a possibilidade destas duas espécies de união civil de natureza familiar<sup>10</sup>.

Houve, inclusive, decisão do STJ no mesmo sentido<sup>11</sup>.

O Conselho Superior da Magistratura do TJSP também já havia assim reconhecido<sup>12</sup>.

Via de consequência, e considerando a cada vez maior proximidade legal entre união estável e casamento, sobreveio a Resolução CNJ nº 175, na qual foi determinada a obrigatoriedade, a todos os oficiais de registro civil das pessoas naturais do Brasil, de proceder a habilitação ao casamento também entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda quanto aos alimentos legais, referido direito é recíproco (CF, artigo 229 e CC, artigos 1696/1698).

Por fim, decorrem eles do direito de família e só estes ensejam prisão.

Já os **voluntários**, também denominados **convencionais** ou **contratuais**, são raros.

Decorrem de contrato celebrado entre os interessados (*inter vivos*), pertencendo ao direito das obrigações ou, então, provêm de testamento (*causa mortis*), se referindo ao direito das sucessões, conforme previsto no artigo 1920 do CC<sup>13</sup>.

Não ensejam prisão do devedor.

Por seu turno, os **indenizatórios** decorrem da responsabilidade civil *ex delicto*.

Resultam de indenizações cíveis, por responsabilidade civil comum, embora tenham caráter assemelhado ao dever de alimentar.

Geralmente, o seu pagamento é mensal, em forma de pensão.

Pode ser constituído um capital garantidor (CPC, artigo 533).

<sup>10</sup> ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF.

<sup>11</sup> REsp 1.183.378/RS.

<sup>12</sup> Apelações 00344117020118260071, 00001146120118260063 e 00117689120118260565.

<sup>13</sup> CC, art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

Enfim, constituem um dos itens da reparação do dano, imposta pelos juízos cíveis, nos casos de morte ou invalidez total ou parcial da vítima, nos termos dos artigos 948, II e 950 do CC.

Termos em que, pertencem ao direito das obrigações.

Desse modo, não ensejam prisão do devedor.

De outra banda, há os alimentos **compensatórios**, para alguns semelhantes aos **ressarcitórios**.

Decorrem de construção doutrinária, conforme bem ensinado pelo jurista Rolf Madaleno.

Seriam:

uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro na ocasião da separação ou do divórcio vincular, onde se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial, compensando deste modo a disparidade social e econômica com a qual se depara o alimentando em função da separação, comprometendo suas obrigações materiais, seu estilo de vida e a sua subsistência pessoal<sup>14</sup>.

Dessa forma, a sua finalidade é evitar o desequilíbrio econômico decorrente da redução do padrão social do cônjuge, “sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indigência social”.<sup>15</sup>

### Finalidade

Quanto à finalidade, podem ser os alimentos **provisionais**, **provisórios** ou **definitivos (regulares)**.

Em apertada síntese, **provisionais** (*ad litem* – para a lide) são concedidos em sede de tutela cautelar (CC, artigo 1706).

**Provisórios**, por seu turno, são estipulados como tutela antecipada em ação contendo pedido de alimentos.

Já os **definitivos** (ou **regulares**) são aqueles fixados em sentença.

<sup>14</sup> *Curso de direito de família*. p. 725.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 726.



Critica-se, com razão, o emprego da terminologia “definitivos”, pois a sentença enseja recurso de apelação que, se provido, modificará tal panorama.

Ainda que transitem em julgado, só constituirão coisa julgada formal, sendo “definitivos” só naquele processo, pois, no futuro, poderá haver posterior revisão, para maior ou menor, ou ainda exoneração (artigo 1699 do CC)<sup>16</sup>. Por isso não acarretam em coisa julgada material.

Nunca serão *ultra petita*, nos termos da jurisprudência, pois o caráter ímpar da obrigação alimentar leva a se considerar que o juiz, na sentença, não está adstrito ao valor do pedido.

Ainda quanto à sentença, será ela proferida em ações de alimentos, de separação, de divórcio, revisional e de exoneração, podendo, também, haver ação de oferecimento (oferta) de alimentos, na qual o alimentante (devedor) é quem oferece a pensão no montante que entende possível à sua realidade econômica. Tal qual na ação de consignação em pagamento, teremos aqui o devedor no polo ativo e o credor no passivo.

### Natureza

Quanto à natureza, podem ser os alimentos **naturais** ou **civis** (côngruos).

**Naturais** (artigo 1694, § 2º do CC), como já visto, são aqueles excepcionalmente limitados ao mínimo essencial, se o cônjuge for culpado na separação, havendo a polêmica acima referida em relação à sua subsistência atual.

Já os **civis** (também denominados **côngruos**) – 1694, § 1º – são aqueles mais amplos, consistindo a regra geral.

### Valor

O valor dos alimentos deve ser fixado atendendo a um **binômio**: **necessidade** (de quem recebe) e **possibilidade** (de quem paga).

Tais circunstâncias demandam prova, se não incontroversos, por tratarem de matéria de fato.

Referido quantum (artigos 1702/1704 c/c 1694, §§ 1º e 2º e 1695 do CC) pode ser fixado em porcentagem (percentual) dos seus

<sup>16</sup> CC, art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

rendimentos líquidos (os brutos menos os descontos legais obrigatórios), quando o alimentante for assalariado, seja na iniciativa privada ou em cargo público.

Já se o alimentante for autônomo, ou profissional liberal, se arbitrará em moeda corrente, sempre se recomendando, nesta hipótese, a previsão de um indexador (por exemplo, a variação anual do salário mínimo nacional – CPC, artigo 533, § 4º – o que não viola o artigo 7º, inciso IV, *in fine*, da CF), evitando que a inflação corra o poder de compra da moeda e, invariavelmente, imponha a necessidade de uma iminente ação revisional.

### **Irretroatividade**

Os alimentos não retroagem.

Só são devidos a partir da fixação judicial, tendo efeitos *ex nunc*.

Só se pedem alimentos presentes e futuros e o juiz os fixa dali para a frente.

Se pode, contudo, executar alimentos atrasados, já fixados pelo juiz mas ainda não pagos. Execução esta com natureza patrimonial ou corporal (prisional).

Já numa ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, se procedentes as postulações e reconhecido o dever alimentar na sentença, retroage ele para desde o momento da citação, conforme a Súmula nº 277 do STJ.

### **Correção monetária**

A correção monetária, diferente dos juros, não é acréscimo, constituindo mera recomposição do poder de compra da moeda caso haja desvalorização e perda inflacionárias.

Incide, sim, sobre o débito alimentar (CC, artigo 1710), conforme a tabela com os índices adotados pelos tribunais de justiça.

### **Juros**

Juros constituem, sim, acréscimo. Representam os frutos civis gerados pelo dinheiro. Remuneração pelo uso do capital alheio.

Conforme os artigos 406 do CC e 161 do CTN, importam em 1% ao mês. Não se aplica a taxa SELIC, que combina juros com correção monetária, embora haja julgados isolados neste sentido.

### **Divisibilidade e solidariedade**

O encargo alimentar é divisível, mas sem solidariedade, conforme disposto no artigo 1698, 2ª parte, do CC.

Por exemplo, um pai idoso e carente, que tem dois filhos em boa situação financeira, deve pedir 50% da pensão que necessita para cada um deles.

### **Direito personalíssimo. Obrigação transmissível por herança. Possibilidade de confusão**

Pleitear alimentos é direito personalíssimo. São só destinados à pessoa do alimentando.

Mas isto não se aplica à obrigação do alimentante, pois aquela já existente, quando da sua morte, se transmite aos respectivos herdeiros, desde que não ultrapasse as forças da (o valor dos quinhões na) herança.

Assim está disposto no ordenamento jurídico (CF, artigo 5o, inciso XLV; CC, artigos 943, 1700, 1792, 1997, *caput*; CPC, artigo 796).

Lembro que se aquele herdeiro for o credor dos alimentos, cujo débito lhe foi transmitido seguindo o princípio da saisine, estará a obrigação extinta por força do instituto da confusão (CC, artigos 381/384).

### **Crédito alimentar. Cessão. Penhora. Compensação. Repetição de indébito**

Não pode ser cedido o direito de pedir alimentos, personalíssimo que é (CC, artigos 286 e 1707), mas, para alguns, poder-se-ia transmitir um crédito relativo às parcelas já vencidas e em execução.

De todo modo, tal crédito de alimentos é impenhorável por dívidas do alimentando (CPC, artigo 833, IV e CC, artigo 1707). Mas o alimentante em mora pode ter seu salário e bens de família penhorados (CPC, artigo 833, § 2º e Lei nº 8009/90, artigo 3º, inciso III, com a redação dada pela Lei nº 13.144/15).

Referido crédito, em regra, não está sujeito à compensação com outras dívidas (CC, artigos 373, II e 1707). Exceção pode haver quando, em um mês, se pagar involuntariamente mais do que o devido. Aí, para alguns, poder-se-ia “compensar”, subtraindo o excesso no mês seguinte. Não restaria outra alternativa, por ser irrestituível e irrepetível a quantia paga a maior (embora possa haver reparação mediante indenização).

### **Dispensa. Renúncia**

A pretensão alimentar pode ser momentaneamente dispensada, deixando de ser exigida ou executada. Mas é irrenunciável o direito de pedir alimentos (CC, artigo 1707 e Súmula nº 379 do STF). Na doutrina (Sílvio Venosa, por exemplo) discorda, no que toca ao cônjuge.

### **Prescrição**

Imprescritível aqui é o fundo do direito, mas não o são as parcelas vencidas e não exigidas em tempo hábil.

De fato, o direito de pedir alimentos não prescreve, mas prescrevem as parcelas vencidas há mais de dois anos (CC, artigo 206, § 2º).

Isto se o credor não for absolutamente incapaz, a impedir a fluência do prazo prescricional (CC, artigo 198, I, c/c o seu artigo 3º, *caput*).

### **Fim dos alimentos**

Para o cônjuge ou companheiro, termina o direito de receber os alimentos em casos de morte, desnecessidade, novo casamento ou união estável (sempre do alimentando) – artigos 1708/1709 do CC.

Para os filhos, em regra, cessam com a maioridade civil (18 anos), quando se encerra o poder familiar.

Mas há exceções.

Se o filho estiver estudando em curso profissionalizante ou superior, mormente se for em estabelecimento particular, poderá o encargo se prolongar até a conclusão, desde que, no máximo, até os 24 anos de idade (jurisprudência que se inspirou na legislação do Imposto de Renda, que previa tal idade como a de limite para a dependência).

Se for inválido o alimentando, contudo, não cessa o encargo enquanto perdurar tal situação.

Destaque-se que, se o filho trabalhar, ou tiver reservas e bens suficientes, ainda que menor, pode-se não pagar pensão.

Em regra, a obrigação não cessa, automaticamente e de pleno direito, com o decurso da maioridade civil. Salvo se o contrário foi estabelecido na sentença que os fixou. Na falta de consenso, o alimentante terá de buscar sua exoneração ajuizando ação própria ou pedir a cessação no mesmo processo em que foram eles fixados, observado o contraditório, conforme a Súmula nº 358 do STJ assim redigida:

O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

### **Nascituro**

Quanto ao nascituro, tem ele direito a alimentos?

A esse respeito, há duas correntes, a concepcionista e a natalista.

De qualquer modo, a lei dos alimentos gravídicos (Lei nº 11.804/08) permite tal postulação, com dificuldades práticas relativas à prova suficiente para a concessão de tutela antecipatória, sem a qual o nascimento se dará, na grande maioria dos casos, antes do sentenciamento.

### **Avós**

Quanto aos avós, podem ter eles obrigação de pagar alimentos aos netos, mas isto só se dará em caráter complementar e subsidiário, ou seja, na impossibilidade dos pais.

Obrigação esta que é denominada avoenga.

Hoje regulada pela Súmula nº 596 do STJ, verbis: “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.”

### **Execução. Prisão do devedor**

No que concerne aos meios coercitivos para forçar o pagamento, há previsão, na lei adjetiva, de procedimentos de cumprimento de decisão ou sentença (CPC, artigos 528/533) ou de execução do título extrajudicial (CPC, artigos 784, II a IV e 911/913).

Não pago o débito, sem justificativa plausível, em três dias, caberá uma série de medidas.

Entre elas, a remessa de peças ao MP para eventual denúncia por abandono material (CPC, artigo 532), protestos, averbações ou expropriações (CPC, artigos 528, § 8º e 828) e, ainda, a prisão do devedor de obrigação alimentar.

Só é referida prisão cabível no caso dos alimentos legais, decorrentes do direito de família.

Encontra-se tal custódia prevista no artigo 5º, inciso LXVII da CF; artigos 528 e seus §§, 693, parágrafo único, além do 911, parágrafo

único; todos do CPC e, enfim, artigo 19 da Lei nº 5.478/68 (que trata da ação de alimentos).

Deve esta medida restritiva de liberdade ser cumprida sob regime fechado, mas em cela separada dos presos comuns.

Destaco não se tratar de uma forma de pena, castigo ou punição. Se o fosse, seria aplicada pelos juízos criminais e não pelos de família.

Tanto é que, quando decretada em primeira instância, os cabíveis agravo de instrumento e *habeas corpus* são julgados por câmaras cíveis ou de família dos tribunais de justiça.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, caberá suas apreciações pelas 1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado, integrantes da subseção denominada DP1.

É, na verdade, um meio legítimo de coerção, preservando a vida do credor e evitando o seu perecimento por inanição.

Só cabe a decretação desta prisão para os últimos três meses da dívida, conforme artigo 528, § 7º do CPC e Súmula no 309 do STJ. O restante ensejará execução patrimonial.

Referida prisão, caso cumprida, não exime do pagamento da dívida. O débito continuará a existir, mas somente comportará execução que se dirija contra o patrimônio e os bens do devedor. Não se prenderá, mais de uma vez, pelo mesmo período da dívida.

Ao depois, decorrido um novo mês, e também sendo o encargo nele inadimplido, nova prisão civil poderá ser decretada, pois um diverso período implicará em distinto fato gerador da medida corporal, sem que haja o vedado *bis in idem*.

## 5. Conclusão

Nestas breves notas, buscou-se sintetizar alguns relevantes aspectos de direito material civil da obrigação alimentar.

Longe de pretender esgotar o assunto, buscou-se um objetivo exame das diversas questões sobre tão palpitante e relevante tema.

Definitivamente, a pretensão foi a de propiciar visão panorâmica e geral das inúmeras controvérsias e numerosos tópicos que decorrem da obrigação alimentar.

## 6. Bibliografia

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev. e corr. Campinas: Servanda, 2015.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 7. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1915. t. 1<sup>er</sup>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6: Direito de família.

# Cumprimento de sentença que impõe pagamento de alimentos: um comentário ao art. 528 do CPC de 2015

*Cassio Scarpinella Bueno*<sup>1</sup>  
Advogado

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Dívida alimentar. 3. Classificação dos alimentos. 4. Técnicas executivas. 5. Intimação do executado para pagar, comprovar ou justificar. 5.1. Peculiaridades da intimação. 6. Peculiaridades da fluência e da contagem do prazo. 7. Protesto. 8. Prisão civil. 9. Multa coercitiva. 10. Competência para o cumprimento. 11. Reflexões finais. Referências bibliográficas.

## 1. Considerações iniciais

O Capítulo IV do Título II do Livro I da Parte Especial do Código de Processo Civil de 2015 ocupa-se, em seus arts. 528 a 533, com o cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar *alimentos*.

Trata-se de novidade quando comparado com o CPC de 1973 que não continha, a despeito das profundas modificações introduzidas pela

---

<sup>1</sup> Advogado formado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), instituição na qual obteve os títulos de Mestre (1996), Doutor (1998) e Livre-docente (2005) em Direito Processual Civil, todos com a nota máxima, e onde exerce as funções de Professor-Doutor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado. Foi *Visiting Scholar da Columbia University* (Nova York) no ano acadêmico de 2000/2001. É Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual, membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e membro da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Revisora do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil no Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil no âmbito da Câmara dos Deputados. É autor de 22 livros, dentre os quais se destacam os mais recentes, publicados pela Editora Saraiva: *Manual de direito processual civil* (em volume único), *Novo Código de Processo Civil anotado e Comentários ao Código de Processo Civil, vol. X (liquidação e cumprimento de sentença)*. Escreveu mais de 85 livros em coautoria e mais de 85 artigos científicos, alguns publicados em revistas estrangeiras. Desenvolve intensa atividade acadêmica, como palestrante e conferencista, no Brasil e no exterior.



Lei n. 11.232/2005, normas específicas para o *cumprimento da sentença* relativa aos alimentos. Justamente diante da ausência de uma regulação própria, a iniciativa do CPC de 2015 é pertinentíssima porque tende a colocar fim a uma série de questões que, no CPC de 1973, resultavam do contraste da precitada lei reformista com as regras genéricas dos alimentos constantes em seus arts. 732 a 735 (que, do ponto de vista textual, só se referiam a títulos executivos *extrajudiciais*) e ainda com a Lei n. 5.478/1968, modificada para se compatibilizar com o CPC de 1973 pela Lei n. 6.014/1973, e que disciplinava (e continua a disciplinar<sup>2</sup>, a chamada “ação de alimentos”). Para tornar mais coesa a disciplina do CPC de 2015 a respeito do assunto, o inciso V de seu art. 1.072 revogou expressamente os arts. 16 a 18 da precitada Lei n. 5.478/1968<sup>3</sup>.

O CPC de 2015, no particular, também trata em locais distintos das normas relativas ao cumprimento da sentença envolvendo alimentos, aí compreendidas também a “decisão interlocutória que fixe alimentos” (os arts. 528 a 533 aqui comentados), e as relacionadas à execução fundada em título executivo *extrajudicial* “que contenha obrigação alimentar” (arts. 911 a 913). Tudo para apresentar soluções compatíveis e uniformes aos problemas que a miscelânea de leis (ou a falta delas) gerou no contexto do CPC de 1973<sup>4</sup>.

É neste sentido que o art. 528 vem para uniformizar a (aparente) dualidade de regimes do cumprimento da sentença e da decisão inter-

<sup>2</sup> Expresso, nesse sentido, é o parágrafo único do art. 693 do CPC de 2015, que trata das “ações de família”.

<sup>3</sup> Os dispositivos revogados tinham a seguinte redação: “Art. 16. Na execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos será observado o disposto no artigo 734 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil” (redação dada pela Lei n. 6.014/1973); “Art. 17. Quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz”, e “Art. 18. Se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença na forma dos artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil.” (redação da Lei n. 6.014/1973). A revogação ou subsistência do art. 19 da Lei n. 5.478/1968, cujos parágrafos também ganharam nova redação dada pela Lei n. 6.014/1973, é tema de análise do n. 124, *infra*.

<sup>4</sup> Para essa discussão, v. os seguintes trabalhos: José Rogério Cruz e Tucci, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, p. 316-317; Luiz Henrique Volpe Camargo e Lauane Andrekowsk Volpe Camargo, *Do cumprimento da sentença*, p. 93-95; Fernanda Tartuce e Luiz Dellore, *Execução de alimentos: do CPC/73 ao novo CPC*, p. 476-479; Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, in: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1525; Marcelo de Faria Camara, in: *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 763. De minha parte, voltei-me ao tema em meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, p. 353-354. Há acórdão da 3ª Turma do STJ, na relatoria do Ministro Moura Ribeiro que bem ilustra as discussões sobre as técnicas executivas em se tratando de obrigação alimentar sob a égide do CPC de 1973. É a seguinte a sua ementa: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXECUÇÃO DE VERBA ALIMENTAR PRETÉRITA. ALEGADA NULIDADE DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CUMPRIMENTO DE

locutória que impõem pagamento de verba alimentícia, compatibilizando, ademais, a possibilidade de cominação de prisão civil expressamente autorizada pelo inciso LXVII do art. 5º da CF com a ordem de pagamento constante do *caput* e do § 1º do art. 523 e com as demais técnicas disciplinadas pelo CPC de 2015. Quando a dívida alimentar tiver como fundamento título executivo extrajudicial, a disciplina da execução é a prevista nos arts. 911 a 913 cujo regramento, contudo, não apresenta nenhuma peculiaridade quando comparado ao dos arts. 528 a 533, a não ser a necessidade de o executado ser *citado* para o pagamento, não apenas *intimado*<sup>5</sup>.

O presente trabalho teve como objetivo investigar o art. 528 e a compreensão das técnicas executivas nele previstas.

## 2. Dívida alimentar

Os alimentos devem ser entendidos como os valores devidos para a subsistência e as necessidades básicas de alguém sem condições, por si próprio, de garanti-las (arts. 1.694, § 1º, e 1.695 do CC). O *caput* do art. 1.694 do CC inclui na obrigação alimentar o que for necessário para “viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para

---

SENTENÇA. PRECEDENTES. DISPENSÁVEL A CITAÇÃO DO EXECUTADO. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO VIA PUBLICAÇÃO OFICIAL. PRECEDENTES. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL DA EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS PRETÉRITOS CONTADOS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE DECLAROU A PATERNIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 1.022 DO NCPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL QUE TERIA RECEBIDO INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta eg. Corte Superior já proclamou que, a partir da edição da Lei n. 11.232/05, na execução dos débitos alimentares pretéritos que buscam a satisfação de obrigação de pagamento de quantia certa, devem ser aplicadas as regras relativas ao cumprimento de sentença e que, ao art. 732 do CPC/73, deve ser conferida uma interpretação que seja consoante com a urgência e importância da exigência dos alimentos, admitindo a incidência daquelas regras. Precedentes. 1.1. Tratando-se de cumprimento de sentença, fase posterior ao processo de conhecimento, desnecessária a nova citação do executado, que deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, a partir de quando, caso não efetue, passará a incidir a multa de 10% sobre o montante da condenação (art. 475-J do CPC/73). Precedentes. 2. O prazo prescricional para o cumprimento de sentença que condenou ao pagamento de verba alimentícia retroativa se inicia tão somente com o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade. 2.1. A possibilidade da execução provisória de sentença em virtude da atribuição apenas do efeito devolutivo ao recurso de apelação, não pode ter o condão de modificar o termo inicial da prescrição. 3. [...]. 4. [...] 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.634.063/AC, rel. Min. Moura Ribeiro, j.un. 20.6.2017, DJe 30.6.2017).

<sup>5</sup> É também o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, p. 318-319.

atender às necessidades de sua educação”. O dispositivo merece ser interpretado levando em conta o quanto disposto no inciso III do art. 1º da CF, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e o art. 6º, que indica a alimentação como direito social.

Também o § 1º-A do art. 100 da Constituição Federal, ao tratar dos chamados “precatórios *alimentares*”, refere-se aos débitos alimentares de forma bastante significativa como “aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil”. O rol constitucional, como já teve oportunidade de decidir a 1ª Turma do STF, é meramente *exemplificativo*<sup>6</sup>.

É por força deste seu caráter umbilicalmente voltado à *necessidade* de quem os recebe que o CPC de 2015, em seus arts. 528 a 533, disponibiliza regras diferenciadas para a concretização da tutela jurisdicional executiva que recai sobre aquele específico bem. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, autoriza expressamente a prisão civil por dívida pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Embora haja alguma discussão quanto às situações em que aquela medida pode ser empregada – prevalecendo o entendimento, com o qual não concordo, que a medida é aprioristicamente vedada para os alimentos indenizativos<sup>7</sup> –, é certo que a prisão *civil* quando não há pagamento sem justificativa de pensão *alimentícia* é expressamente prevista pelo sistema. As demais formas que a prestação da tutela jurisdicional pode assumir em tais casos – ainda quando o título executivo seja extrajudicial – buscam concretizar as peculiaridades que este tipo de dívida ostenta desde o plano material.

<sup>6</sup> A referência é feita ao RE 470.407/DF da 1ª Turma do STF, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 9.5.2006, DJ 13.10.2006, p. 51, assim ementado: “Crédito de natureza alimentícia. Artigo 100 da Constituição Federal. A definição contida no § 1º-A do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. Honorários advocatícios. Natureza. Execução contra a Fazenda. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei n. 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional n. 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário n. 146.318-0/SP, Segunda Turma, relator Ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e Recurso Extraordinário n. 170.220-6/SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998.”

<sup>7</sup> É entendimento que venho sustentando desde o meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, p. 356-357 e 363-364. No mesmo sentido já era a lição de Luiz Guilherme Marinoni ao lado de Sérgio Cruz Arenhart para o CPC de 1973 (Execução, p. 392/395) e continua a ser a opinião dos processualistas ao lado de Daniel Mitidiero para o CPC de 2015 (*Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 560).

Cabe destacar, outrossim, que o exame aqui feito a propósito dos arts. 528 a 533 pressupõe a existência de título executivo judicial que imponha o dever de pagar alimentos. A ressalva é importante porque a Lei n. 5.478/1968, conhecida como “lei dos alimentos”, continua a estabelecer um procedimento *especial* para a prática dos atos jurisdicionais voltados ao *reconhecimento* da dívida alimentar, isto é, a *criação* do título, uma decisão que impõe o pagamento da dívida alimentar, usualmente referida como “sentença condenatória de alimentos”. Com a expressa revogação dos arts. 16 a 18 daquela Lei, que se ocupavam da concretização daquela decisão pelo inciso V do art. 1.072 do CPC de 2015, é correto entender que o *cumprimento* daquelas decisões *também* observará a disciplina aqui comentada.

Voltada à criação de título executivo judicial sobre a dívida alimentar é a menos lembrada Lei n. 11.804/2008, que disciplina os chamados “alimentos gravídicos”. O cumprimento das decisões proferidas para aquele fim observará os artigos codificados aqui comentados<sup>8</sup>.

De outra parte, não subsiste no CPC de 2015, a disciplina que ocupava os arts. 852 a 854 do CPC de 1973, que tratavam da chamada “cautelar de alimentos provisionais”. O tema foi absorvido pela disciplina genérica da tutela provisória, tal qual feita pelos arts. 294 a 311. Na hipótese de ser concedida tutela provisória para impor o pagamento de alimentos, o seu parâmetro operativo será o do cumprimento provisório (art. 520 a 522) em função do que estabelece o art. 297. Não é demasiado recordar, a propósito do inciso I do art. 521 que, embora se tratando de cumprimento *provisório*, a dívida alimentar – “independentemente de sua natureza” – dispensa, como regra, a prestação de caução para ser satisfeita.

Para o desenvolvimento deste trabalho, importa, portanto, o exame das atividades jurisdicionais voltadas à realização concreta da tutela jurisdicional suficientemente reconhecida sobre o dever de pagar alimentos.

### 3. Classificação dos alimentos

A doutrina apresenta uma série de classificações para estudar os alimentos. Para os fins que interessam ao presente trabalho, cabe distingui-los a partir dos critérios abaixo relacionados.

<sup>8</sup> Expressa nesse sentido, conquanto com a referência ao CPC de 1973, é a lição de Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, Alimentos gravídicos, p. 1196.

Quanto à sua *natureza*, os alimentos são naturais ou civis. São *naturais* os alimentos que visam à subsistência mínima daquele que os necessita. A eles se refere o § 2º do art. 1.694 do CC. Os alimentos *civis* são aqueles que vão além da referida subsistência, viabilizando a fruição de outras necessidades do alimentando. É deles que trata o *caput* do art. 1.694 do CC.

Quanto à sua *origem*, isto é, de acordo com a sua fonte geradora, os alimentos são legítimos, voluntários ou indenizativos.

Alimentos *legítimos* são os devidos em virtude das relações regidas pelo direito da família (art. 1.694 do CC) e, por força do disposto no art. 226, § 3º, da CF, também nas situações em que há união estável (art. 1.724 do CC e art. 7º, *caput*, da Lei n. 9.278/1996). Correto ir além para tratar esta classe de forma mais abrangente como alimentos que se relacionam aos direitos decorrentes do direito das famílias<sup>9</sup>.

Alimentos *voluntários* são os que os próprios interessados arbitram entre si, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, inclusive para fins de constituição de título executivo *extrajudicial*. Exemplos deles estão no art. 1.920 do CC, no art. 13 da Lei n. 10.741/2003, o chamado “Estatuto do Idoso”, e nos casos em que os alimentos são fixados por força de separação ou divórcio consensual *extrajudicial* nos moldes do art. 733 do CPC de 2015.

Alimentos *indenizativos* são os alimentos devidos como decorrência da prática de ato ilícito. A eles se referem os arts. 948, II, e 950 do CC.

Quanto ao momento em que são devidos, eles podem ser futuros ou pretéritos.

Os alimentos *futuros* são os exigíveis a partir da determinação judicial de seu pagamento, independentemente do título executivo que os fundamenta ser judicial ou extrajudicial. Os alimentos *pretéritos* são os devidos antes daquela determinação.

A doutrina continua a se referir também à classificação dos alimentos quanto ao momento de sua fixação, apresentando como classes os alimentos *definitivos*, os *provisórios* e os *provisionais*<sup>10</sup>.

Os alimentos *definitivos* são aqueles devidos em função de decisão transitada em julgado ou em título executivo extrajudicial.

<sup>9</sup> Para o ponto, na perspectiva dos alimentos, v. Cristiano Chaves de Faria, Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas, esp. p. 1291-1297.

<sup>10</sup> É o que propõe, por exemplo, Arlete Inês Aurelli, in: *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 732-733.

Os alimentos *provisórios* são os fixados diante de prova pré-constituída de parentesco ou da obrigação alimentar, como impõe o art. 2º, *caput*, da Lei n. 5.478/1968 (arts. 4º, *caput*, e 13, § 3º, da Lei n. 5.478/1968). Eles correspondem, assim, à decisão concessiva de tutela provisória proferida incidentalmente à chamada “ação de alimentos” e, nesse contexto, encontram eco seguro também no *caput* do art. 6º da Lei n. 11.804/2008, que trata dos chamados “alimentos gravídicos”<sup>11</sup>.

Os alimentos *provisionais*, de seu turno, são aqueles decorrentes da concessão da tutela provisória dos arts. 294 a 311 do CPC de 2015, que estão no lugar da antiga “cautelar de alimentos *provisionais*” dos arts. 852 a 854 do CPC de 1973.

A despeito de a distinção entre alimentos *provisórios* e *provisionais* ter sido muito comum no sistema do CPC de 1973<sup>12</sup>, ela não deve prevalecer para o sistema processual da atualidade. A artificialidade de sua distinção é gritante porque, em última análise, repousa na *qualidade* da prova apta a convencer o magistrado sobre a concessão ou não dos alimentos o que, contudo, já não encontra guarida na disciplina genérica dada pelo CPC de 2015 à tutela provisória e diante da insubsistência da mencionada cautelar provisional do CPC de 1973 e da distinção entre ambas as classes que, *pelo conteúdo*, costumava-se indicar com base no parágrafo único do art. 852 daquele Código<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> A “conversão” admitida pelo parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.804/2008 rendeu ensejo a interessantíssima decisão da 3ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, assim ementada: “RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. GARANTIA À GESTANTE. PROTEÇÃO DO NASCITURO. NASCIMENTO COM VIDA. EXTINÇÃO DO FEITO. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO AUTOMÁTICA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DO RECÉM-NASCIDO. MUDANÇA DE TITULARIDADE. EXECUÇÃO PROMOVIDA PELO MENOR, REPRESENTADO POR SUA GENITORA, DOS ALIMENTOS INADIMPLIDOS APÓS O SEU NASCIMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os alimentos gravídicos, previstos na Lei n. 11.804/2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro. 2. Com o nascimento com vida da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor do recém-nascido, com mudança, assim, da titularidade dos alimentos, sem que, para tanto, seja necessário pronunciamento judicial ou pedido expresso da parte, nos termos do parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.804/2008. 3. Em regra, a ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois os referidos alimentos ficam convertidos em pensão alimentícia até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração do valor dos alimentos ou até mesmo eventual resultado em ação de investigação ou negatória de paternidade. 4. Recurso especial improvido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.629.423/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j.un. 6.6.2017, DJe 22.6.2017).

<sup>12</sup> Para uma análise (crítica) daquela “cautelar nominada”, v. meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 4, p. 281-284. Para a classificação triplíce, v. as considerações que fiz no v. 3 do Curso, p. 355.

<sup>13</sup> Segundo o qual: “No caso previsto no n. I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda”. O inciso I do *caput* do art. 852, por sua vez, previa a fixação dos alimentos provisionais

A peculiaridade que reside na prova apta a autorizar a fixação de alimentos com fundamento no precitado caput do art. 2º da Lei n. 5.478/1968 não infirma o que se mostra suficientemente relevante para a classificação aqui anunciada, a provisoriedade do título que fixa os alimentos<sup>14</sup>.

Destarte, proponho que aquelas duas classes sejam reunidas em uma só, alimentos *provisórios*, assim entendidos aqueles cuja decisão respectiva é carecedora de confirmação jurisdicional. Nesse sentido, importa constatar que sentença que impõe o pagamento dos alimentos reside nessa classe por estar, como regra, sujeita a seu cumprimento provisório por força do disposto no inciso II do § 1º do art. 1.012.

#### 4. Técnicas executivas

O exame dos arts. 528 a 533 revela que existem diferentes técnicas para que a tutela jurisdicional executiva relativa aos alimentos ser prestada, quais sejam: protesto do título executivo e prisão civil (art. 528), desconto em folha (art. 529), “penhora/satisfação” (art. 530) e constituição de capital (art. 533). Não há dúvida de que as peculiaridades *materiais* da prestação alimentícia levaram o legislador a autorizar práticas diferentes de atividades jurisdicionais. Todas, contudo, convergem à mesma finalidade: satisfazer o credor da prestação alimentícia levando em conta também a juridicidade da cominação da prisão *civil* como meio coercitivo, expressamente autorizado pelo inciso LXVII do art. 5º da CF.

O que não é claro no exame daqueles dispositivos – e, no particular, a dúvida sobrevive ao CPC de 1973 – é se sua aplicação pode-se dar indistintamente, a quaisquer classes de alimentos e, também, se existe alguma ordem de prioridade entre aqueles diversos mecanismos ou se eles podem ser empregados indistintamente a pedido do exequente ou, até mesmo, de ofício pelo magistrado.

A interpretação que se mostra mais correta é no sentido de que a prática daquelas atividades jurisdicionais pode ser adotada consoante as *necessidades de cada caso concreto*, independentemente da espécie de alimentos envolvidos e de qualquer ordem eventualmente estabe-

---

“nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges; [...]”.

<sup>14</sup> Correto, no particular, o entendimento de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1523) no sentido de que “os alimentos provisionais não deixam de ser, também provisórios”. Mais incisivos, Eduardo Cambi, Rogéria Dotti, Paulo Eduardo d’Arce Pinheiro, Sandro Gilbert Martins e Sandro Marcelo Kozikoski (*Curso de processo civil completo*, p. 1108) escrevem que “Não há mais razão para distinguir alimentos *provisórios* dos *provisionais*, tal como antes se fazia à luz do CPC/1973. A redação do art. 531 reforça essa conclusão”.

lecida pelo legislador. É como se afirmasse que eventual ordem preestabelecida pelo legislador não se mostra apta a se sobrepor às necessidades e às peculiaridades de cada caso concreto, que têm o condão de justificar a adoção de um ou outro mecanismo para mais bem tutelar o direito aplicável à espécie pelo magistrado<sup>15</sup>.

A exposição seguinte observa a ordem do CPC de 2015, o que não quer dizer que, em todo e qualquer caso, o cumprimento da decisão que fixa alimentos deve se dar pelo protesto do título executivo e pela fixação da prisão (art. 528) para, se for caso, passar pela técnica do desconto em folha (art. 529) para, em seguida, e somente então, no malogro de uma e outra, chegar-se ao cumprimento no modelo “penhora/satisfação” (art. 530). Menos ainda que a constituição de capital (art. 533), dada a sua natureza, nunca possa ser combinada com as demais técnicas. Cada caso concreto, vale insistir, será decisivo para justificar a escolha de uma ou de outra técnica e, até mesmo, pela combinação e/ou sucessão de mais de uma delas. De resto, a vontade do exequente na adoção de uma e não de outra técnica deve ser respeitada no que no particular – e diferentemente do CPC de 1973 –, é mais claro o CPC de 2015, como se constata do § 8º do art. 528.

## 5. Intimação do executado para pagar, comprovar ou justificar

O primeiro dispositivo a tratar do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos é o art. 528. Segundo ele, em se tratando de cumprimento de sentença (provisório ou definitivo) que imponha o pagamento de prestação alimentícia ou, ainda, de decisão interlocutória que fixe alimentos, o magistrado, a requerimento do exequente, intimará pessoalmente o executado para, em três dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de realizar o pagamento.

O “débito” referido no dispositivo deve ser compreendido levando em conta o quanto estabelecido no respectivo título executivo judicial – assim compreendido indistintamente a decisão interlocutória, a sentença, a decisão monocrática no âmbito dos Tribunais ou o acórdão –, inclusive eventuais reduções ou modificações derivadas das comumente denominadas “ações revisionais” de alimento<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> De acordo: Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, in: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1531.

<sup>16</sup> A respeito do assunto, cabe colacionar a seguinte decisão da 2ª Seção do STJ: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CABIMENTO. REVISÃO DOS ALIMENTOS. MAJORAÇÃO, REDUÇÃO



Ainda sobre a abrangência da pensão alimentícia – a estar estam-  
pada no título executivo judicial –, cabe destacar a seguinte orienta-  
ção em sede de recurso especial repetitivo julgado pela 2ª Seção do  
STJ, plenamente válida para o CPC de 2015:

DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA. JULGAMENTO SOB A TÉCNICA DO ART. 543-C DO CPC.

1. Consolidação da jurisprudência desta Corte no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias.
2. Julgamento do especial como representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ – Procedimento de Julgamento de Recursos Repetitivos.
3. Recurso especial provido.<sup>17</sup>

Se o executado atender à intimação e efetuar o pagamento, cabe ao magistrado colher a manifestação do exequente a seu respeito. Havendo concordância, o caso é de extinção do processo com fundamento no inciso II do art. 924 a ser reconhecida pela sentença do art. 925.

Não havendo concordância, prosseguem os atos executivos, com o protesto do título executivo e, inclusive, com a viabilidade da prisão civil, vez que o pagamento parcial não a impede<sup>18</sup>.

Pode ser que o executado pretenda produzir prova de que já pagou a dívida reclamada pelo exequente. Neste caso, a prova do pagamento far-se-á por quaisquer meios de prova admitidos pelo modelo constitucional. Não há razão para restringi-la à apresentação de prova documental porque esta avaliação depende das circunstâncias de cada

---

OU EXONERAÇÃO. SENTENÇA. EFEITOS. DATA DA CITAÇÃO. IRREPETIBILIDADE. 1. Os efeitos da sentença proferida em ação de revisão de alimentos – seja em caso de redução, majoração ou exoneração – retroagem à data da citação (Lei 5.478/68, art. 13, § 2º), ressalvada a irrepetibilidade dos valores adimplidos e a impossibilidade de compensação do excesso pago com prestações vincendas. 2. Embargos de divergência a que se dá parcial provimento.” (REsp 1.181.119/RJ, rel. p./acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j.m.v. 27.11.2013, DJe 20.6.2014).

<sup>17</sup> STJ, 2ª Seção, REsp repetitivo 1.106.654/RJ, rel. Min. Paulo Furtado, j.un. 25.11.2009, DJe 16.12.2009.

<sup>18</sup> É neste sentido a jurisprudência do STJ e do STF como faz prova suficiente o quanto decidido pela 4ª Turma do STJ no HC 312.551/SP, rel. p./acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j.m.v. 12.4.2016, DJe 11.5.2016.

caso concreto, que podem justificar a necessidade ou, quando menos, a possibilidade de adoção de outro meio de prova para aquele fim<sup>19</sup>.

Idêntica orientação merece ser dada também para a parte final do caput do art. 528 e a prova da impossibilidade de fazer o pagamento. Aqui também, a prova respectiva pode ser feita por quaisquer meios idôneos para tanto, desde que harmônicos com o modelo constitucional<sup>20</sup>.

Acerca do assunto, há interessante acórdão da 3ª Turma do STJ que admitiu que ela seja feita pela oitiva de testemunhas desde que nos três dias previstos no dispositivo ora comentado, assim ementado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. ESCUSA. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE.

1. O exíguo prazo de três dias concedido ao alimentante para pagar ou justificar o não-pagamento de pensões alimentícias em atraso, tem como objetivo primário garantir a sobrevivência do alimentado, pois o atraso nos alimentos pode leva-lo à carência crônica dos mais básicos meios de subsistência.

2. Nessa senda, não se verifica, a priori, nenhuma impossibilidade de a escusa ao pagamento ser realizada por meio de oitiva de testemunhas, prova perfeitamente aceitável, mesmo na excepcional execução do art. 733 do CPC/73.

3. No entanto, o tríduo é peremptório, porque o risco alimentar do executado é premente, devendo a justificativa ser produzida neste intervalo e, nessa linha, o mero protesto pela produção de prova testemunhal não pode ser aceito, porquanto fatalmente se estenderá além da janela temporal de justificativa permitida na legislação.

4. Recurso não provido.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> A diretriz do texto pode ser retirada também de parte do caput do art. 19 da Lei n. 5.478/1968 que, no particular, não foi expressamente revogado pelo já referido inciso V do art. 1.072 do CPC de 2015, *verbis*: “Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.”.

<sup>20</sup> Admitindo a produção de quaisquer meios de prova para o fim discutido no texto é o entendimento de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1315, nota 6.

<sup>21</sup> REsp 1.601.338/SP, rel. p./acórdão Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 13.12.2016, DJe 24.2.2017.

A ressalva feita no item 3 da ementa, plenamente hígida para o CPC de 2015, merece ser sublinhada: não se trata de exigir necessária e invariavelmente que o executado *produza* a prova testemunhal nos três dias reservados pelo *caput* do art. 528, até porque a dificuldade de realização prática de um tal requerimento naquele curtíssimo espaço de tempo é inquestionável. O que se quer no prazo em tela é que a prova seja *requerida* com as devidas e inafastáveis justificativas, vedado o (tão comum quanto equivocado, máxime em um sistema de processo “cooperativo”<sup>22</sup>) protesto genérico pela produção de determinado meio de prova. Como se lê de pertinente do voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Não havendo seriedade no requerimento de prova oral, ou não tendo sido demonstrada a sua imprescindibilidade, pode o juízo indeferir de plano o requerimento, não havendo falar em cerceamento de defesa, pois fica resguardada a via da ação revisional.

Assim, o que se quer evitar no acórdão aqui mencionado, e com o que concordo, é a vedação *apriorística* da prova *testemunhal* para comprovar a impossibilidade de o executado arcar com o pagamento da verba alimentar o que já havia sido corretamente vedado pela 6ª Turma do STJ em julgado anterior, bem contextualizado no voto da Ministra Nancy Andrighi<sup>23</sup>.

Sobre a inviabilidade de pagamento referida no final do *caput* do art. 528, cabe dar destaque ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo, segundo o qual “Somente a comprovação de fato que gere a *impossibilidade absoluta* de pagar justificará o inadimplemento”.

A literalidade do trecho que coloquei em *itálico* deve ser compreendida no sentido de que o magistrado deve se convencer suficientemente das razões apresentadas pelo executado para não ter realizado o pagamento. É a hipótese, por exemplo, de o executado não ter condições econômicas de pagar (a despeito da necessidade do exequente)

<sup>22</sup> É entendimento que sempre me pareceu o mais correto, inclusive (mas não só) para o adequado cumprimento do inciso VI do art. 319 ao ensejo da elaboração da petição inicial. Neste sentido, v. meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, t. I, p. 131-134, e, já sob a égide do CPC de 2015, v. meu *Manual de direito processual civil*, p. 315. Para a discussão do ponto, na perspectiva aqui colocada em evidência, v. William Santos Ferreira, *Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório*, esp. p. 445-455.

<sup>23</sup> A referência é feita ao HC 2.492/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 24.6.1994, DJ 10.10.1994, p. 27.187, encimado da seguinte ementa: “PENAL E PROCESSUAL CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS. PRI-

por estar desempregado e não ter outros meios suficientes para arcar com sua própria subsistência.

Caso o magistrado convença-se de que o pagamento já foi efetuado, sempre ouvido previamente o exequente, a hipótese também é de extinção do processo, fundamentada a sentença do art. 925 no mesmo inciso II do art. 924, já que será reconhecida a satisfação da obrigação.

Se o magistrado, após a oitiva do exequente, convencer-se da impossibilidade de o pagamento ser feito, o que ocorre é o descarte do protesto do título executivo e da prisão civil e a adoção de outros mecanismos executivos para viabilizá-lo. É hipótese que pode, até mesmo, justificar a realização de audiência de mediação para compor os interesses contrapostos do exequente e do executado.

Quando se tratar de intimação para o cumprimento da sentença, início da etapa de cumprimento, portanto, deve o magistrado fixar honorários advocatícios com fundamento no § 1º do art. 85. À falta de regra em sentido contrário, o piso de 10% sobre o valor total da dívida constante do § 1º do art. 523 deve ser observado e majorado ao longo do tempo para remunerar a atividade do advogado, inclusive em grau recursal (art. 85, § 11).

### 5.1 Peculiaridades da intimação

A exigência feita pelo *caput* do art. 528, de que a intimação se faça *pessoalmente* ao executado, deve ser entendida como exceção ao quanto disposto no § 2º do art. 513, que se contenta, como regra, com a intimação do executado por intermédio de seu advogado para a etapa do cumprimento de sentença. Assim, em se tratando de alimentos, a intimação deve ser dirigida pessoalmente ao executado ainda quando houver advogado constituído nos autos, observando-se, para tanto, a disciplina dos arts. 269 a 275. A gravidade da consequência do não pagamento, da não justificativa de prévio pagamento ou da impossibilidade de fazê-lo, a prisão civil, inquestionavelmente, influenciou o legislador a excepcionar o regime.

---

SÃO. 'HABEAS-CORPUS'. JUSTIFICAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA (CPC, ART. 733). CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. I – O paciente, no tríduo do art. 733 do CPC, levou testemunhas já previamente arroladas para provar que ele, devedor de prestação alimentícia, não tinha mais condições de arcar com o avençado. O juiz, na audiência de justificação, não ouviu as testemunhas ao argumento de que em processo de execução não se pode fazer prova oral. II – No caso concreto, houve cerceamento de defesa, tornando a constrição (ameaça de prisão) ilegal. O juiz, que poderia ouvir ou até não ouvir as testemunhas, desde que circunstanciasse sua decisão, partiu de premissa inexistente na Lei (CPC, art. 733). III – Ordem concedida.”

Como o *caput* do art. 528 ocupa-se indistintamente do cumprimento da sentença e da “decisão interlocutória que fixe alimentos”, importa destacar que, neste caso, além da intimação para os fins previstos no dispositivo, o réu deverá ser também citado, com observância das regras aplicáveis (arts. 238 a 259), não havendo nenhuma vedação e/ou empecilho para a cumulação daqueles atos processuais em um mesmo ato judicial, desde que suficientemente esclarecidas as consequências de um e de outro. Em rigor, não se trata de nada diverso do que ocorre usualmente nas hipóteses em que há formulação de pedido de tutela provisória antes (e independentemente) da citação do réu.

## 6. Peculiaridades da fluência e da contagem do prazo

Questão interessante trazida à tona pelo CPC de 2015 é sobre a aplicabilidade do disposto no § 3º do art. 231 à hipótese, de modo a autorizar que o início do prazo para as atitudes descritas no *caput* do art. 528 dê-se a partir da própria comunicação dirigida à parte. Isso porque, aquele dispositivo está assim redigido:

§ 3º. Quando o ato tiver de ser praticado diretamente pela parte ou por quem, de qualquer forma, participe do processo, sem a intermediação de representante judicial, o dia do começo do prazo para cumprimento da determinação judicial corresponderá à data em que se der a comunicação.

Até a 3ª edição do meu *Manual de direito processual civil*, manifestei-me em sentido positivo, considerando que a hipótese é excepcional, de intimação pessoal e não por intermédio do advogado constituído nos autos para o início da etapa de cumprimento de sentença<sup>24</sup>. Reflexão mais detida sobre o assunto, contudo, conduziu-me a entendimento diverso, mostrando ser necessário distinguir dois dos três comportamentos valorados pelo *caput* do art. 528.

<sup>24</sup> É o que escrevi na p. 481 da 3ª edição: “De acordo com o *caput* do art. 528, o magistrado, a requerimento do exequente, intimará *pessoalmente* o executado para, em três dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de realizar o pagamento. A exigência feita pelo dispositivo, de intimação *pessoal*, deve ser entendida como exceção à regra genérica do § 2º do art. 513, que se contenta, em larga escala, com a intimação ao advogado do executado. Assim, em se tratando de alimentos, mesmo quando o executado tiver advogado constituído nos autos, a intimação para pagamento (ou justificação) deve ser feita pessoalmente a ele, por um dos meios previstos nos arts. 269 a 275. Justamente por isso, entendo que se aplica, à hipótese, o disposto no § 3º do art. 231, de modo que o início do prazo dar-se-á a partir da própria comunicação dirigida à parte”.

Assim, quando a hipótese for de *comprovar o pagamento já feito* ou de *justificar a impossibilidade de fazê-lo*, o início do prazo de três dias deve ser o da juntada, aos autos, do comprovante respectivo. São atos que, na dicção do próprio § 3º do art. 231, dependem de “intermediação de representante judicial”.

Se a hipótese for de pagamento, contudo, os três dias correm da própria intimação dirigida à parte, justamente porque o ato de pagar independe daquela mesma intermediação. O que pressupõe a atuação de alguém munido de capacidade postulatória é a comprovação judicial do pagamento com as consequências dela derivadas, mas não a quitação da dívida em si mesma considerada. É distinção que se harmoniza com o que decorre dos parágrafos do art. 513 e do *caput* do art. 523 diante da, reitero, expressa disposição legislativa.

Em qualquer caso, contudo, o prazo só correrá em dias *úteis*. Trata-se de prazo *processual*, porque derivado de determinação judicial, a afastar, conseqüentemente, a fluência em dias contínuos, nos moldes da distinção efetuada pelo parágrafo único do art. 219. O executado não paga, não demonstra que já fez o pagamento e não comprova a impossibilidade de fazê-lo por outra razão que não a de ser instado a tanto por ordem judicial, que lhe é dirigida. O que é valorado pelo legislador processual civil, destarte, é o comportamento a ser adotado (ou não) pela parte e seu significado para o processo; não sua relevância para o plano material.

Além do pagar, comprovar ou justificar a impossibilidade de fazer o pagamento, poderá o réu tomar outras atitudes. Não obstante o inequívoco conteúdo coercitivo que a ordem que lhe é dirigida assume (em rigor, trata-se de assumir um daqueles três comportamentos sob pena de ver o título executivo protestado e ser preso), nada há que impeça que o réu assuma posição inercial, não se manifestando em juízo e não adotando nenhuma postura a despeito da ordem judicial que lhe foi dirigida. Também não há como descartar que ele, em outro extremo, limite-se a apresentar impugnação ao cumprimento de sentença ou interpor recurso contra a decisão que deferiu a tutela provisória, que lhe impõe a ordem de pagamento, quiçá na expectativa de obter efeito suspensivo em uma e em outra. Ou, até mesmo, já que o contexto dos artigos aqui comentados não pode ser separado daquilo que o CPC de 2015 chama de “ações de família” – a despeito de o *caput* do art. 693 excluir a hipótese ora comentada e seu parágrafo único preservar em vigor o procedimento especial da LA –, de o próprio executado pretender a designação de audiência de mediação para tratar do assunto,

eventualmente, trazendo um tal requerimento a propósito de alguma justificativa de não pagamento, a ser avaliada pelo magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto<sup>25</sup>.

## 7. Protesto

Se, no prazo de três dias, contado com as peculiaridades acima destacadas, o executado não adotar nenhuma das posturas mencionadas, o magistrado determinará o protesto da decisão judicial que legitima o cumprimento, observando, neste caso, o art. 517.

A viabilidade do protesto do título judicial, assinalo desde logo, é providência nova trazida pelo CPC de 2015 e que deve ser pensado ao lado e *sem prejuízo* da prisão civil com o objetivo comum de conduzir o executado ao pagamento da dívida ou, quando menos, para a apresentação da devida justificativa de que porque não o faz. Trata-se, nesse sentido, de (mais uma) inequívoca medida *coercitiva*.

A decisão passível de protesto não é, tal qual a prevista no art. 517, unicamente, a transitada em julgado. Aqui, a decisão interlocutória, que determina o pagamento da pensão alimentícia, ainda que instável, pode ser levada a protesto, tanto quanto a sentença que “condena a pagar alimentos”, que atrai a incidência do disposto no inciso II do § 1º do art. 1.012, que retira o efeito suspensivo da apelação em tais casos, facultando ao exequente “[...] promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença” (art. 1.012, § 2º).

A determinação do protesto, neste caso, independe de iniciativa do exequente, o que decorre da expressa previsão de que “o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial” inscrita no § 1º do art. 528. Assim, ainda que a parte final do § 1º do art. 528 faça expressa remissão ao art. 517, a atuação oficiosa dele derivada deve, no particular, prevalecer sobre a disciplina genérica deste dispositivo, que pressupõe, pelas razões estudadas no n. 49, supra, requerimento e providências a cargo do exequente. O tratamento diferenciado neste caso, de resto, justifica-se diante do bem jurídico tutelado no âmbito do art. 528.

No mais, a aplicação do art. 517 e de seus respectivos parágrafos à hipótese aqui comentada convida a algumas ponderações.

O prazo de três dias para expedição da certidão, que dará ensejo ao protesto (art. 517, § 2º), é prazo dirigido à serventia responsável por

<sup>25</sup> Sobre o tema, v. as considerações de Fernanda Tartuce a propósito do art. 693 em Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, esp. p. 337.

aquela tarefa, seguindo-se seu envio oficioso ao competente cartório de protesto. A “data de decurso do prazo para pagamento voluntário” deve ser interpretada amplamente para nela constar não só aquele fato, mas também a falta de comprovação do pagamento e, se for este o caso, a decisão relativa à justificativa do não pagamento. Em nenhum desses casos, a estabilidade da decisão é exigida para a lavratura do protesto, diferentemente do que se dá para os fins do art. 517. É correto entender, contudo, que eventual atribuição a efeito suspensivo a impugnação e/ou agravo de instrumento pode significar a sustação de lavratura do protesto. Os três dias referidos pelo § 2º do art. 517 é prazo a cargo da serventia judicial, e, por isso, de índole *material*, fluindo, conseqüentemente, em dias *corridos*.

O § 3º do art. 517 permite entender que a apresentação de eventual recurso ou impugnação, sem atribuição de efeito suspensivo, seja anotada à margem do título protestado. Neste caso, há necessidade de requerimento do executado, que assume a responsabilidade de seu pedido, inclusive do ponto de vista financeiro.

Por fim, o protesto será cancelado, também a requerimento do executado, quando comprovada a satisfação integral da obrigação, observando-se o prazo de três dias *corridos* para expedição do ofício respectivo pela serventia judicial, decorrente do § 4º do art. 517, que não se confunde com o prazo de três dias *úteis* para que o cartório de protesto tome a providência, por analogia ao art. 12 da Lei n. 9.492/1997.

Ainda que silente o art. 528 é correto entender que, sem prejuízo do protesto, é viável a inscrição do nome do executado em cadastro de inadimplentes, o que encontra fundamento suficiente no § 5º do art. 782<sup>26</sup> e eco em decisões proferidas pelo STJ antes do advento do novo Código<sup>27</sup>.

## 8. Prisão civil

A preferência à prisão civil como mecanismo coercitivo é manifesta no § 3º do art. 528, previsão que se harmoniza com a autorização constitucional do inciso LXVII do art. 5º da CF.

<sup>26</sup> Neste sentido, é o entendimento de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1527.

<sup>27</sup> Assim, por exemplo: 3ª Turma, REsp 1.655.259/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 4.4.2017, DJe 10.4.2017; 4ª Turma, AgRg no REsp 967.683/SC, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 17.3.2016, DJe 14.4.2016; 3ª Turma, REsp 1.469.102/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.un. 8.3.2016, DJe 15.3.2016, e 4ª Turma, REsp 1.533.206/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 17.11.2015, DJe 1.2.2016.



Assim, se não paga a dívida, se não demonstrado o seu pagamento ou se não aceita a justificativa da impossibilidade absoluta de fazê-lo, sempre com observância do prazo de três dias (úteis) e com as considerações do n. 121.1, *supra*, será decretada a prisão do executado. É correto entender, portanto, não haver qualquer imediatidade entre o não pagamento e a ordem de prisão. Ela tem cabimento quando o executado não tenha pago o devido (devendo comprovar tal circunstância ao magistrado), ou na hipótese de o magistrado não se convencer da explicação eventualmente fornecida pelo executado. A “impossibilidade absoluta” referida no § 2º do art. 528, destarte, relaciona-se intimamente com o não pagamento por ato “voluntário e inescusável”, que tem estatura constitucional.

A prisão será cumprida em *regime fechado* pelo prazo de um a três meses, devendo o preso ficar separado dos presos comuns (art. 528, §§ 3º e 4º). Sendo impossível que isto seja realizado, a única solução adequada ao modelo constitucional é a decretação da prisão domiciliar<sup>28</sup>. Em qualquer caso, a prisão não impede o protesto cuja lavratura foi oficialmente determinada com fundamento no § 1º do art. 528 (v. n. 7, *supra*). A conjugação dessas duas técnicas coercitivas – o protesto e a prisão – querem robustecer o dever de acatamento da ordem judicial relativo ao pagamento dos alimentos.

A previsão do prazo de um a três meses para a prisão encerra polêmica do CPC de 1973, que colocava em rota de colisão o quanto disposto no *caput* do art. 19 da Lei n. 5.478/1968<sup>29</sup> e no § 1º do art. 733 daquele Código<sup>30</sup>, que se referiam, respectivamente, ao máximo de sessenta dias e ao mínimo de um mês e ao máximo de três meses. Como quer que a discussão merecesse ser solucionada<sup>31</sup>, é inquestionável que

<sup>28</sup> É a expressa lição de Arlete Inês Aurelli em *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 736, e de Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de direito processual civil*, v. 5, p. 725. Rodolfo Kronenberg Hartmann (in: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 838) sustenta, de qualquer sorte, o descabimento da substituição da pena de prisão por medidas restritivas de direitos (art. 44 do CP) e da progressão do regime de prisão.

<sup>29</sup> “Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias”.

<sup>30</sup> “Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º. Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. [...]”.

<sup>31</sup> Para a suficiente notícia da polêmica, v. Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, l. VII, p. 376-379; Celso Neves, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII, p. 215-221; Araken de Assis, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 9, esp. p. 448-449, e Luiz Guilherme

a expressa previsão do § 3º do art. 528 sobrepõe-se, por ser regra mais recente, às anteriores (art. 2º, § 1º, da LINDB). Por isso, é inquestionável que, a despeito da não revogação expressa pelo inciso V do art. 1.072 do CPC de 2015, é correto concluir pela *implícita* revogação da *parte final* do *caput* do referido art. 19.

O § 5º do art. 528 estabelece que o cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas, inclusive aquelas que acabaram por autorizar a sua prisão, e vincendas<sup>32</sup>. Assim se dá diante do inequívoco caráter coercitivo da prisão, harmônico, no particular, com outras índoles de igual natureza no CPC de 2015. Justamente por isso, é correto cumular à prisão civil multas que eventualmente se justifiquem pela litigância de má-fé trazendo à lembrança do disposto no § 4º art. 77.

Questão interessante é a que diz respeito à viabilidade de a prisão ser renovada como forma de possibilitar o pagamento da mesma dívida. O entendimento correto é o que aceita o aumento da prisão em curso quando não alcançado o limite legal, mas que a veda quando os três meses já tiverem sido cumpridos, para afastar a ocorrência de *bis in idem* na hipótese<sup>33</sup>. É típico caso em que, a despeito do emprego

---

Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Execução*, p. 394-395. De minha parte, sustentava, em meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, p. 362, que devia prevalecer a regra do § 1º do art. 733 do CPC de 1973, regra posterior e sobre o mesmo tema, revogadora, portanto, da regra anterior (que não havia sido alterada pela Lei n. 6.014/1973, conservando sua redação original) em função do mesmo art. 2º, § 1º, da LINDB citado no texto.

<sup>32</sup> Dispositivo que, pela identidade normativa, sobrepõe-se ao § 1º do art. 19 da Lei n. 5.478/1968 que, por isso, deve ser considerado também implicitamente revogado.

<sup>33</sup> Há notícia de que este entendimento já foi adotado pela 3ª Turma do STJ, embora os dados do processo não tenham sido divulgados diante do regime de sigilo ao qual submetido. Da notícia divulgada, lê-se, de pertinente: “O caso envolveu ação de cumprimento de sentença relativa a alimentos não pagos pelo paciente à ex-esposa. O alimentante chegou a ser preso por 30 dias por estar impossibilitado de pagar a pensão em parcela única. Após o cumprimento da pena restritiva de liberdade, ele foi solto. A ex-mulher, então, reiterou o pedido de prisão pela mesma dívida, que foi deferido pelo juízo da execução e confirmado pelo Tribunal de Justiça, determinando, ao final, a medida restritiva de liberdade por mais 30 dias. Sentença cumprida. No STJ, o Ministro Villas Bôas Cueva, relator, entendeu pela concessão da ordem. O Ministro reconheceu a possibilidade de se prorrogar o pedido de prisão em curso como meio eficaz de coação para a quitação do débito, desde que observado o limite temporal. Todavia, como o ex-marido já havia cumprido o período prisional fixado, a segunda prisão corresponderia a uma sobreposição de pena, um verdadeiro *bis in idem*. De acordo com o ministro, tendo o paciente ‘cumprido integralmente a pena fixada pelo juízo da execução, não há falar em renovação pelo mesmo fato, não se aplicando a Súmula n. 309 do STJ, que apenas autoriza a prisão civil do alimentante relativa às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução, bem como àquelas que vencerem no curso do processo.’” (disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Devedor-de-alimentos-n%C3%A3o-pode-ser-preso-novamente-por-n%C3%A3o-pagamento-da-mesma-d%C3%ADvida](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Devedor-de-alimentos-n%C3%A3o-pode-ser-preso-novamente-por-n%C3%A3o-pagamento-da-mesma-d%C3%ADvida)>, acesso em: 1 ago.2017).

daquela excepcionalíssima (e gravíssima) técnica coercitiva, ela não se mostra apta a alterar o comportamento do executado. Restará ao exequente, em tais hipóteses, indicar bens à penhora para os fins do art. 530 ou, sendo o caso, adotar as técnicas de expropriação disciplinadas pelo art. 529. Não há como recusar a cominação de outra ordem de prisão, contudo, quando se tratar de outro débito, ainda que isso se verifique ao longo do mesmo processo.

Por sua vez, de acordo com o § 7º do art. 528, o débito que autoriza a prisão civil do executado é o que compreende até as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução (os chamados alimentos *pretéritos*) e as que se venceram ao longo do processo (os chamados alimentos *futuros*).

A expressão “ajuizamento da execução”, empregada pelo legislador, deve ser entendida de duas maneiras: trata-se do protocolo da petição inicial quando a ordem de prisão tiver como fundamento pedido de tutela provisória nela formulada (art. 312) ou a data em que proferida a sentença quando for ela, a sentença, o título executivo condutor da etapa de cumprimento do processo. Em se tratando de decisão reformada no âmbito recursal, a data para ser levada em conta é a que motivou o pedido, mantendo-se os mesmos parâmetros como referência.

Para a prisão relativa aos alimentos pretéritos, é indiferente que o inadimplemento tenha sido de três parcelas, de duas ou de uma, desde que, de acordo com o texto legal, ele tenha se concretizado nos três meses anteriores ao “ajuizamento da execução”. Para os futuros, é indiferente quantas prestações tenham sido inadimplidas. Importa que o crédito esteja em aberto.

É correto entender com relação a este § 7º que a orientação da Súmula 309 do STJ<sup>34</sup> acabou sendo expressamente acolhida pelo CPC de 2015.

É possível ir além dessa mera constatação, contudo, e lamentar a forma como o legislador resolveu tratar do tema<sup>35</sup>. Ela não pode querer significar, contudo, que, a despeito do *texto* do dispositivo, é irrecusável ser possível *interpretá-lo* no sentido de que, dadas as peculiaridades do caso concreto, a prisão civil justifica-se, em razão da iminência do dano a ser experimentado (ou agravado às últimas consequências) pelo exequente, ainda que o inadimplemento alcance prestações (pre-

<sup>34</sup> Cujoo enunciado é o seguinte: “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.”

<sup>35</sup> É o pensamento que venho externando em meu *Manual de direito processual civil*, p. 482.

téritas) para além dos três meses. É supor, para exemplificar, que a demora na formulação do pedido jurisdicional justificou-se por fatores estranhos à vontade do exequente, inclusive dificuldade na nomeação de um advogado/defensor público<sup>36</sup>. Assim, sempre caberá ao magistrado examinar o caso concreto em busca de uma real e efetiva urgência que justifique a cominação da prisão, a despeito de a dívida dizer respeito a dívida anterior a três meses. É correto, destarte, compreender o disposto no § 7º do art. 528 como mera *presunção*<sup>37</sup>.

O que é inegável é que, paga a dívida, o cumprimento da ordem de prisão será imediatamente suspensa, no que é claro o § 6º do art. 528.

O recurso cabível da decisão que decreta a prisão deve ser pesquisado de acordo com o sistema recursal do CPC de 2015. Se determinada por decisão concessiva de tutela provisória, a interposição do agravo de instrumento tem fundamento expresso no inciso I do art. 1.015. Se a prisão for cominada em sede de cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, o cabimento do agravo de instrumento justifica-se diante do parágrafo único do mesmo art. 1.015.

O regime do agravo de instrumento, nesses casos, não encontra nenhuma regra diferenciada no âmbito do CPC de 2015. Há espaço para questionar, por isso, a subsistência no ordenamento jurídico dos §§ 2º e 3º do art. 19 da Lei n. 5.478/1968, que haviam recebido alteração redacional pela Lei n. 6.014/1973<sup>38</sup>. É que, não obstante aqueles dispositivos não terem sido expressamente revogados pelo inciso V do art. 1.072 do CPC de 2015, ambos se mostram inócuos diante do regime codificado. O primeiro deles porque, diante das decisões interlocutórias proferidas nos ambientes destacados no parágrafo anterior, não há dúvida sobre a pertinência do agravo de instrumento como recurso próprio, a afastar, pelo menos aqui, a previsão genérica do inciso XIII do art. 1.015. O segundo deles reafirma a ausência de efeito suspensivo *ope legis* do agravo de instrumento, o que está em harmonia não só com a genérica previsão

<sup>36</sup> Para essa discussão, v. Fernanda Tartuce e Luiz Dellore, Execução de alimentos: do CPC/73 ao novo CPC, p. 482-485. É assunto ao qual já havia me voltado desde o meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, p. 362-363.

<sup>37</sup> Que é a orientação que sustentava ser a mais consentânea com o sistema processual civil no meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, p. 362-363. Tratando do tema na perspectiva da Súmula 309 do STJ, cabe destacar as importantes reflexões feitas por Cristiano Chaves de Farias em seu Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida à luz da técnica de ponderação de interesses: uma leitura constitucional da Súmula 309 do STJ: o tempo é senhor da razão, esp. p. 1153-1163.

<sup>38</sup> São as seguintes as suas redações, respectivamente: “§ 2º. Da decisão que decretar a prisão do devedor, caberá agravo de instrumento” e “§ 3º. A interposição do agravo não suspende a execução da ordem de prisão”.

do *caput* do art. 995, mas também com a específica do inciso I do art. 1.019. Não há, contudo, como afastar a viabilidade de, consoante as circunstâncias do caso, ser concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento – efeito suspensivo *ope judicis*, portanto – a sustar, ao menos temporariamente, a eficácia da ordem de prisão.

Tratando-se de cominação de prisão feita pela própria sentença ao ensejo de condenar o réu ao pagamento da pensão alimentícia, o recurso cabível é a apelação (art. 1.009, *caput* e § 3º e art. 1.013, § 3º, no caso de a sentença confirmar anterior tutela provisória). A ausência de efeito suspensivo àquele recurso (art. 1.012, § 1º, II) conduzirá o apelante/executado, muito provavelmente, a requerer sua atribuição perante o órgão competente para seu julgamento, o que encontra expresso fundamento nos §§ 3º e 4º do mesmo art. 1.012.

No âmbito dos Tribunais, a decisão monocrática será invariavelmente contrastável por agravo interno (art. 1.021). Se colegiada, caberá recurso especial e/ou extraordinário a depender da fundamentação legal ou infraconstitucional empregada pela decisão (art. 1.029, que remete aos arts. 102 e 105 da CF).

Não há, outrossim, como descartar aprioristicamente a pertinência dos embargos declaratórios independentemente da natureza jurídica da decisão e do órgão jurisdicional que a profira (art. 1.022).

Nenhum dos recursos mencionados nos dois últimos parágrafos ostenta efeito suspensivo *ope legis* – nem a apelação quando impõe o dever de pagar alimentos – a obviar, por si só, a eficácia imediata da ordem de prisão. Irrecusável também para eles, contudo, a juridicidade de, casuisticamente, aquele efeito ser atribuído diante de seus pressupostos específicos (art. 995, parágrafo único; art. 1.026, § 1º, e art. 1.029, § 5º)<sup>39</sup>.

Ademais, diante da relevância do bem jurídico protegido – a liberdade – não há como deixar de admitir o *habeas corpus* para seu contraste perante o órgão jurisdicional competente (art. 5º, LXVIII, da CF)<sup>40</sup>, observando-se, quanto ao procedimento, o disposto nos arts. 647 a 667 do CPP<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Sobre os pressupostos para a concessão de efeito suspensivo em tais casos e a preferência pela sua interpretação ampla, apta a albergar situações de “urgência” e de “evidência”, v. o meu Manual de direito processual civil, esp. p. 713-714.

<sup>40</sup> É a seguinte a redação daquele inciso: “LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; [...]”.

<sup>41</sup> Referindo-se expressamente ao cabimento do *habeas corpus* na espécie é a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1315/.316, nota 10. Para

## 9. Multa coercitiva

De acordo com o § 8º do art. 528,

O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

A regra merece ser interpretada no sentido de que cabe ao exequente optar pela adoção das regras relativas ao cumprimento de sentença (arts. 523 a 527) para reger as técnicas da prestação da tutela jurisdicional em seu favor, isto é: o executado será *intimado* (e, neste caso, com observância do disposto no art. 513, § 2º) para pagar o valor indicado como devido no requerimento do exequente (art. 524) em quinze dias sob pena de multa de 10% sobre o valor total devido e fixada de imediato a verba honorária mínima de 10% (art. 523, § 1º). Nesse caso – e por opção do exequente –, afasta-se, o “pague *sob pena de prisão*” pelo “pague *sob pena de multa*”, caindo, conseqüentemente, na regra geral do cumprimento das obrigações de pagar quantia certa. O que não pode ocorrer é a cumulação da *prisão* com a *multa* de 10%, dada a identidade da natureza jurídica daquelas cominações<sup>42</sup>.

A única regra dissonante do regime geral, nesse caso, é que ainda que seja concedido efeito suspensivo à impugnação eventualmente apresentada pelo executado nos moldes do art. 525, não será obstado ao exequente levantar mensalmente o valor a que faz jus quando a penhora recair em dinheiro, bem indicado como *prioritário* para aquela finalidade como se lê do inciso I do art. 835, conjugado com o seu § 1º. Justificável a ressalva constante do § 8º do art. 528, há de se concordar, considerando a natureza ostentada pela verba alimentar.

---

um amplo panorama da questão, consultar, com proveito, as notas ao art. 528 feitas por Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca em seu indispensável *Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 568-569, em especial as de número 7 a 7c.

<sup>42</sup> Nesse sentido é o entendimento de Arlete Inês Aurelli, in: *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 736, e de José Rogério Cruz e Tucci, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, p. 321 e 323.

O dispositivo prossegue estabelecendo que, feita a opção pelo regime dos arts. 523 e seguintes, não será admissível a prisão do executado. A regra parece pressupor que a escolha resulte proveito econômico para o exequente e que, diante dela, aquela técnica executiva (a prisão) deixe de ser necessária.

Não há como afastar aprioristicamente, contudo, que ao longo do cumprimento da sentença ou da decisão naqueles moldes, surja até então inesperada situação de urgência a motivar a aplicação daquela técnica. Nesse caso, nova intimação será dirigida ao executado (desta feita, *pessoal*) para que pague, demonstre o pagamento ou justifique por que não pagou nos moldes do caput do art. 528.

Portanto, cabe interpretar o § 8º do art. 528 no sentido de que a adoção da disciplina dos arts. 523 a 527 é irreversível, na medida em que o modelo “penhora/satisfação” traga o resultado objetivado (pagamento) para o exequente. Caso essa perspectiva não se confirme ao longo do processo, é correto permitir ao exequente que requeira a cominação da pena de prisão.

O “engessamento” procedimental, que pode se querer extrair do texto do § 8º do art. 528, parece contrariar a própria sistemática do CPC quanto ao tema e, em específico, a variabilidade da adoção das técnicas executórias que se justifiquem à luz das peculiaridades do caso concreto, o que encontra seguro eco no inciso IV do art. 139. Ademais, mas não menos importante, quando o art. 805 disciplina o “princípio da menor gravosidade da execução” pressupõe que sua concretização dependa da existência de “meios mais eficazes e menos onerosos” para a satisfação do crédito do exequente.

Idêntico fundamento pode ser empregado para, em meio à pesquisa sobre bens penhoráveis do executado, a partir de seu silêncio para pagamento que se siga à intimação derivada do § 8º do art. 528 combinado com o caput do art. 523, entender aplicável à hipótese também o disposto no art. 529. É supor que, ao longo da etapa de cumprimento da decisão que fixa a verba alimentar, o exequente tome conhecimento de que o executado está empregado ou que passou a receber alguma renda periódica.

O que também não está claro na opção tomada pelo exequente para os fins do § 8º do art. 528 é a viabilidade de o título executivo ser *protestado*. Penso que a vedação (ao menos apriorística) da prisão civil constante do dispositivo não obstaculiza o protesto. Isto porque, além da atuação *oficiosa* do magistrado mesmo para decisões interlocutórias decorrente do § 1º do mesmo dispositivo, prevalece a diretriz do próprio art. 517 de agregar esta técnica coercitiva à ordem de pagamento.

## 10. Competência para o cumprimento

O § 9º do art. 528 permite que o exequente promova o cumprimento relativo à obrigação alimentar no juízo de seu domicílio, sem prejuízo das alternativas previstas no parágrafo único do art. 516, analisadas no n. 46, *supra*.

Trata-se de pertinente projeção da regra genérica do inciso II do art. 53, que trata da petição inicial para a etapa de cumprimento da sentença e que encontra eco na Súmula 70 do TJSP, que tem o seguinte enunciado: “Em execução de alimentos, prevalece sobre a competência funcional do Juízo em que formado o título executivo judicial, a competência territorial do domicílio do credor da prestação alimentar executada, com vistas à facilitação do acesso à justiça”.

## 11. Reflexões finais

Apesar dos inegáveis avanços, o art. 528 merece ser devidamente aplicado no dia a dia do foro para que o cumprimento de sentença que diga respeito a obrigações de natureza alimentar seja efetivado.

É errado pensar em eficiência do processo sem levar em conta sua etapa de cumprimento ou, como prefiro, a concretização, isto é, a realização prática, do direito tal qual reconhecido no título executivo. É o que expressa (e felizmente) dispõe o art. 4º do CPC de 2015, que também aguarda sua escorreita aplicação: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”



## Referências bibliográficas

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos gravídicos. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. V.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 9.

AURELLI, Arlete Inês. Comentários aos arts. 528 ao 533. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, t. I: Procedimento comum ordinário e sumário.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3: Tutela jurisdicional executiva.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4: Tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMARA, Marcelo de Faria. Comentários aos arts. 528 a 533. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA (Org.). FREIRE, Alexandre (Coord. Executivo). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volpe. Do cumprimento da sentença. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL; BUENO, Cassio Scarpinella. (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2*. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2017. (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 3).

CAMBI, Eduardo et al. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. VIII.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida à luz da técnica de ponderação de interesses: uma

- leitura constitucional da Súmula 309 do STJ: o tempo é senhor da razão. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. V.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da República. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II.
- FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Comentários aos arts. 528 a 533. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEGRÃO, Theotônio et al. *Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. VII: Arts. 646 a 795.
- TARTUCE, Fernanda. Comentários ao art. 693. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.
- TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. Execução de alimentos: do CPC/73 ao novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC: doutrina selecionada*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 5: Execução.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. VIII.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Comentários aos arts. 528 a 533. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



# Paternidade socioafetiva e segurança jurídica

*José Carlos Metroviche<sup>1</sup>*

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Resumo:** com a Constituição Federal de 1988 vieram novos princípios que modificaram o Direito de Família na sociedade brasileira. À luz de novas modificações, houve significativo avanço das relações afetivas e em consequência, novos arranjos familiares. O presente trabalho busca traçar um perfil sobre a paternidade socioafetiva e tecer algumas considerações sobre ela, principalmente no campo da segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Família. Paternidade. Afetividade. Segurança Jurídica.

**Sumário:** Introdução. Capítulo I - Filiação. 1. Introdução. 2. Filiação no Direito Romano e no Código Civil de 1916. 3. Filiação no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988. 4. Conceito de filiação no direito contemporâneo. 5. Modalidades de filiação. 6. Igualdade da filiação. 7. Prova da filiação. 8. Validade e eficácia do Registro de Nascimento. 9. Paternidade socioafetiva – breve visão histórica. 10. A partir da Constituição Federal de 1988. 11. Estrutura no ordenamento jurídico. 12. Introdução ao conceito de paternidade socioafetiva. 13. A afetividade. 14. Conceito de paternidade socioafetiva. 15. Requisitos para sua existência. 16. Efeitos jurídicos. 17. Multiparentalidade. 18. Em sentido amplo e em sentido estrito. Capítulo II – Da paternidade socioafetiva x paternidade biológica. Introdução. 1. Repercussão geral. 2. Divergências jurisprudenciais antes do julgamento do RE em análise. 3. Da igualdade entre as duas paternidades, de acordo com o que foi julgado pelo STF. 4. Tese jurídica reconhecida. 5. Problemas a serem enfrentados com o reconhecimento da multiparentalidade. 6. Segurança jurídica. Conclusão. Bibliografia.

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

## Introdução

No atual estágio do Direito de Família, a afetividade vem exercendo larga influência nas relações familiares, redefinindo conceitos e afastando injustiças ocorridas ao longo dos séculos. Muito se caminhou para atingirmos o valor jurídico que hoje se tem.

Já se fala abertamente, nos dias de hoje, sobre relações homoafetivas, igualdade jurídica entre as relações derivadas ou não do casamento e de outros arranjos familiares, e que estão longe do perfil de uma típica família tradicional, constituída de pai, mãe e filhos.

A afetividade também redesenhou as relações de parentalidade ou paternidade, igualando direitos e deveres de pais e filhos, independentemente de um vínculo biológico. Nunca é demais lembrar que esta nova parentalidade nasceu de uma nova construção jurídica dada pelos doutrinadores, do que poderíamos ter como família, e que foi redesenhada a partir da Constituição de 1988, que, antes de tudo, buscou solucionar todas as relações de fato existentes no solo brasileiro, dando amparo e cobertura jurídica a todos, no sentido de não deixar ninguém de fora de sua proteção. A família, nos dias de hoje, é mero instrumento colocado à disposição das pessoas, para que possam buscar a plena felicidade e exercitar todos os direitos da personalidade, sob o manto protetor do princípio da dignidade da pessoa humana. Já não há mais o medo do passado de ser feliz, mesmo que se afastem do casamento civil, modelo tradicional e por muito tempo prestigiado inteiramente pela Igreja e pelo Estado. A própria Constituição Federal de 1988 deixou registrado que tem por finalidade construir uma sociedade livre, justa e solidária e não seria possível, se somente fossem prestigiadas as relações jurídicas advindas do casamento, deixando de fora, inúmeras situações sem qualquer amparo pelo direito positivo, e era o que acontecia antes da vigência da *Magna Carta*.

Estaremos mais seguros na análise da paternidade socioafetiva, a partir do momento em que olharmos para o passado e visualizarmos uma breve cronologia de fatos, que nos levem a entender como foi possível chegar ao atual patamar, ou seja, como foi possível dar à socioafetividade a mesma importância jurídica, que um dia pertenceu, única e exclusivamente à paternidade biológica.

Uma pitada de história, outra de evolução legislativa, e é o que teremos para despertar o interesse pelo tema, e aguçar a imaginação do operador do direito, dando vida ao que se narra. Passaremos pelo novo conceito de Família, cuja base principal é a união afetiva, fruto

da despatrimonialização do direito no mundo contemporâneo e prestigiado pela Constituição de 1988.

Passaremos, também, pela análise dos princípios norteadores do Direito de Família, esculpidos na Constituição Federal, que constituem peças-chave para desvendar a nova relação entre parentalidade e afeto, sob a luz de novos valores e em busca da plena felicidade.

E após o mencionado suporte, entraremos na senda da paternidade socioafetiva, conhecendo um pouco dos seus requisitos e efeitos jurídicos.

Daremos destaque, posteriormente, ao julgamento do RE 898.060, da relatoria do Ministro Luiz Fux, em que foi reconhecida, por maioria dos membros do STF, a igualdade jurídica entre a paternidade socioafetiva e a biológica, em autos de repercussão geral cuja finalidade, sem dúvida, foi dar segurança jurídica em questões ligadas ao direito de família, evitando, com isso, no território nacional, decisões diferentes, para situações iguais.

Ao final, faremos algumas considerações sobre a mencionada decisão, com o objetivo de contribuir, de uma forma ou de outra, na busca do melhor caminho para se evitar injustiças e para manter o equilíbrio nas relações familiares, sempre com o objetivo de construirmos no Brasil, uma sociedade livre, justa e solidária.

Sem dúvida, é um tema apaixonante e que merece uma especial atenção dos operadores do direito.

## **Capítulo I – Filiação**

### **1. Introdução**

A filiação traduz a ligação de um ser humano em formação com outro já formado, em regra, e ocorre entre pessoas que estão no primeiro grau e em linha reta. No passado, um filho havido fora do casamento sofria inúmeras discriminações, o que não acontece no atual estágio do direito de família. E no estudo da filiação, sempre vem à mente, a figura de um filho, de um pai e de uma mãe, na típica família tradicional. Mas, ao longo de nosso estudo, veremos que houve modificações em relação à figura do filho e dos pais.

Entrando no mencionado estudo da filiação, menciona a doutrina:

A mais relevante relação de parentesco existente na ciência jurídica é a que se estabelece entre pai/mãe e filho. Perlustrando o caminho que antes pavimentamos, vale lembrar que definimos, anteriormente, a família como o instrumento ideal, o *locus* privilegiado, onde a pessoa humana nasce e onde trava relações diversas com outras pessoas, com o propósito de alcançar o desenvolvimento das suas potencialidades e a realização plena de sua personalidade. A partir dessas ideias gerais é possível vislumbrar a filiação como um dos mecanismos de formação de núcleos familiares e, por conseguinte, um dos mecanismos de *realização da personalidade humana*. Aqui reside a importância da compreensão da filiação como esse caminho de respeito às individualidades do *outro*, como se fosse projeção do seu próprio direito à individualidade no espelho. Certamente, a filiação é forma segura de se falar na realização plena e valorização da pessoa humana. Mostrar o mundo para o filho é redescobri-lo nos seus perdidos detalhes: depois de crescer, a gente só se recorda que a lagarta se metamorfoseia em borboleta, e tantas coisas mais, ao falar disso com ele. Bem por isso, para que seja vivenciada a experiência de filiação, não é necessária a geração biológica de filho. Ou seja, para que se efetive a *relação filiatória não é preciso haver transmissão de carga genética*, pois o seu elemento essencial está na vivência e crescimento cotidiano, nesta mencionada busca pela realização e desenvolvimento pessoal (aquilo que se chama, comumente, de felicidade). Assim, sob o ponto de vista técnico-jurídico, a *filiação* é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.<sup>2</sup>

Filiação – vem do latim *filiatio*, ou seja, o estado de filho.

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 560-561.

Nesse sentido, a doutrina menciona que:

O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai é titular do estado de paternidade em relação a ele. Assim, onde houver paternidade juridicamente considerada, haverá estado de filiação.<sup>3</sup>

## 2. Filiação no Direito Romano e no Código Civil de 1916

Filiação – categoria de filiação no Código Civil de 1916. Os doutrinadores mencionam que a classificação é o espelho do modelo romano. Assim, no Direito Romano, segundo a doutrina:

Existiam três categorias de filhos: os *iusti*, também chamados de *legitimi*, considerados aqueles advindos de justas núpcias, os adotivos e os legitimados; os uulgo quaestio ou *uulgo concepti* ou *spurri*, referente aos filhos oriundos de união ilegítima; e os *naturales liberi*, de uniões considerados aqueles nascidos concubinárias.<sup>4</sup>

Apenas a título de melhor compreender o tema, cumpre destacar que os filhos legítimos seriam aqueles concebidos durante o casamento de seus pais; os legitimados os nascidos quando seus pais não se encontravam casados, mas com o advento de posterior vínculo matrimonial destes, adquiriam a legitimação, e por fim, os ilegítimos que eram gerados por pessoas não unidas pelo laço do matrimônio, podendo ser naturais (inexistência de impedimentos matrimoniais entre os pais) ou espúrios (aqueles advindos de um relacionamento adúlterino ou incestuoso).<sup>5</sup>

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 54, n. 339, p. 339, jan. 2005.

<sup>4</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 2, p. 564.

<sup>5</sup> FACHIM, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, p. 101, ago. 1995.



### 3. Filiação no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988

A partir da Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, a filiação passou a receber outro tratamento no direito brasileiro, a saber:

Somente com a normatividade garantista da Constituição-Cidadã de 1988 é que foi acolhida a isonomia no tratamento jurídico entre os filhos. Aliás, preceito oriundo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apelidada de *Pacto de San José da Costa Rica*, já prescrevia dever cada ordenamento reconhecer direitos aos filhos nascidos fora do casamento como nascidos dentro dele. Seguindo a ordem evolutiva aqui apresentada, não há, hodiernamente, sequer a título de ilustração acadêmica, qualquer interesse (teórico ou prático) em classificar os filhos em legítimos e ilegítimos porque nenhuma consequência diferenciada decorrerá. Mais ainda. É descabida toda e qualquer diferenciação entre os filhos pela possibilidade de implicar, ainda que indiretamente, em estabelecimento de hierarquia entre filhos. Sem dúvida, a disciplina anteriormente dedicada aos filhos, fundada na existência de relação matrimonial preexistente entre os seus pais, estava conectada em uma lógica patrimonialista, evidenciando que a maior preocupação do ordenamento era não prejudicar a transmissão de patrimônio que se organizava através do casamento. Os bens deveriam estar concentrados na esfera da família (entenda-se matrimônio) e dali seguiriam pela transmissão sucessória para as pessoas que, por meio da consanguinidade, dariam continuidade àquele núcleo familiar. Portanto, a nova ordem filiatória, centrada no garantismo constitucional e nos valores fundantes da República (dignidade, solidariedade social, igualdade e liberdade), implica em *funcionalizar* a filiação à realização plena de pessoas envolvidas (pais e filhos), além de *despatrimonializar* o conteúdo da relação jurídica (compreendida de forma muito mais ampla do que uma simples causa para a transmissão de herança) e de *proibir discriminações*, como forma promocional do ser humano.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 564-565.

#### 4. Conceito de filiação no direito contemporâneo

Diante do atual estágio do Direito de Família, podemos apresentar o seguinte conceito:

Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular da autoridade parental e a outra a esta se vincula pela origem biológica ou socioafetiva. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade.<sup>7</sup>

Para a doutrinadora Maria Helena Diniz, devemos conceituar a filiação como:

Um vínculo existente entre pais e filhos, vinda de uma relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.<sup>8</sup>

#### 5. Modalidades de filiação

Com base no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal, temos as seguintes modalidades de filiação:

- Filiação registral ou jurídica: A prevista no artigo 1604, do CC, no sentido de que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Acrescente-se que o artigo 1609, CC, traz à luz outras formas de reconhecimento de filiação registral (escritura pública, escrito particular, testamento e declaração manifestada perante o juiz).
- Filiação biológica: a doutrina nos traz os seguintes ensinamentos, a saber:

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5: Famílias, p. 211.

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5: Direito de família, p. 436.

É aquela decorrente de consanguinidade, também conhecida como verdade real. No modo científico, pode ser definida quando o sêmen masculino se une ao óvulo, fertilizando-o, seja por fecundação natural, através do ato sexual, ou fecundação homóloga, através de método artificial ou reprodução assistida.<sup>9</sup>

- Filiação socioafetiva - previsto na Constituição Federal de 1988, cuja importância nas relações de família é demonstrada pela doutrina, a saber: “A paternidade socioafetiva pode ser definida como aquela que ultrapassa a consanguinidade, com a primazia do afeto na convivência familiar acima do que qualquer outra coisa. Ela não é um dever, mas uma opção do pai”.<sup>10</sup>

No direito brasileiro, além do princípio da afetividade, relevante importância tem o princípio do melhor interesse da criança, ainda mais no que se refere ao assunto estudado, e, por isso, cada vez mais os julgadores tem valorizado o critério socioafetivo em detrimento do biológico ou registral, a fim de proteger os filhos, bem como os seus direitos, no âmbito da convivência familiar.<sup>11</sup>

## 6. Igualdade da filiação

A Constituição Federal de 1988 anunciou e o artigo 1.596, do Código Civil sacramentou a igualdade de filiação.

Nesse sentido, ensina Paulo Lôbo:

O enunciado do artigo 1.596 do Código Civil de que os filhos de origem biológica e não biológica têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações, que reproduz norma equivalente da Constituição Federal, é, ao lado da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges, e da liberdade de constituição de entidade familiar, uma das mais importantes e radicais modificações

<sup>9</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5: Direito de família, p. 279-281.

<sup>10</sup> COSTA, Juraci. Paternidade socioafetiva. *Revista Jurídica* – CCJ/FURB, v. 13, n. 26, p. 127-140, 2009.

havidas no direito de família brasileiro, após 1988. É o ponto culminante da longa e penosa evolução por que passou a filiação, durante o século XX, na progressiva redução de odiosas desigualdades e discriminações, ou do *quantum* despótico na família. É o fim do vergonhoso *apartheid* legal, que impedia ou restringia direitos de pessoas que eram punidas pelo fato do nascimento. A norma constitucional não necessitava de concretização infraconstitucional, porque é dotada de força normativa própria, suficiente e autoexecutável. Todavia, sua reprodução no artigo introdutório do capítulo do Código Civil destinado à filiação contribui para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio de igualdade, determinante de todas as normas subsequentes. Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre os irmãos e no que concerne aos laços de parentesco. A desigualdade entre filhos, particularmente entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, era a outra e dura face da família patriarcal que perdurou no direito brasileiro até praticamente os umbrais da Constituição de 1988, estruturada no casamento, na hierarquia, no chefe de família, na redução do papel da mulher, nos filhos legítimos, nas funções de procriação e de unidade econômica e religiosa. A repulsa aos filhos ilegítimos e a condição subalterna dos filhos adotivos decorriam naturalmente dessa concepção. Iguais são os filhos de qualquer origem, sejam biológicos ou socioafetivos.<sup>12</sup>

## 7. Prova da filiação

E estabelecida a igualdade da filiação, vejamos como se dá a sua prova, conforme ensinamentos do doutrinador Paulo Lôbo:

<sup>11</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 482-483.

<sup>12</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5: Famílias, p. 212.

No direito brasileiro, a filiação é provada mediante certidão do registro do nascimento. O registro civil de nascimento é obrigatório e gratuito (Lei n. 12.622/2012, art. 3º, § 2º). O Código Civil de 2002 (art. 1.603) manteve a regra estabelecida na legislação anterior. Fê-lo bem, ao não exigir a prova da origem genética, bastando a declaração perante o oficial de registro público, tendo em vista as hipóteses de filiação de outra origem. A norma legal deve ser interpretada como a enunciação da prova conclusiva, mas que não é exclusiva, nem definitiva. Não é exclusiva, pois admite a prova da posse do estado de filiação (CC, art. 1.605). Não é definitiva, pois admite sua eventual invalidação (CC, art. 1604). O registro pode ser invalidado, mas não impugnado. Impugnável é o reconhecimento voluntário da filiação (CC, art. 1614). O sistema de registro público, instituído pela Lei n. 6.015/73, confere ao registro de nascimento das pessoas físicas efeitos declaratórios, ao contrário do registro civil das pessoas jurídicas, cujos efeitos são constitutivos. Assim, o nascimento com vida faz nascer a pessoa, como centro irradiador de direitos e deveres. O registro faz público o nascimento, tornando-o inquestionável. Estabelece o art. 50 da Lei n. 6.015 que todo nascimento deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias. O art. 52 da Lei n. 6.015 estabelece que são obrigados a fazer a declaração de nascimento o pai ou na falta ou impedimento dele, a mãe ou, na falta e impedimento desta, o parente mais próximo, prosseguindo sucessivamente o ônus nas pessoas dos administradores de hospitais, dos médicos, das parteiras, terceiros que tiverem assistido o parto. A lei investe essas pessoas de múnus, conferindo fé à declaração feita, tornando-a inalterável após o registro. Se a mãe for casada, o registro consignará o nome do marido como pai, em virtude da presunção *pater is est*, que apenas pode ser afastada por impugnação dele e de ninguém mais, até mesmo do filho. Se a mãe não for casada, inclusive se for companheira em união estável, o nome do pai apenas será consignado no registro se ele for declarante, isoladamente ou em conjunto com ela, salvo quan-

do decorrer de reconhecimento voluntário ulterior ou de investigação de paternidade. No registro dos filhos havidos fora do casamento não será consignado o estado civil dos pais ou a natureza da filiação (art. 5º da Lei n. 8.560/92). A Lei n. 12.662/2012 determinou a emissão obrigatória da declaração de nascido vivo (DNV) para todos os nascimentos com vida ocorridos no país, sob responsabilidade do profissional de saúde que acompanhou a gestação, ou o parto. A declaração deve conter número de identificação nacional, gerado pelo Ministério da Saúde, com os dados exigíveis, tendo validade também nacional temporária, até que seja efetivado o registro civil de nascimento. O nome do pai, constante da DNV, não constitui prova ou presunção de paternidade e somente pode ser lançado no registro civil de nascimento se for por ele próprio declarado ou determinado judicialmente. A certidão do registro público, para fins de filiação, não pode ser substituída por qualquer outro documento. Até mesmo a declaração de nascido vivo não produz efeitos do registro, inclusive o da filiação. Se não há registro e se imputa a paternidade a alguém, ter-se-á de postular decisão judicial (investigação de paternidade). O registro produz uma presunção de filiação quase absoluta, pois apenas pode ser invalidado se se provar que houve erro ou falsidade. A declaração do nascimento do filho, feita pelo pai, é irrevogável. Ao pai cabe apenas o direito de contestar a paternidade, se provar, conjuntamente, que esta não se constituiu por não ter sido o genitor biológico e não ter havido estado de filiação estável. A I Jornada de Direito Civil, do CJF/STJ, 2002, aprovou enunciado no sentido de que *no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva*.<sup>13</sup>

## 8. Validade e eficácia do Registro de Nascimento

Pelo o que se percebe, o Registro de Nascimento é um documento de grande importância na vida de uma pessoa.

<sup>13</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5: Família, p. 228.

A título de validade e eficácia do registro de nascimento, ensina o doutrinador Paulo Lôbo:

Estabelece o art. 1604 do Código Civil que ninguém poderá vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento. Refere ao estado de filiação e aos decorrentes estados de paternidade e maternidade. A vedação alcança qualquer pessoa, incluindo o registrado e as pessoas que constam como seus pais. No Código Civil de 1916 a norma equivalente tinha por fito a proteção da família legítima, que não deveria ser perturbada com dúvidas sobre a paternidade atribuída ao marido da mãe. A norma atual, no contexto legal inaugurado pela Constituição Federal, contempla a proteção do estado de filiação e paternidade, retratada no registro.<sup>14</sup>

Acrescenta o doutrinador Renan Lotufo que:

Inexiste o direito de vindicação de outra paternidade, quando se tem, em sua identidade pessoal, familiar e racial registrada, a impedir o pleito de integração do vácuo, por ser o mesmo inexistente em sua personalidade. Condição para o exercício é a prévia anulação do registro inexistente, o que provoca o vácuo na identidade, que, então, deverá ser suprida.<sup>15</sup>

E continuando a discorrer sobre o tema, Paulo Lôbo acrescenta que:

A validade do registro pode ser impugnada nas hipóteses de erro e falsidade. O erro é o desvio não intencional da declaração do nascimento, concernente ao próprio ato de registro (erro material) imputável ao oficial de registro, ou da informação do declarante legitimado (art. 52 da Lei n. 6.015), concernente à atribuição da paternidade ou maternidade da pessoa. O erro de declaração pode ter derivado de outro erro, como na hipótese de troca voluntária ou involuntária de recém-nascidos

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5: Família, p. 229.

<sup>15</sup> LOTUFO, Renan. Questões pertinentes à investigação e à negação de paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 11, p. 49, out./dez. 2001.

por parte do hospital onde ocorreu o parto, invalidando o estado de filiação tanto em face do pai, quando em face da mãe. A falsidade, ao contrário do erro, é a declaração intencionalmente contrária à verdade do nascimento. É atribuir a si ou a outrem (declarantes outros que não os pais) a maternidade ou paternidade do nascido, ou declarar nascimento inexistente. O Código Penal (art. 241) considera crime *promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente*, de modo doloso, cabendo reclusão de dois a seis anos, não sendo admissível a forma culposa; também é crime quando se declara como seu, filho de outrem. Mas o juiz pode deixar de aplicar a pena se o crime for praticado por *motivo de reconhecida nobreza* (art. 242). O art. 229 do ECA considera crime deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde da gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto. Porém, não há falsidade do registro quando o declarante afirma a paternidade socioafetiva, que é tanto verdade real quanto a verdade biológica, pois a lei não determina que apenas esta última seja a origem do registro. Não haverá falsidade quando o registro for determinado por decisão judicial, em processo de investigação de paternidade. Também não haverá falsidade se o declarante for o marido da mãe, sabendo não ter o filho sua origem genética, porque prevalece a presunção *pater is est*, cuja perfilhação foi conscientemente assumida. Quando se tratar de criança ou adolescente, é competente a Justiça da Infância e da Juventude para determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento do registro do nascimento (art. 148, parágrafo único, *h*, do ECA). Não pode o autor da declaração falsa vindicar a invalidade do registro do nascimento, conscientemente assumida, porque violaria o princípio assentado em nosso sistema jurídico *venire contra factum proprium*. Neste sentido decidiu o TJSP (Ap. 314.451-4/7-00).<sup>16</sup>

<sup>16</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5: Família, p. 231.



## 9. Paternidade socioafetiva – breve visão histórica

Avançando no nosso estudo, vamos conhecer um pouco sobre a paternidade socioafetiva.

Leciona o artigo 1593, do Código Civil de 2002 que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Sobre o artigo acima em estudo, menciona a doutrina:

A grande inovação trazida pelo Código Civil em matéria de parentesco subjaz no texto do art. 1.593 ao identificar o parentesco natural com a consanguinidade e o civil, com outra origem. O parentesco civil não se limita aos vínculos de adoção e afinidade, mas ainda à chamada filiação socioafetiva, que Domingos Franciulli Netto denomina *filiação social*. Eduardo de Oliveira Leite atribui este alcance à expressão *com outra origem*, constante na parte final do artigo *sub examine*: “O vínculo socioafetivo é proposta inédita, não visualizada pelo CC/1916 e que ganha legítimo reconhecimento na singela fórmula do art. 1593, quando se refere ao parentesco que resulta de outra origem”.<sup>17</sup>

Vale ressaltar, ainda que:

O novo posicionamento acerca da verdadeira paternidade não despreza o liame biológico da relação paterno-filial, mas dá notícia do incremento da paternidade socioafetiva, da qual surge um novo personagem a desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é o pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes.<sup>18</sup>

Assim, houve substancial modificação naquilo que antigamente entendíamos como pai, a saber:

Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai

<sup>17</sup> NADER, Paulo. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 306.

<sup>18</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 159.

biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser da eternidade: aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disso).<sup>19</sup>

Mas nem sempre foi assim.

Vasculhando o passado, podemos extrair as seguintes lições:

Desde os tempos mais remotos a noção de paternidade esteve vinculada ao conceito primário biológico: pai é quem gera um filho, ou seja, o homem sempre correlacionou o nascimento de um novo ser com o desempenho anterior da atividade sexual. Daí a noção pretendida pelo direito (romano) que criou a célebre máxima, ainda hoje em vigor, *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*, (é pai quem demonstra justas núpcias). Como só no casamento a atividade sexual entre homem e mulher era legítima, passou-se a admitir a mera relação matrimonial como suficiente a determinar relação de paternidade.<sup>20</sup>

A única filiação legítima e reconhecida para todos os efeitos jurídicos era a decorrente do casamento.

Em consequência, os filhos havidos de outras relações, que não fossem do casamento, eram discriminados, tanto social como juridicamente.

A necessidade de preservação do núcleo familiar, leia-se, preservação do patrimônio da família, autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, ilegítimos e legitimados. Os ilegítimos, por sua vez, eram divididos em naturais e espúrios. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e adúlteros. Essa classificação tinha

<sup>19</sup> ALVES, Rubem. *Um mundo num grão de areia: o ser humano e seu universo*. Campinas: Verus, 2002. p. 37.

<sup>20</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 118.

como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, do fato de prole proceder ou não de genitores casados entre si. Assim, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência.<sup>21</sup>

## 10. A partir da Constituição Federal de 1988

Mas foi a Constituição Federal de 1988 que acabou com todas as injustiças que existiam, em se tratando de paternidade ou filiação.

“O que vivemos hoje, no moderno Direito Civil, é o reconhecimento da importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem fazer prevalecer a verdade genética sobre a afetiva”.<sup>22</sup>

Novos tempos, novo estágio:

Chegamos à plenitude desse novo estágio, os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é dom de si mesmo.<sup>23</sup>

## 11. Estrutura no ordenamento jurídico

Infelizmente, apesar de toda criação doutrinária e alguns julgados sobre o tema, no atual ordenamento jurídico, a filiação socioafetiva ainda não tem o tratamento que merece, a saber:

A filiação socioafetiva pode ser admitida com base nos seguintes artigos: a) art. 1593, que diz: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Esta outra origem de parentesco é justamente a sociológica (afetiva, socioafetiva, social, eudemonista); b)

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 387.

<sup>22</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. VI: Direito de família, p. 647.

<sup>23</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 120.

art. 1596, em que é reafirmada a igualdade entre a filiação (art. 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988); c) art. 1597, V, pois o reconhecimento voluntário da paternidade na inseminação artificial heteróloga não é de filho biológico, e sim de filho socioafetivo, já que o material genético não é do(s) pai(s), mas, sim, de terceiro(s); d) art. 1603, visto que, enquanto a família biológica navega na cavidade sanguínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo; e) art. 1605, II, em que filiação é provada por presunções, posse de estado de filho (estado de filho afetivo).<sup>24</sup>

Como o artigo 1593, do Código Civil de 2002, tornou realidade a existência da paternidade socioafetiva, passemos a conhecer sua estrutura.

Nesse sentido, alguns doutrinadores vêm dedicando especial atenção ao tema, a saber:

Na formação de uma família, cada pessoa ocupa um papel, uma função, na estrutura do núcleo, e que a função paterna pode ser exercida, em diferentes circunstâncias, por outra pessoa que não seja o genitor. Explica com mais profundidade Rodrigo da Cunha Pereira que a filiação “constitui segundo a Psicanálise, uma função. É essa função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção... enfim,

<sup>24</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade dentre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.161-162.

aquele que exerce a função de pai”. Ora, sendo determinada a função de pai sobre uma pessoa que não transmitiu os caracteres biológicos (ou seja, não recaindo sobre o genitor), é claro que estamos diante de uma hipótese de filiação socioafetiva, merecedora de idêntica proteção. É que partindo do sistema unificado de filiação, acolhido constitucionalmente, não se pode negar a tutela jurídica a todo e qualquer tipo de relação paterno-filial.<sup>25</sup>

Vontade, publicidade e relação afetiva na construção da paternidade:

A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetividade é aquela filiação que se constrói a partir do respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho.<sup>26</sup>

## 12. Introdução ao conceito de paternidade socioafetiva

Conforme ensina o doutrinador Christiano Cassettari, “para se chegar ao conceito de parentalidade socioafetiva, teremos que, primeiramente, passar pela análise de socioafetividade e de afeto, donde conseguiremos galgar a ideia real do referido conceito”.<sup>27</sup>

## 13. A afetividade

A afetividade sempre traduzirá o que de melhor possa acontecer dentro de um círculo familiar, tendo como princípio maior a busca da plena realização psicossocial de todos os seus membros.

<sup>25</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 6: Famílias, p. 610.

<sup>26</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 6: Famílias, p. 611.

<sup>27</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9.

Podemos dizer que a afetividade é:

a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada.<sup>28</sup>

E diante do conceito acima de afetividade, é válido mencionar que:

A verdade socioafetividade pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos. Outro pai, nova família.<sup>29</sup>

#### 14. Conceito de paternidade socioafetiva

Diante do que foi traçado, podemos conceituar a paternidade socioafetiva como “o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”.<sup>30</sup>

Segundo o doutrinador e Ministro do STF, Luiz Edson Fachin:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura,

<sup>28</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18.

<sup>29</sup> FACHIM, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 59.

<sup>30</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.<sup>31</sup>

## 15. Requisitos para sua existência

Somente estaremos diante de uma paternidade socioafetiva, se preenchidos alguns requisitos de existência.

Nesse sentido, face à falta de legislação mais específica, a doutrina vem dando a sua colaboração, a saber:

Que se trata de uma presunção *juris tantum* do estado de filiação, devem ser levados em conta três aspectos: tratamento (*tractatus*), nome (*nominatio*) e fama (*reputatio*). O primeiro aspecto, *tractatus*, respeita a forma como o filho é tratado pela família e se de tal forma é considerado por ela. O *nominatio*, por sua vez, analisa se o nome da família é utilizado por ele e, por fim, a *reputatio* refere-se à opinião pública e ao reconhecimento da sociedade de que aquele filho, de fato, integra a família de seus pais.<sup>32</sup>

Constatada a existência da posse de estado de filho, está-se diante de uma paternidade socioafetiva, qual seja, aquela oriunda da verdade aparente e que possui proteção da cláusula geral de tutela da personalidade humana que zela pelo estado de filiação, sendo este formador da identidade e responsável pela definição de personalidade.<sup>33</sup>

Afetividade e convivência, ingredientes inseparáveis.

Ademais, menciona a jurisprudência:

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 33.

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5: Direito de família, p. 456.

<sup>33</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 381.

Os requisitos para a sua existência são o laço de afetividade e a convivência familiar harmoniosa e voluntária, sendo, depois de formada, irrevogável, irretratável e indisponível voluntariamente. Pode se originar em várias situações, tais como a posse de estado de filho, as adoções de fato e à brasileira e quando os filhos são havidos fora do casamento, por reprodução assistida heteróloga, e da relação de padrastio e madrastio. Acrescentando que a legitimidade para pedir o reconhecimento é do filho, do pai e da mãe. O terceiro só poderá entrar com essa ação no caso de o titular do reconhecimento ter falecido, e não ter pedido o reconhecimento em vida, além de provar que há possibilidade de convivência com o parente que quer o reconhecimento do vínculo, e que o mesmo não tem o condão de auferir vantagem patrimonial.<sup>34</sup>

Assim, sem o preenchimento de todos os requisitos, não poderemos dizer que estamos diante de uma paternidade socioafetiva.

## 16. Efeitos jurídicos

E diante do reconhecimento da paternidade socioafetiva, as pessoas ligadas pela nova relação familiar, ganharão novos parentes.

E é o que esclarece a doutrina, a saber:

Uma vez reconhecida, o filho e o pai/mãe socioafetivos se ligam aos parentes do outro, ganhando avós, irmãos, tios, primos, netos, dentre outros e **são efeitos do reconhecimento**, o direito aos alimentos, à guarda e visita dos filhos menores, de participar da sucessão, de modificar o nome e receber novos avós no registro civil, de exercer o poder familiar, de receber benefícios previdenciários, entre outros.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 233.

<sup>35</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 235.



No mesmo sentido, é a previsão no ECA:

Julgada procedente a ação de investigação de paternidade e/ou maternidade socioafetiva, decorrem os mesmos efeitos jurídicos dos arts. 39 a 52 do ECA, que são aplicados à adoção, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do nome (sobrenome) dos pais sociológicos; d) as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológica; f) a herança entre pais, filho e parentes sociológicos; g) o poder familiar; h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas etc.<sup>36</sup>

E a doutrina ainda menciona os seguintes efeitos:

A parentalidade, seja “natural” (*rectius*: biológica), seja proveniente de adoção, socioafetiva ou reprodução assistida heteróloga, produz efeitos jurídicos: (I) existenciais, como a criação de impedimentos matrimoniais e o direito à guarda e visitação; e (II) patrimoniais, como os direitos e deveres a alimentos e à sucessão. Note-se que, além dos efeitos no campo do Direito de Família e no Direito das Sucessões, o vínculo de parentalidade repercute também no Direito das Obrigações (por exemplo, na responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores e no regime aplicável aos contratos de doação ou compra e venda entre pais e filhos), bem como em diversos outros ramos jurídicos, tais como o Direito Administrativo (vedação ao nepotismo), Eleitoral (regras de ineligibilidade), Processual (regras de suspeição do juiz e de produção de prova testemunhal), Penal (circunstância agravante de pena) e Previdenciário (benefícios para dependentes). Como já visto, a isonomia constitucional entre filhos de qualquer origem impõe que, uma vez reconhecido o vínculo parental, todos os efeitos jurídicos que emanam da relação parental sejam produzidos em sua

<sup>36</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 188.

plenitude. Não existe no direito brasileiro, uma categoria intermediária entre a parentalidade e a não-parentalidade, com regime jurídico próprio, tal como o apadrinhamento civil do direito português ou a *affiliazone* do direito italiano.<sup>37</sup>

Finalmente, na área criminal, o estrangeiro pode evitar sua expulsão do território brasileiro, se provar que possui os predicados de um pai socioafetivo, a saber:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a interpretação do artigo 65, inciso II, da Lei 6.815/1980, para manter no país o estrangeiro que possui filho brasileiro, mesmo que nascido posteriormente à condenação penal e ao decreto expulsório, no afã de tutelar a família, a criança e o adolescente. Todavia, o acolhimento desse preceito não é absoluto e impõe ao impetrante que efetivamente comprove, no momento da impetração, a dependência econômica e a convivência socioafetiva com a prole brasileira, a fim de que o melhor interesse do menor seja atendido.<sup>38</sup>

## 17. Multiparentalidade

Multiparentalidade – nasce diante de uma paternidade socioafetiva, e não raro uma pessoa poderá ter dois pais ou duas mães no registro de nascimento.

Vale ressaltar que a reconstrução de um lar, desfeito por inúmeros fatores, poderá gerar novos arranjos familiares, e em consequência, o nascimento da multiparentalidade.

Menciona a doutrina:

A multiparentalidade é um fato jurídico contemporâneo, facilmente perceptível no âmbito de muitas famílias reconstituídas, nas quais tanto o pai/mãe biológico quanto o padrasto/madrasta, que acabam por funcionar como pais socioafetivos na

<sup>37</sup> SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. *Efeitos jurídicos da multiparentalidade*. Pensar, Fortaleza, v. 21, p. 847-873, 2016. Disponível em: <[www.periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824](http://www.periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824)>. Acesso em: 19 maio 2017.

<sup>38</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

vida dos enteados, exercem a autoridade parental, gerando a cumulação dos papéis de pai/mãe, não de modo excludente, mas inclusivo e até mesmo complementar.<sup>39</sup>

Assim, se no passado a multiparentalidade era exceção, hoje em dia vem fazendo, cada vez mais, parte da realidade de muitas famílias brasileiras.

Nesse sentido, menciona a doutrina:

Parece permissível a duplicidade de vínculos materno ou paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico preestabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade ou maternidade biológica.<sup>40</sup>

E é preciso lembrar que por ser a inocente nas relações anteriormente desfeitas, a prole deve gozar de ampla proteção nos novos arranjos familiares.

Finalmente, menciona a doutrina:

Visto o direito de família sobre o prisma da tridimensionalidade humana, deve-se atribuir ao filho o direito fundamental às paternidades genéticas e socioafetiva e, em decorrência, conferir-lhe todos os efeitos jurídicos das duas paternidades. Numa só palavra, não é correto afirmar, como o faz a atual doutrina e jurisprudência do mundo ocidental, que “a paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica”, ou que “a paternidade biológica se sobrepõe à socioafetiva”, isso porque ambas são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, exatamente porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 204.

<sup>40</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2010. p. 383.

<sup>41</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 222.

## 18. Em sentido amplo e em sentido estrito

Conforme ensinamento doutrinário, a multiparentalidade pode ser conceituada em sentido amplo ou em sentido estrito, a saber:

A multiparentalidade *lato sensu* consiste no reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de que uma pessoa tenha mais de um vínculo parental paterno ou mais de um vínculo parental materno. Para a sua configuração, é suficiente que alguém tenha dois pais ou duas mães, o que abarca não apenas os arranjos multiparentais que, por circunstâncias e fundamentos diversos, envolvam duas mães e um pai, dois pais e uma mãe, e assim por diante, mas também os casos de simples biparentalidade homoafetiva, em que a distinção de gênero afigura-se, a rigor, inaplicável.

Já em *acepção restrita*, a multiparentalidade pode ser definida como o reconhecimento jurídico de mais de dois vínculos de parentalidade à mesma pessoa. Em outros termos, a expressão estaria reservada às hipóteses em que alguém tenha três ou mais laços parentais, não abrangendo, portanto, a mera dupla paternidade ou dupla maternidade se desacompanhada do terceiro ascendente, que resultaria na configuração de mais de dois vínculos parentais. São casos de multiparentalidade *stricto sensu*, por exemplo, aqueles em que uma pessoa tem duas mães e um pai, dois pais e uma mãe, três mães, dois pais e duas mães, e assim sucessivamente. Note-se que tal acepção se revela mais adequada ao significado das expressões *multiparentalidade* e *pluriparentalidade*, cujos prefixos exprimem noção de muitos, em contraposição à *biparentalidade*.<sup>42</sup>

Pelo o que se percebe, há nítida distinção entre multiparentalidade e biparentalidade, a saber:

---

<sup>42</sup> SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, p. 847-873, 2016. Disponível em: <[www.periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824](http://www.periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824)>. Acesso em: 19 maio 2017.

Na *multiparentalidade paterna*, o conceito abrange 3 ou mais pessoas como genitores, com dois ou mais pais do sexo masculino; na *multiparentalidade materna*, o conceito abrange 3 ou mais pessoas como genitores, com duas ou mais mães do sexo feminino; na *biparentalidade*, o conceito abrange 1 pai e 1 mãe de sexos distintos; na *biparentalidade paterna* ou *bipaternidade*, o conceito abrange 2 pais do sexo masculino apenas; na *biparentalidade materna* ou *bimaternidade*, o conceito abrange 2 mães do sexo feminino apenas.<sup>43</sup>

Vale destacar que casais homossexuais, por um longo período, não podiam adotar, sendo que foi por meio da jurisprudência brasileira que passaram a ter o mencionado direito reconhecido.

Vejamos:

A jurisprudência brasileira demorou muito tempo para aceitar a adoção conjunta por pessoas homossexuais, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente exige para tanto que os adotantes, nesse caso, estejam casados ou vivam em união estável. Com isso, em razão do preconceito existente no caso e da absurda ideia, sem nenhuma comprovação técnica, de que uma criança criada por um casal homossexual também o seria, raríssimos eram os julgados que admitiam esse tipo de adoção. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o pioneiro em permitir a adoção conjunta por casais homossexuais.<sup>44</sup>

## Capítulo II – Da paternidade socioafetiva x paternidade biológica

### Introdução

Diante do quadro que apresentamos até então, faz-se necessário traçar algumas considerações sobre a paternidade socioafetiva em confronto com a paternidade biológica.

<sup>43</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 160.

<sup>44</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 157.

Uma verdadeira aula de direito foi dada pelo Ministro Luiz Fux, nos autos do Recurso Extraordinário 898.060 - Santa Catarina, no sentido de se reconhecer a possibilidade da coexistência das duas paternidades ao mesmo tempo (afetiva e biológica) cujo voto como Relator foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Vale ressaltar que os Ministros Edson Fachin e Teori Zavaski apresentaram votos divergentes no sentido de que deveria prevalecer juridicamente apenas a paternidade socioafetiva.

### 1. Repercussão geral

Vale destacar que a decisão foi proferida em recurso extraordinário com repercussão geral.

Nesse sentido, é sempre bom lembrar o que deixou registrado o Ministro Dias Toffoli, no seu voto vogal:

Início as minhas considerações fazendo um alerta. Por se tratar de um recurso extraordinário com repercussão geral, a tese a ser fixada por esta Corte afetará diretamente não só a vida de milhões de crianças e adolescentes, mas também de pais, avós, tios, e todos que pelo sistema civil compõem o regime de parentalidade que o legislador definiu no Direito Civil.<sup>45</sup>

Sobre o que seria o instituto da repercussão geral, menciona a doutrina:

Repercussão geral é conceito legal indeterminado, cuja concretude deve ser dada em razão a algo que diga respeito a um grande espectro de pessoas ou a um largo segmento social, uma decisão sobre assunto constitucional impactante, sobre tema constitucional muito controvertido, em relação à decisão que contrarie decisão do STF; que diga respeito à vida, à liberdade, à federação, à invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à aplicação do texto constitucional) etc.; ou ainda, outros valores conectados a Texto Constitucional que se alberguem debaixo da expressão repercussão social.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2017.

<sup>46</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 672.

A decisão a ser proferida em autos de repercussão geral deve interessar a toda coletividade. Além de um interesse coletivo, deve haver a pacificação do maior número possível de conflitos. Ademais, a decisão evitará que em outros casos a serem decididos, haja julgamentos diferentes para situações iguais.

E mais:

Todo direito, para ser considerado como tal, deve representar uma confluência de interesses de todos os membros da sociedade por meio de um discurso de justificação. Todavia, isso não é o suficiente. Ainda é necessário que se proceda a uma compreensão do Direito a partir de um sistema coerente de normas *prima facie* aplicáveis, o que significava identificá-las como princípios.<sup>47</sup>

## 2. Divergências jurisprudenciais antes do julgamento do RE em análise

Vale destacar a importância do julgamento em análise, porque, anteriormente, seguiam em vários tribunais da federação decisões em todos os sentidos. Algumas privilegiavam a paternidade biológica, outras a paternidade socioafetiva.

Vejamos:

EMBARGOS INFRINGENTES. INTERESSE PROCESSUAL. **PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA.** NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. Demonstra interesse processual o declarante que na época do registro, reconheceu a **paternidade** de filha registrada em seu nome, mas que mais tarde veio a ter conhecimento de não ser seu verdadeiro pai, pois não pode prevalecer a **paternidade** que não se verificou, e que não representa a expressão da verdade. Não seria lícito a alguém, como observa CARVALHO SANTOS, com apoio em LAURENT, AUBRY E RAU, criar relações de uma **paternidade** inexistente, por meio de uma espécie de adoção imperfeita, ilícita, contrária à lei, aos bons costumes e à ordem

<sup>47</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1151.

pública. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70010318558, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 08/04/2005).

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. PREVALÊNCIA DOS LIAMES SOCIOAFETIVOS SOBRE O LIAME BIOLÓGICO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. É assente no âmbito do direito de família o entendimento de que as relações socioafetivas devem prevalecer sobre os liames biológicos. Não cabe, portanto, a procedência da investigatória de paternidade por aplicação da pena de confissão ficta, considerando que o demandante foi registrado como filho pelo falecido marido da sua mãe biológica, não havendo prova nos autos de inexistência de relação socioafetiva desenvolvida com o pai registral. RECURSOS PROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70064421928, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 27/05/2015).

### 3. Da igualdade entre as duas paternidades, de acordo com o que foi julgado pelo STF

Diante de inúmeras decisões conflitantes perante nossos Tribunais e outras decisões que ainda seriam apreciadas em grau de recurso, coube ao STF, em autos de repercussão geral, pacificar a matéria, dando igual tratamento, tanto para a biológica como para a socioafetiva. Acabou, a partir de então, a controvérsia que pairava sobre o tema.

Vamos conhecer parte da ementa do mencionado recurso:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO



DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, PARÁGRAFO 3º, DA CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, PARÁGRAFO 4º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, PARÁGRAFO 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA A APLICAÇÃO DE CASOS SEMELHANTES.<sup>48</sup>

Podemos verificar que o princípio da dignidade da pessoa humana foi decisivo para a mencionada equiparação entre as duas paternidades, e que foi prestigiado o direito à felicidade.

No mesmo sentido, buscou-se proteger os arranjos familiares, diante de uma sociedade multicultural.

E continua a mencionada ementa:

A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2017.

<sup>49</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2017.

Pelo o que se percebe, o Ministro Fux quis deixar bem claro que a Carta de 1988 rompeu com o passado, deixando de rotular os filhos como legítimos, legitimados e ilegítimos, e se assim passou a ser, novo tratamento também deveria ser dado aos filhos socioafetivos e biológicos, com direitos e deveres iguais.

Continuando o estudo da mencionada ementa, fica claro que a família, a partir da Constituição de 1988, passou a ser o local em que o ser humano deve se sentir seguro para colocar em prática tudo o que for possível para o seu desenvolvimento, tanto moral como intelectual, a saber:

A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados *a priori* pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVERFGE 45,187).

A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.<sup>50</sup>

Na mencionada ementa, o Ministro também deixa claro que deve existir a mínima intervenção do Estado nas relações dos indivíduos, quando se trata de entidades familiares, a saber:

O direito à busca da felicidade, implícito ao artigo 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-aGr, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

<sup>50</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2017.

O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.<sup>51</sup>

O Ministro se preocupou, também, em deixar registrado no seu voto que a partir da Constituição Federal de 1988, deve ser prestigiada a horizontalidade dos modelos de família, independentemente do casamento e independentemente da união de pessoas do mesmo sexo, e é o que podemos ver, ao analisar a ementa em estudo:

A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (artigo 226, parágrafo 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (artigo 226, parágrafo 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (artigo 227, parágrafo 6º).

As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº 4277, Relator (a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: I (pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais; II) pela descendência biológica ou (III) pela afetividade.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2017.

<sup>52</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2017.

Interessante notar que o Ministro traça um paralelo entre as duas paternidades (biológica e afetiva), realçando que ambas são importantes para a formação do indivíduo e que constituem um patrimônio valioso ao direito da personalidade, a saber:

A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

A paternidade responsável, enunciada expressamente no artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.<sup>53</sup>

E assim, com o mencionado voto, a pluriparentalidade ganhou força jurídica, a saber:

A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

---

<sup>53</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2017.

Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e da paternidade responsável (artigo 226, parágrafo 7º).<sup>54</sup>

#### 4. Tese jurídica reconhecida

Assim, ficou registrado na ementa, a seguinte tese jurídica:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.<sup>55</sup>

Vale lembrar que a decisão rompeu definitivamente com o passado. Nesse sentido, menciona a doutrina:

Ao julgar o Recurso Extraordinário no 898.060, em 22 de setembro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral que assume caráter histórico e, pode-se mesmo dizer, revolucionário no direito brasileiro. Nossa Suprema Corte afirmou que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Com isso, além de solucionar controvérsias ainda existentes em relação à parentalidade socioafetiva, abriu as portas do sistema jurídico pátrio para o fenômeno da *multiparentalidade*, também chamado de *pluriparentalidade*. A decisão é fruto de longa transformação operada no

<sup>54</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2017.

<sup>55</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/RE898060.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2017.

Direito de Família nas últimas décadas, em especial após a promulgação da Constituição de 1988, que consolidou uma nova concepção jurídica do fenômeno familiar: plural, igualitário, democrático e funcionalizado à promoção da personalidade de seus membros, na medida em que é a pessoa humana o elemento finalístico da proteção estatal. Nessa redescoberta da família, a antiga concepção jurídica do instituto, exclusivamente calcada no matrimônio, foi progressivamente substituída pelas chamadas *entidades familiares*, que incluem, em listagem aberta, as famílias monoparentais, as uniões homoafetivas, a família fundada no casamento, as uniões estáveis, as famílias recompostas, as famílias anaparentais, e assim por diante, podendo-se acrescentar agora o exemplo das famílias multiparentais. Nesse cenário, a decisão do STF revelou-se corajosa e ousada, exprimindo clara ruptura com o dogma antiquíssimo, segundo o qual cada pessoa tem apenas um pai e uma mãe.<sup>56</sup>

Diante disso, não há o que se questionar sobre a existência da multiparentalidade e pelo o que se percebe, chegou para fazer parte integrante de alguns arranjos familiares.

Com isso, o fenômeno da multiparentalidade, que já era uma realidade, não apenas no plano fático-social, mas também na experiência de diversos tribunais brasileiros, deixou de ser, definitivamente, um fato ignorado e marginalizado pelo Direito. A partir do *leading case* do STF, a tendência é que surjam, cada vez mais, decisões judiciais declarando a existência de múltiplos laços parentais aptos a gerar os efeitos jurídicos decorrentes do parentesco. Trata-se de notório avanço na desejada aproximação entre o Direito e a realidade social, permitindo que se concretize relevante comando da Constituição, que, ao consagrar a plena igualdade de direitos entre os filhos (art. 227, parágrafo 6º), veda qualquer relação de hierarquia, apriorística ou não, que

---

<sup>56</sup> SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, p. 847-873, 2016. Disponível em: <[www.periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824](http://www.periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824)>. Acesso em: 19 maio 2017.

se pretenda estabelecer entre os critérios de fixação da paternidade, quer se trate de parentalidade biológica, socioafetiva ou jurídica (presumida). Tal assertiva é reforçada pelo artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo artigo 1.596 do Código Civil, que possuem redação idêntica àquela do dispositivo constitucional, desautorizando qualquer restrição de direitos ou deveres em razão da qualificação do parentesco como natural ou civil. Daí decorre a admissão da formação de múltiplos vínculos de parentalidade, de forma originária ou superveniente, sem que seja necessária a substituição de um vínculo pelo outro, como bem decidiu nossa Suprema Corte.<sup>57</sup>

Finalmente:

Diante desse quadro, é se concluir como perfeitamente viável a coexistência de elos parentais afetivos e biológicos. O reconhecimento da paternidade socioafetiva não afasta a paternidade biológica, ou melhor, uma não tem preferência sobre a outra.<sup>58</sup>

## 5. Problemas a serem enfrentados com o reconhecimento da multiparentalidade

Os doutrinadores reconhecem que pela multiparentalidade os operadores de direito terão de dar solução há vários problemas que possam aparecer, diante da existência de mais de um pai e mais de uma mãe.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, vejamos alguns casos, para a necessária reflexão:

Ter três ou mais pessoas como genitores de alguém pode acarretar alguns outros problemas no Direito Civil que a doutrina e a jurisprudência precisarão enfrentar. O primeiro que citamos cinge-se ao instituto da emancipação voluntária. O inciso I do parágrafo único do art. 5o do Código Civil estabelece que: *Art. 5º [...] Parágrafo único. Cessar, para*

<sup>57</sup> Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824>>. Acesso em: 18 maio 2017.

<sup>58</sup> CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 203.

os menores, a incapacidade: 1- pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos. Tendo o menor três ou mais genitores em seu assento de nascimento, quem deve autorizar a emancipação voluntária? A primeira resposta seria, por óbvio, que os três terão que autorizá-la, motivo pelo qual o tabelião de notas, ao lavrar a escritura de emancipação, deverá ater-se ao fato de que deverá exigir que todos os que constam da certidão a ele apresentada deverão autorizar a sua lavratura, devendo comparecer pessoalmente ao ato, ou mediante representação, concedida em procuração pública que contenha poderes especiais. Agora, questão tormentosa é se algum deles não autorizar. Se a maioria dos genitores não autorizar, deverá a questão ser solucionada judicialmente, por força do parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil, que estabelece: *Art. 1.631. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.* Essa é a solução adotada para a hipótese de um deles querer emancipar o filho e outro não. Porém, a dúvida que surge é se a autorização pode ser concedida por maioria de votos. Entendemos que não, pois o parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil estabelece que, havendo divergência entre pais, a questão deve ser resolvida no Judiciário, motivo pelo qual a emancipação voluntária deve ocorrer por unanimidade e não maioria de votos. Acreditamos nisso, pois não podemos desvalorizar o posicionamento de um dos genitores em prevalência dos demais, motivo pelo qual deverá o magistrado verificar o que é melhor para o adolescente.<sup>59</sup>

De qualquer modo, o problema colocado em questão não é de difícil solução pelo Poder Judiciário, que utilizará critérios de justiça e equidade. Mas, é imprescindível que o Poder Legislativo edite uma lei específica para resolver problemas decorrentes da multiparentalidade.

<sup>59</sup> CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 218.



A doutrina traz, ainda, o seguinte caso:

Problema igual haverá se o menor de 18 anos com três ou mais genitores desejar se casar. O art. 1.517 do Código Civil estabelece que: Art. 1.517. *O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atinja a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.* Entendemos que a expressão *ambos os pais*, contida no citado artigo, deve ser interpretado no sentido de todos, motivo pelo qual, para que o menor em idade núbil se case, não poderá ter algum genitor discordante, pois basta apenas um dissidente para inviabilizar a prática do ato. Dessa forma, se qualquer genitor que consta do assento do nascimento não der a anuência, o oficial do registro civil não poderá iniciar o processo de habilitação para o casamento, sob pena de infringir o inciso II do art. 1.525 do Código Civil. Não concordando com os motivos da recusa, deverá o nubente socorrer-se do Judiciário, conforme faculta o art. 1.519 do Código Civil.<sup>60</sup>

Outro caso sem muita complexidade, a ser decidido pelo Poder Judiciário, se for necessário.

A doutrina traz, também, a seguinte problematização:

Quem serão os genitores a representar e assistir os filhos menores? Entendemos que a representação e a assistência deverão ser dadas por todos os genitores, ou seja, para se comprar um bem imóvel, por exemplo, tendo três genitores no assento de nascimento deverá o notário, no momento de lavrar a escritura, exigir a presença de todos eles. Se algum deles se recusar a comparecer na lavratura do ato, novamente, como determina o parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil, deverá, qualquer um deles, socorrer-se do Judiciário.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 220.

<sup>61</sup> CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 220.

A necessidade da aprovação de todos os genitores, também é verificada em outra situação, a saber:

Haverá o mesmo problema se o menor de 18 anos, e maior de 16, decidir se casar e eleger um regime diferente do legal (comunhão parcial), haja vista que nesse caso terá que fazer um pacto antenupcial. O art. 1.694 do Código Civil determina que: Art. 1.654. A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens. Assim sendo, haverá, no caso em tela, a necessidade de todos os genitores descritos no assento do nascimento do menor aprovarem o pacto antenupcial, ou seja, se a pessoa tem dois pais e uma mãe, todos deverão ratificar o ato, devendo o tabelião de notas, no momento da lavratura da escritura, tomar essa cautela e garantir que isso ocorra, senão o mesmo será ineficaz.<sup>62</sup>

Na legislação a ser editada, valerá ponderar se em alguns casos é tão necessária assim a exigência de que todos os pais sejam chamados a decidir sobre o destino do filho.

Em relação ao direito de ser usufrutuário dos bens dos filhos, menciona a doutrina:

Quem será usufrutuário dos bens dos filhos menores e quem irá administrar os seus bens? Isso se deve ao fato de que o art. 1.689 do Código Civil estabelece que: Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I – são usufrutuários dos bens dos filhos; II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. Novamente, para manter o padrão dos posicionamentos anteriores, entendo que a expressão o *pai* e a *mãe* deverá ser interpretada, como todos, ou seja, se o menor tiver quatro genitores no seu assento de nascimento, todos eles serão usufrutuários e administradores dos bens. Havendo divergência, poderá qualquer um deles recorrer ao juiz para solução necessária.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 221.

<sup>63</sup> CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 221.

Em relação à obrigação alimentar, a multiparentalidade poderá trazer alguns problemas:

Se uma pessoa possui mais de dois pais no assento de nascimento, como ficaria a obrigação alimentar nesse caso? Entendemos que a pensão alimentícia deve ser paga por qualquer um deles, de acordo com sua possibilidade, sem solidariedade entre eles, em decorrência da regra do art. 265 do Código Civil, que exige para sua existência previsão legal ou vontade das partes, consoante o que já ocorre com os avós. Quando o neto precisa pedir alimentos para os avós, a jurisprudência já firmou o entendimento de que o mesmo pode procurar qualquer um deles, paterno ou materno, para pensionar, de acordo com sua possibilidade. Assim sendo, não há solidariedade entre eles.<sup>64</sup>

A multiparentalidade poderá, ainda, trazer alguns problemas em relação ao direito sucessório.

Não podemos descartar a hipótese de um filho socioafetivo querer o reconhecimento de uma paternidade biológica apenas para receber uma herança, por exemplo. Seria lícito, ético ou moral? Estaria presente a boa-fé na mencionada conduta? Tudo isso, como não há legislação específica, caberá ao Poder Judiciário decidir qual o melhor caminho.

Na área processual, a multiparentalidade também trará um problema a ser enfrentado, a saber:

Mais uma questão interessante é sobre a representação e assistência processual no caso de multiparentalidade. No caso em tela, em que todos os pais que constam no assento do nascimento deverão representar e assistir os filhos incapazes nas ações judiciais.<sup>65</sup>

Vale lembrar que, caberá ao Poder Judiciário trazer a melhor solução ao caso concreto. Mas, é evidente que o próximo passo a ser seguido, será com a edição de uma legislação específica que possa disciplinar casos que envolvam a multiparentalidade. E é o que esperamos para o futuro.

<sup>64</sup> CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 222.

<sup>65</sup> CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 221.

## 6. Segurança jurídica

É importante abordar o tema da segurança jurídica, quando se fala em paternidade socioafetiva.

Como vimos, a paternidade socioafetiva poderá conduzir à multiparentalidade. E pela multiparentalidade, é possível a existência de dois pais ou de duas mães.

Notamos que foi salutar para o direito de família, a decisão do STF em autos de repercussão geral, no sentido de dar igualdade de tratamento às paternidades socioafetiva e biológica. Se a mencionada decisão está correta ou não, não é isso que importa, mas, sim, dar estabilidade nas relações de família. Evitar que fiquem à margem do ordenamento e da disciplina jurídica casos em que a paternidade biológica esteja em conflito com a paternidade socioafetiva.

Na prática, como vimos acima, aparecerão alguns problemas, típicos de qualquer relação familiar, mas que serão resolvidos em último caso pelo Poder Judiciário. O mais importante, repetimos, foi pacificar o conflito, dar segurança jurídica, ainda mais que para casos semelhantes, Tribunais tinham decisões diferentes.

E o que seria segurança jurídica?

Nesse sentido, mencionam os doutrinadores:

No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos, que Bobbio chama a Política do Poder: é preocupação nítida do Estado a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então, se confundem com os do próprio Estado. O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos garantidos pela ordem jurídica, sejam efetivos.<sup>66</sup>

É um valor e um princípio irrenunciável dos ordenamentos jurídicos democráticos. A segurança jurídica assume a característica de componente e de promotora de justiça. Inspiradora das relações que

<sup>66</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris: UNIVALI, 1998. p. 38.

se dão entre o Estado e os cidadãos; garante a autonomia da vontade nas relações *jurídico-privadas*; e impulsionadora da liberdade civil no *terreno intermediário público/privado* removendo os obstáculos que desvirtuam a liberdade entre desiguais, para o que se requer informação plena e garantias cautelares frente aos riscos de eventuais abusos.<sup>67</sup>

Vale destacar, finalmente, que implicitamente a Constituição Federal de 1988, prestigiou o princípio da segurança jurídica, quando cita, por exemplo, “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inciso XXXVI).

Nesse sentido, previsibilidade, estabilidade, confiabilidade, garantia do fim das desigualdades e liberdade para que uma pessoa possa *ir, vir e ficar*, são finalidades a serem alcançadas pelo princípio da segurança jurídica. E o STF ao igualar as paternidades, pacificando o conflito, trouxe mais segurança jurídica para o nosso direito de família (ou das famílias). De qualquer modo, nossa legislação voltada ao direito de família precisa ser atualizada, refletir a realidade social hoje existente e respeitar os princípios norteadores do direito de família esculpido na Constituição Federal, tendo como pilar principal, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## Conclusão

Procuramos trazer à luz, um panorama sobre a família e alguns aspectos relevantes. Ficou claro que no passado, a família estava moldada em interesses materiais, cuja finalidade primordial era a transmissão e preservação do patrimônio para os seus descendentes, desde que concebidos dentro do casamento. Vimos que por um bom tempo, a filiação fora do matrimônio era discriminada e afastada de vários direitos previstos no ordenamento jurídico da época, o que levava à situação de constrangimento e sentimento de injustiça por parte do excluído. Vimos, ainda, que a transformação ocorrida foi lenta e gradual, tendo nela duas frentes, a primeira advinda de legislações que aos poucos foram diminuindo as desigualdades existentes entre o homem e

<sup>67</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Seguridad jurídica y sistema cautelar. *Doxa*, Alicante, n. 7, 1990, p. 327-349. Disponível em: <[www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0137630233495944102257/cuaderno7/doxa7\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0137630233495944102257/cuaderno7/doxa7_12.pdf)>. Acesso em: 6 jun.2017.

a mulher dentro do casamento, e a segunda, advinda de fatores sociais como, por exemplo, duas grandes guerras mundiais e revoluções industrial e sexual, que fizeram com que as pessoas voltassem os olhos para valores espirituais, repensando conceitos e padrões de comportamentos que tinham como única finalidade preservar e acumular patrimônio.

Ficou nítido que nessa transição, houve uma grata colaboração, tanto da doutrina como da jurisprudência e, assim, a afetividade nas relações familiares passou a ter destaque, até que em 1988, com novos valores inseridos na *Magna Carta*, o direito brasileiro passou a conhecer novos princípios norteadores do direito de família, entre eles, os da dignidade da pessoa humana, da função social e da afetividade, entre outros. Procuramos demonstrar, ao longo do estudo, que o Código Civil de 2002 pouco tratou da paternidade socioafetiva e em relação ao direito de família como um todo, veio ao mundo jurídico de forma desatualizada, o que o levou a receber integração e interpretação da Constituição de 1988. Procuramos demonstrar, ainda, que assim como ocorreu com o direito de família como um todo, tanto a paternidade como a filiação passaram por transformações significativas à luz dos princípios aqui estudados e tendo como pilar a afetividade, cuja consequência foi a transformação do conceito de pai, afastando-se, assim, da tradicional afirmação de que pai é *aquele que gera*. Ficou claro que acabou a hierarquia entre os vários tipos de filiação e que, diante dos avanços sociais, vieram aos Tribunais casos de conflitos entre a paternidade socioafetiva e biológica, o que levou o Supremo Tribunal Federal, em autos de repercussão geral, equiparar as duas paternidades em direitos e deveres e para todos os efeitos jurídicos. Foram apresentados alguns problemas decorrentes do mencionado reconhecimento, que podem ser solucionados pelo Poder Judiciário de forma justa e equitativa.

Ficou claro que o mais importante, a título de segurança jurídica, foi evitar que continuassem a existir decisões diferentes para situações iguais, em se tratando de multiparentalidade. Partindo do atual estágio (igualdade de condições entre paternidade biológica e socioafetiva), para solidificar a segurança jurídica atualmente alcançada e para dar efetividade aos valores conclamados pela Constituição de 1988, caberá ao legislador disciplinar melhor a questão envolvendo situações em que ocorram a multiparentalidade. Vimos, pelos exemplos trazidos à luz, que em determinadas situações (emancipação, representação etc.) serão chamados a decidir pelo destino da prole todos os pais, que certamente, em determinadas circunstâncias, passará a existir um certo exagero. Caberá ao legislador, consciente que estará legislando

para uma sociedade multicultural, encontrar o melhor caminho, sempre visando construir uma sociedade livre, justa e solidária. É bom lembrar que a disciplina a ser criada deve ser proporcional e adequada aos anseios da sociedade brasileira cuja maior finalidade é a busca da felicidade e o pleno desenvolvimento de cada um dos seus membros.

## Bibliografia

ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2010.

ALVES, Rubem. *Um mundo num grão de areia: o ser humano e seu universo*. Campinas: Verus, 2002.

BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e direito de visita. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 5, abr.-maio-jun. 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 9, jul.-set.2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Famílias*. 8 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

COSTA, Juraci. Paternidade socioafetiva. *Revista Jurídica – CCJ/FURB*, v. 13, n. 26, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5: Direito de família.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, ago. 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FONSECA, Thaluane. Disponível em: <[www.sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8996/1/Thaluane%20Fonseca.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8996/1/Thaluane%20Fonseca.pdf)>. Acesso em: 22 maio 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. VI: Direito de família.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HAMAD, Nazir. *Adoção e parentalidade: questões atuais*. Porto Alegre: CMC, 2010.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. I, n. 1, p. 17, abr.-jun. 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 54, n. 339, jan. 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5: Famílias.

LOTUFO, Renan. Questões pertinentes à investigação e à negação de paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 11, out.-dez. 2001.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Barueri: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris: UNIVALI, 1998.



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

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 672.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Seguridad jurídica y sistema cautelar. *Doxa*, Alicante, n. 7, 1990. Disponível em: <[www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0137630233495944102257/cuaderno7/doxa7\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0137630233495944102257/cuaderno7/doxa7_12.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 2.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS – JUSTIÇA: REALIDADE E UTOPIA, XVII. *Anais...* Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2000. v. I, p. 9-92.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, 2016. Disponível em: <[www.periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824](http://www.periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824)>. Acesso em: 19 maio 2017.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5: Direito de família.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 6: Direito de família.

WALD, Arnaldo. *Direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5: Direito de família.

\_\_\_\_\_. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

# Adoção. Aspectos jurídicos e sociais.

## Adoção e homoafetividade

*Artur Marques da Silva Filho*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

### Considerações iniciais

O instituto da adoção, no passado remoto, não possuía a finalidade socioafetiva de inserir a criança no seio de uma família – com enfoque no interesse do próprio menor –, mas, sim, com a preocupação em assegurar-se a existência de herdeiros ou a perpetuidade do culto doméstico dos antepassados.

Foi somente a partir do século XX, mais precisamente após a Primeira Guerra Mundial, que a adoção passou a merecer maior atenção dos legisladores, com o intuito de amparar os órfãos de guerra. O instituto recebeu nova roupagem, porém ainda ostentando um cunho de caridade aos órfãos. A Segunda Guerra Mundial reavivou o drama das crianças sem família, o que reforçou a ideia básica da adoção como meio ou instrumento para beneficiar relações parentais de crianças privadas do convívio familiar. Essa questão relacionada à orfandade foi rapidamente apreendida e largamente aceita.

Desde então, inúmeros foram os avanços por que passou o instituto da adoção no mundo. No Brasil, por exemplo, a Constituição de 1988 proibiu a discriminação entre filhos adotivos ou naturais, garantindo-lhes direitos idênticos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1992, e o Código Civil de 2002 trouxeram também importantes inovações ao instituto, e a Lei 12.010/2009 organizou as normas existentes, concentrando toda a matéria adicional no ECA.

Uma questão, contudo, que há alguns anos vem sendo objeto de discussões, é a possibilidade de adoção por homossexuais, individual ou

<sup>1</sup> Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2018/2019. Livre-Docente em Direito Civil pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCamp).

conjuntamente. Inúmeros são os argumentos favoráveis e contrários, tanto nas esferas jurídica, moral, psicológica. O objetivo do presente estudo é verificar, a uma, a adoção em seus aspectos jurídicos e sociais e se o ordenamento jurídico permite que casais de pessoas do mesmo sexo adotem conjuntamente, trazendo à luz entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema; e, a duas, cuidar de questões não necessariamente afetas à discussão estritamente jurídica, mas que possuem reflexos na área jurídica, pois dizem respeito ao direito das crianças e adolescentes ao convívio familiar.

### **Adoção: aspectos gerais**

Embora haja divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do instituto da adoção, é patente que, conforme bem apontou Pontes de Miranda<sup>2</sup>, se trata de ato jurídico solene que estabelece entre o adotando e o adotado relação de paternidade e filiação para todos os efeitos de Direito. Cuida-se de medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (art. 39, § 1º, do ECA).

Existe um procedimento prévio à adoção, que é a inscrição no cadastro nacional de adoção, um sistema no qual são registradas todas as pessoas que pretendem adotar e todos os menores que estão aguardando colocação em família substituta. O cadastro é organizado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, e a inclusão de pretendentes à adoção não é automática: é necessário que seja deferida pela autoridade judiciária após a realização de procedimento previsto no art. 50 do ECA e na Resolução nº 54 do CNJ.

Os principais requisitos quanto aos adotantes são: maioridade (somente maiores de 18 anos podem adotar), diferença etária de pelo menos 16 anos entre o adotante e o adotado, compatibilidade com a natureza da medida e ambiente familiar adequado. O adotando, por sua vez, deve contar com menos de 18 anos à data do pedido (salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes).

Outro requisito objetivo para a adoção é o consentimento dos pais ou representante legal do adotando, ou, na falta destes, a decretação

---

<sup>2</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família Campinas*: Bookseller, 2001. v. III, p. 217.

da destituição do poder familiar quando os pais forem conhecidos. E, embora o § 2º do art. 45 do ECA mencione expressamente que é necessário o consentimento do adotando maior de 12 anos, tal regra é adotada com parcimônia pelo Poder Judiciário, pois não necessariamente a falta de consentimento do adotando seja um impeditivo à adoção, servindo mais como um norte para indicar se, naquele caso, a adoção irá ou não constituir efetivo benefício ao adotando.

Há, ainda, a obrigatoriedade de, precedentemente à adoção, ocorrer o estágio de convivência, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar. O estágio de convivência é medida indispensável no procedimento adocional, pois será um dos principais indicativos de se tratar ou não de medida que prestigie o melhor interesse da criança, e servirá de norte tanto ao laudo da equipe interprofissional como à avaliação do próprio magistrado. O estágio de convivência somente pode ser dispensado se o adotando já estiver sob a guarda legal ou tutela do adotante durante tempo suficiente que permita avaliar o estabelecimento de vínculo afetivo, sendo que a guarda de fato, por si só, não autoriza a dispensa do estágio.

Vale lembrar, também, que a legislação adocional estabelece algumas restrições de caráter objetivo: não podem adotar os irmãos e os ascendentes dos adotandos, embora haja precedentes autorizando, excepcionalmente, a adoção de netos pelos avós<sup>3</sup>. Somente podem adotar em conjunto pessoas casadas ou em união estável, com exceção feita a divorciados, judicialmente separados e ex-companheiros quando o estágio de convivência com o adotando tiver se iniciado no período de convivência, e desde que haja comprovação da existência de vínculo afetivo do adotando com ambos os adotantes.

A adoção é verdadeira categoria jurídica, que, assim, apresenta diversas espécies. Pode ser conjunta, singular ou unilateral. Consoante a nomenclatura já deixa evidente, a primeira ocorre quando são dois os adotantes, e a segunda, quando existe apenas um adotante. Em ambos os casos os vínculos do adotando com a família consanguínea cessam por completo, ressalvados os impedimentos matrimoniais. A adoção unilateral, contudo, ocorre quando o adotando é o filho do cônjuge ou companheiro do adotante. Assim, é possível que os filhos já existentes de uma pessoa sejam adotados por seu cônjuge ou companheiro, e neste caso, evidentemente, os vínculos do adotando com a família consanguínea são mantidos.

3 STJ, REsp 1448969/SC, 3ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 21/10/2014, DJe 03/11/2014.

A legislação pátria admite a adoção póstuma, desde que o adotante tenha manifestado a vontade de adotar de maneira inequívoca, porém tenha falecido no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Não se deve confundir essa modalidade de adoção com o reconhecimento póstumo de filiação socioafetiva, que possui outros requisitos muito distintos da adoção póstuma.

Na adoção *intuitu personae* existe um prévio acordo entre os pais do adotando e os adotantes, visando que estes adotem a criança. Inicialmente, essa modalidade de adoção parece ferir as regras legais do procedimento prévio à adoção, pois o art. 50, § 13, do ECA, prevê expressamente que somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente quando se tratar de pedido de adoção unilateral, ou quando for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade, ou, ainda, quando oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé. Parece-nos que a escolha dos pais quanto ao adotante deve ser ao menos considerada, desde que o adotante cumpra todos os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei.

A adoção à brasileira, por seu turno, é uma forma de adoção direta, naquela em que o “adotante” registra como seu filho de outrem. A prática é considerada crime (art. 242 do Código Penal), porém a depender de quando a realidade é descoberta, a desconstituição do vínculo se torna inviável em razão da formação de fortes vínculos afetivos entre o menor e o “adotante”. A questão é controvertida, pois, apesar de esse tipo de adoção – irregular – não ser, aparentemente, vista com maus olhos pela sociedade brasileira, trata-se de uma conduta criminosa, que foi tipificada como tal justamente para proteger os interesses das crianças.

### **Adoção conjunta por casais homoafetivos: aspectos legais e sociais sob o ponto de vista doutrinário**

O instituto da adoção sofreu profunda alteração através da história. Antes do Cristianismo, nenhum direito protetivo existia com proeminência em favor do menor. Só após o Cristianismo, com sua filosofia humanista, continuada pelas ideias e sentimentos decorrentes da Revolução Francesa, delineou-se a preocupação pelo cuidado tutelar de *les jeunes gens*. Na atualidade, toda a legislação, inclusive estrangeira,

referente ao menor, busca protegê-lo, sendo a adoção forma jurídica de constituição de filiação, de grande relevo para a consecução do propósito de integrar a criança ou o adolescente no seio de uma família, visando resguardá-los. Após um período em que a matéria foi tutelada tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente quanto pelo Código Civil, hoje, após a edição da Lei nº 12.010/2009, todo o regramento tocante à adoção de crianças e adolescentes concentra-se no ECA.

Há, no entanto, dispositivos legais constantes de outros diplomas que, direta ou indiretamente, interferem no regramento da adoção. O art. 1.565 do Código Civil, por exemplo, ao tratar da eficácia do casamento, faz referência explícita à diversidade de sexos, ao estatuir que pelo casamento “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”, enquanto o art. 1.723 do mesmo diploma enuncia que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

De tais dispositivos pode-se inferir que o casamento, assim como a união estável, só seria possível entre pessoas de sexos distintos, ou seja, homem e mulher. Assim, dir-se-ia que não se pode reconhecer união estável entre pessoas do mesmo sexo porque a união estável só existe entre homem e mulher, segundo as normas civis.

Justamente por isso estaria vedada a adoção por casais homoafetivos, uma vez que o art. 42, § 2º, do ECA estatui expressamente que “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Logo, se fosse adotada interpretação literal dos mencionados dispositivos, parece-nos que existiria disposição legal *contra* a adoção por casais homossexuais.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, ao julgar em conjunto a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme à constituição ao art. 1.723 do Código Civil, para a finalidade de excluir qualquer significado do referido dispositivo que pudesse impedir o reconhecimento como entidade familiar das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Dessa maneira, uma pá de cal foi colocada sobre o assunto - embora ainda haja decisões judiciais que desafiem a orientação da suprema corte. É evidente, no entanto, que, ao se negar validade e eficácia

jurídica à união estável, para efeitos de proteção do Estado, entre pessoas do mesmo sexo, estar-se-ia atentando contra o preceito fundamental da igualdade, insculpido nas cláusulas pétreas da Constituição Federal.

A proteção que o legislador dá à família obviamente não decorre da possibilidade de ela *gerar* descendentes. A entidade familiar recebe proteção do Estado não porque pode gerar filhos, mas, sim, porque se trata da célula-base da sociedade. Se o legislador realmente pretendesse proteger, como entidade familiar, aquela formada pelo casal heterossexual e seus descendentes, não teria criado duas outras entidades familiares que se baseiam no afeto entre seus membros: a união estável e a família monoparental.

A proteção estatal, pois, foi ao sentimento que une as pessoas em torno da menor célula social existente: a família. Nesse sentido, Ana Paula Ariston Barion Peres, citando Marie-Élisabeth Handman, diz: “Assim como o casamento pode estar dissociado da procriação, a parentalidade pode prescindir do ato de procriar.”<sup>4</sup> Dessa maneira:

[...] as entidades familiares que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade também têm proteção constitucional, sem hierarquização axiológica entre elas, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família, com fundamento nos princípios da concretização constitucional e da dignidade da pessoa humana.<sup>5</sup>

Advogando a tese da necessidade de mudanças legislativas com o escopo de levar a proteção jurídica a situações de fato que já não podem mais ser ignoradas, Fernanda de Almeida Brito, citando Basílio de Oliveira, diz que:

[...] a legislação, máxime a de família, deve acompanhar a evolução dos usos e dos costumes, as mudanças da mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, refletindo a nova realidade social, e atender aos anseios de grupos sociofamiliares, ainda que minoritários.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 14 (nota de rodapé n. 38).

<sup>5</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit., p. 30.

<sup>6</sup> BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 50.

Abordando o tema, que mais nos interessa neste estudo, a autora disserta sobre a possibilidade de um casal homossexual adotar uma criança:<sup>7</sup>

Não nos resta dúvida quanto a ser negativa a resposta. Em primeiro lugar porque a lei expressamente o veda; em segundo lugar porque um casal homossexual não é um bom referencial para o menor adotado. Esta visão não decorre de nenhuma impressão preconceituosa sobre a qualidade ou moralidade das relações sexuais que os adotantes manteriam; decorre sim da constatação de que a conduta sexual do adotante norteia o desenvolvimento da sexualidade do menor. A afirmativa de que a homossexualidade é uma opção, livremente manifesta por qualquer um, não pode ser levada em consideração, já que o adotante, quer no papel de pai se for homem, quer no papel de mãe se for mulher, com certeza influenciará e condicionará o comportamento do adotado.

No parágrafo seguinte, a mesma autora acrescenta que:

[...] no tocante à possibilidade jurídica de adoção de filho por uma única pessoa homossexual, entendemos não haver impedimento, quer seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, quer seja no Código Civil, visto que a capacidade de adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante.

Se a sexualidade do adotante nada tem a ver com a capacidade para adoção, como poderia influenciar a sexualidade do adotando? A mencionada autora, tratando da possibilidade de um homossexual, embora viva com um companheiro que também deseja a adoção, adotar uma criança individualmente, afirma que, “muito embora não haja nenhum impedimento legal, entendemos que essa adoção não deveria ser possível, pois o adotante teria um referencial desvirtuado do papel de pai e mãe”.

---

<sup>7</sup> BRITO, Fernanda de Almeida. Op. cit., p. 55.



Com a devida vênia, não se pode concordar com tal assertiva. Ora, como é possível admitir que a orientação sexual dos pais influencia necessariamente a dos filhos se, na maioria dos casos, os indivíduos homossexuais provêm, por óbvio, de famílias constituídas por casais heterossexuais? Ademais, o argumento de que a vedação da adoção de crianças por casais homossexuais não decorreria de preconceito, mas apenas seria melhor que uma criança não convivesse com pais homossexuais para que não corresse o risco de também vir a ser homossexual, não pode prevalecer. Impossível negar que não haja preconceito no fato de que, nessa hipótese, de antemão, já se rotula a homossexualidade como algo por si só depreciativo e indesejável. Se a lei não faz diferença entre heterossexuais e homossexuais na adoção singular, se tanto se reitera que inexistente preconceito quanto à orientação sexual do adotante, por que criar esse estigma de que uma criança vir a se tornar homossexual é algo completamente indesejado?

Conforme reafirma Ana Paula Peres:

[...] a criança se alimenta e se enriquece em função da qualidade do relacionamento dos seus pais. Nesse aspecto, adverte a sociedade para o perigo de se pressupor que a heterossexualidade dos pais representa por si só uma garantia mínima do bom desenvolvimento da criança e que, inversamente, a homossexualidade seja um indício de uma parentalidade perversa.<sup>8</sup>

É de se ressaltar que existem estudos científicos apontando para o caráter biológico, congênito da orientação sexual dos indivíduos. A homossexualidade era outrora encarada como doença, quando levava o nome de homossexualismo. A medicina, porém, deixou de considerá-la como uma patologia quando, em 1985, o Código Internacional de Doenças (CID) foi revisado.

Descartou-se, ainda, a possibilidade de se tratar de uma escolha do indivíduo. Alguns estudos vêm dando nova direção às causas da homossexualidade, que podem ter, de fato, origem genética. Um renomado neurologista norte-americano alega ter encontrado uma diferença considerável de tamanho entre os hipotálamos – que, se

<sup>8</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit., p. 137.

acredita, controlam o comportamento sexual – dos heterossexuais e dos homossexuais.<sup>9</sup>

Mister ressaltar, também, uma situação fática não difícil de ser verificada nas adoções por homossexuais. O homossexual A, que vive com o B, adota, singularmente, uma criança. Esta passará a conviver com os dois companheiros, os três indiscutivelmente integrando uma entidade familiar de fato. A legislação adicional, por sua vez, tem por finalidade máxima a proteção integral da criança, sempre resguardando o seu melhor interesse. Contudo, a situação fática vivida por essa criança, ao longo de seu desenvolvimento num seio familiar que contava com os dois companheiros homossexuais, será descartada pelo direito, pois o menor, apesar de viver como filho dos dois homossexuais, só terá direitos e deveres legais para com aquele que o adotou formalmente. Não nos parece que o direito, ao ignorar situações fáticas como essa, estaria realmente resguardando os melhores interesses da criança – antes pelo contrário.

Nesse sentido, entende Maria Berenice Dias que:

[...] permanece a resistência em conceder a adoção a um casal que mantenha união homoafetiva. As justificativas são muitas: problemas que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar, ausência de referenciais de ambos os sexos para o desenvolvimento do adotando, obstáculos na lei dos registros públicos, entre outros. Mas o motivo é um só: preconceito. É enorme a dificuldade em aceitar os pares de pessoas do mesmo sexo como família. Há a crença de que se trata de relacionamento isento de perfil de retidão e moralidade. Isso tem o nome de discriminação. A aparente intenção de proteger as crianças só as prejudica. Vivendo o infante em família homoafetiva e possuindo vínculo jurídico com somente um do par, resta absolutamente desamparado com relação ao outro, que também considera pai ou mãe. O não estabelecimento de uma vinculação obrigacional gera a absoluta irresponsabilidade de um dos genitores para com o filho que também é seu.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> SWIDEY, Neil. What makes people gay? *The Boston Globe*, 14 Aug. 2005. Disponível em: <[http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2005/08/14/what\\_makes\\_people\\_gay/](http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2005/08/14/what_makes_people_gay/)>. Acesso em: 28 jul. 2008.

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 397.

Assim, concordamos com Viviane Girardi quando diz que “as uniões homossexuais podem ser consideradas como uma modalidade de família se nelas estiverem presentes a afetividade, a solidariedade, a publicidade e a mútua assistência entre seus membros”.<sup>11</sup>

Nosso entendimento não poderia ser outro que não aquele que defende a ideia de que, de acordo com uma interpretação sistemática da Constituição Federal, todos os direitos garantidos pela lei aos casais heterossexuais devem ser estendidos também aos homossexuais, por assim determinarem os máximos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que não podem ser sobrepujados por regras – legais ou constitucionais – de hierarquia ou valoração inferior. Justamente por esse motivo é que consideramos haver amparo legal não apenas à possibilidade da existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo,<sup>12</sup> mas também à adoção conjunta por tais pessoas.

Vale apontar que, segundo as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, há 41.104 pretendentes à adoção no Cadastro Nacional da Adoção. Enquanto isso, há 8.018 crianças ou adolescentes cadastrados. Ou seja, há cinco vezes mais pessoas interessadas em adotar do que crianças e adolescentes aguardando colocação em família substituta.<sup>13</sup>

Contudo, embora tais dados pareçam um alento, uma análise mais detalhada das estatísticas torna a situação bem menos satisfatória: 88,34% dos pretendentes à adoção somente aceitam crianças com até 6 anos de idade, sendo que estas somam apenas 26,04% dos menores aguardando colocação em família substituta. Os adolescentes (de 12 a 18 anos incompletos) perfazem 46,11% do total de menores, sendo que, no entanto, os adotantes que aceitam receber adolescentes desta faixa etária perfazem apenas 0,82% do total - o que significa, para fins estatísticos, que, no cenário atual, quase metade dos menores

<sup>11</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto*: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 159.

<sup>12</sup> “Apelação cível – União homoafetiva – Reconhecimento – Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo (segredo de justiça)” (TJRS, 7ª Câmara Cível, Ap. Cível. 70012836755, rel. Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

<sup>13</sup> Dados disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>, acesso em: 20 set. 2017.

aguardando colocação em família substituta possuem chances diminuídas de serem adotados.

Portanto, é perceptível que o número de pretendentes à adoção seja, hoje, muito maior que o de menores aguardando colocação em família substituta, as restrições dos adotantes acabam por inviabilizar a adoção da maior parte dos menores. São, pois, salutares as medidas que permitem a ampliação da quantidade de pretendentes à adoção, o que significa, ao menos em termos estatísticos, um acréscimo nas chances de muitos menores em serem recebidos no seio de uma família.

Duas dessas medidas são a) a facilitação da adoção por estrangeiros, que, via de regra, possuem menos restrições quanto à idade dos adotandos - justamente porque o processo de adoção internacional apresenta diversos complicadores, que acabam por filtrar positivamente os estrangeiros que recorrem a essa modalidade de adoção -; e b) a possibilidade de adoção por casais homossexuais, que, via de regra, necessitam recorrer à adoção para que tenham filhos (ressalvadas as hipóteses de fecundação artificial ou a gravidez por substituição - a chamada "barriga de aluguel").

Ainda do ponto de vista normativo, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5860/2016, de autoria do Deputado Augusto Coutinho, que busca agilizar os processos de destituição do poder familiar e adoção de crianças e adolescentes. A proposição legislativa busca inserir modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente com o objetivo de reduzir prazos e estabelecer procedimentos específicos de citação e oitiva de testemunhas, visando, assim, diminuir, onde possível, a burocracia atualmente existente nos procedimentos relativos à adoção.

Verifica-se, portanto, que tem havido avanços legislativos no sentido de se emprestar maior efetividade ao direito fundamental do convívio familiar dos menores que se encontram aguardando colocação em família substituta.

### **Adoção conjunta por casais homoafetivos: aspectos legais e sociais sob o ponto de vista jurisprudencial**

Se por um lado o Poder Legislativo encontra maiores dificuldades em modificar a legislação pertinente à matéria da adoção para albergar expressamente - ou ao menos retirar as restrições implícitas - a adoção por casais homossexuais, o Poder Judiciário adiantou-se.

Um caso em que tive a oportunidade de atuar, na Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>14</sup>, versava sobre a inscrição de um casal homoafetivo no cadastro de adotantes, à época a cargo da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional – CEJAI. Embora com pareceres favoráveis tanto da equipe interprofissional quanto do Ministério Público, o magistrado decidiu pelo indeferimento da inscrição, sob a alegação de que somente poderiam adotar em conjunto pessoas casadas ou em união estável. Ocorre que, naquele caso específico, as pretendentes *eram* casadas – com certidão de casamento juntada aos autos. A decisão evidentemente foi revertida, pois todos os requisitos objetivos e subjetivos haviam sido satisfeitos, e a decisão de primeira instância baseara-se numa visão pessoal do magistrado – que, embora respeitável, era digna de reversão pelo Tribunal, como acabou ocorrendo.

O Superior Tribunal de Justiça vem, já há algum tempo, reiteradamente admitindo a adoção por casais homoafetivos, afastando a interpretação literal da lei vigente, e enfatizando a necessidade de observância dos critérios subjetivos e objetivos elencados na legislação adocional.

No caso do REsp 889.852/RS, o STJ entendeu que:

[...] se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade [...],

e que, naquele caso concreto:

[...] por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que

<sup>14</sup> ApCiv 3003298-22.2013.8.26.0477.

reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida<sup>15</sup>.

Noutro precedente, a Ministra Nancy Andrighi ponderou que:

[...] a plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Brito), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável [...],

consignando expressamente que:

[...] se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

Em seu voto a Ministra ressaltou que:

[...] a confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas

<sup>15</sup> STJ, REsp 889.852/RS, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010, DJe 10/08/2010.

por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral<sup>16</sup>.

Em decisão mais recente, de setembro de 2017, porém ainda provisória, o mesmo STJ houve por bem manter a guarda de bebê com um casal homoafetivo que encontrou o infante em uma caixa de papelão. No *habeas corpus* relatado pelo Ministro Villas Bôas Cueva apontou-se que:

[...] o menor foi recebido em ambiente familiar amoroso e acolhedor, quando então recém-nascido, não havendo riscos físicos ou psíquicos neste período, quando se solidificaram laços afetivos, até mesmo porque é cediço que desde muito pequenas as crianças já reconhecem as pessoas com as quais convivem diariamente [...],

e que:

[...] admitir-se a busca e apreensão de criança, transferindo-a a uma instituição social como o abrigo, sem necessidade alguma, até que se decida em juízo sobre a validade do ato jurídico da adoção, em prejuízo do bem-estar físico e psíquico do infante, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade, exatamente na fase em que se encontra mais vulnerável, não encontra amparo em nenhum princípio ou regra de nosso ordenamento<sup>17</sup>.

Digna de menção, também, a decisão de primeira instância proferida em processo que tramitou na comarca de Assis, SP, em que um casal homoafetivo ingressou com ação de destituição do poder familiar cumulada com adoção. Na sentença de procedência o magistrado ponderou que:

[...] em que pese a sugestão apresentada por uma interpretação meramente literal do texto constitucional, a heterodoxia dos poros constitucionais parece encampar, como de fato encampou, a possibilidade de que uma família formada por pessoas

<sup>16</sup> STJ, REsp 1.281.093/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/12/2012, *DJe* 04/02/2013.

<sup>17</sup> Notícia disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-mant%C3%A9m-com-casal-homoafetivo-guarda-de-beb%C3%AA-encontrado-em-caixa-de-papel%C3%A3o](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-mant%C3%A9m-com-casal-homoafetivo-guarda-de-beb%C3%AA-encontrado-em-caixa-de-papel%C3%A3o)>, acesso em: 20 set. 2017.

do mesmo sexo receba proteção jurídica idêntica àquelas modalidades consideradas tradicionais [...],

e que:

[...] a possibilidade da adoção por casais homoafetivos parece ser colorário lógico do reconhecimento da união estável, conforme estabelece o art. 1.724 do Código Civil, encontrando esteio, como “ultima ratio”, no postulado da dignidade da pessoa humana, “ex vi” do art. 1º, III, da Constituição da República.

Dessa maneira, em razão da inexistência de previsão legislativa específica, e da possibilidade de violação dos direitos e garantias fundamentais decorrente de interpretação meramente literal dos dispositivos legais, o Poder Judiciário – inicialmente nas instâncias inferiores, culminando com o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal –, muitas vezes utilizando-se dos fundamentos lançados pela doutrina, antecipou-se ao legislador, para garantir a observância dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

É de se frisar que tal antecipação não viola o princípio da separação dos poderes, pois o Judiciário, ao reconhecer o direito de casais homoafetivos de adotarem em conjunto, não está inovando a legislação existente, mas, sim, aplicando as normas existentes de forma equânime, sem diferenciar aqueles que se encontram em situação idêntica.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf aponta que:

[...] uma vez que bem ajustados os papéis de gênero não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade da criança, pois sob o prisma da orientação afetivo-sexual os referenciais masculino e feminino (pai/mãe) são “representações simbólico-comportamentais de gênero”, que não se exaurem no corpo físico da família, mas se veem influenciadas pelo relacionamento social com amigos, parentes ou mesmo com terceira pessoa próxima do lar familiar que integram o seu cotidiano<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-31012011-154418. Acesso em: 18 set. 2017.



Insta ressaltar que, como em *qualquer* caso de adoção, os adotantes – individualmente ou em conjunto – deverão comprovar o cumprimento dos requisitos objetivos, sendo que ao magistrado caberá, auxiliado por uma equipe interprofissional, apreciar a oportunidade e a admissibilidade da outorga da adoção em favor de qualquer pessoa ou casal, após a aferição dos critérios subjetivos.

Apenas se a adoção for constituir real benefício ao adotando é que ela deve ser efetivada, dado o princípio da proteção à criança e ao adolescente. Fato é que, especialmente nos nossos tempos, o direito, e principalmente aqueles que o aplicam, transportando-o do mundo das ideias para a realidade do dia a dia, não pode se quedar inerte ante as ocorrências que clamam por sua intervenção.

É imprescindível, contudo, que o Poder Judiciário não sirva, em hipótese alguma, de palanque para discursos ideológicos que, em que inexistente o preconceito, o Magistrado decida por pressão de grupos organizados que se pautam não pelo interesse dos menores, mas por agendas políticas. É dizer, assim como de forma alguma pode ser vedado discriminar os homossexuais por sua orientação sexual, da mesma forma não se lhes deve estender benefícios em função do mesmo motivo, sob o pretexto – ostensivo ou não – de se compensar inegáveis situações de real preconceito.

Tal questão assume relevo especialmente nos dias atuais, em que a chamada “ditadura do politicamente correto”, que há tempos governa a sociedade ocidental, exerce um papel importante no alargamento do lamentável abismo entre os diferentes, por meio da sagaz – porém cruel – imposição de uma cultura de autocensura, em que os dissonantes são, via de regra, compelidos a se silenciar, pois ao primeiro sinal de discordância da opinião prevalente nos circuitos intelectuais – notadamente os acadêmicos e midiáticos – a militância, que é muito organizada, apressa-se em tachar tais vozes divergentes de autoritárias, intolerantes, retrógradas, e, como vem ocorrendo atualmente, de fascistas ou nazistas.

Dessa maneira, o Poder Judiciário deve ater-se exclusivamente à Lei e à Justiça. Se um casal homoafetivo pretender a adoção de uma criança, e por qualquer razão esta adoção pudesse ser indeferida independente da orientação sexual dos postulantes, ela **deve** ser indeferida, ainda que haja uma miríade de manifestações de cunho político-ideológico alegando que a decisão foi discriminatória. Estando presentes, contudo, os requisitos objetivos e subjetivos, a adoção **deve** ser deferida, independente da orientação sexual dos postulantes. A lógica de tais afirmações, em função do acirramento entre posições ideológicas contras-

tantes, nem sempre fica autoevidente, pois não raro questões completamente dissociadas das divergências ideológicas são gravemente atingidas pelo embate que nada lhes diz respeito, e a adoção é uma delas.

Assim como os critérios não podem ser mais severos para os postulantes homossexuais, também não podem ser mais permissivos, pois o que importa, primordialmente, é o bem-estar das crianças ou adolescentes que serão adotados, e este espírito protecionista só se garante com um processo severo – porém não excessivamente burocrático – de avaliação dos postulantes à adoção. Tal processo, comandado com rigor pelo Poder Judiciário, visa única e exclusivamente facilitar que aquelas crianças e aqueles adolescentes, que nunca tiveram, ou deixaram de ter uma família com quem possa dividir um lar, possam efetivamente gozar de tal direito fundamental.

### Considerações finais

Muito se discutiu, nos últimos anos, sobre a possibilidade de se deferir a adoção de crianças a pessoas homossexuais. Nenhum dispositivo há, nem havia, na legislação pertinente (Constituição Federal, ECA e Código Civil), que impedisse a adoção por homossexuais, e nem poderia ser diferente: a Constituição veda “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Afinal o *caput* do art. 5º da Carta Magna expressamente determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Dessa maneira, negar a adoção de menores com base na orientação sexual dos adotantes, tão somente, equivaleria a proceder a uma distinção que a própria Carta Magna veda terminantemente.

A questão foi sepultada definitivamente pela jurisprudência e pela doutrina, com escólio nas normas positivas, no sentido de se afastar qualquer possibilidade de se considerar a orientação sexual do adotante como critério, objetivo ou subjetivo, para o deferimento da adoção. Observados os requisitos constantes na legislação adocional – ou seja, se a adoção apresentar reais vantagens para o adotando (art. 1.625, CC) e se fundamentar em motivos legítimos (art. 43, ECA), e ainda se o adotante for compatível com a natureza da medida e oferecer ambiente familiar adequado (art. 29, ECA), nenhum óbice remanesce.

Num segundo momento, num passado mais recente, surgiu uma questão muito mais polêmica, qual seja: a possibilidade da adoção por um casal de pessoas do mesmo sexo.

O princípio da igualdade, substrato fundamental de qualquer ordenamento jurídico democrático, possui, por esta exata razão, uma posição fundamental na construção das sociedades modernas. A igualdade, por si, é um dos sustentáculos das garantias e dos direitos fundamentais, e, por isso mesmo, não pode ser negociado, tratando-se de verdadeiro imperativo categórico.

Parece, assim, assistir razão à autora Viviane Girardi, quando afirma que “as uniões homossexuais podem ser consideradas como uma modalidade de família se nelas estiverem presentes a afetividade, a solidariedade, a publicidade e a mútua assistência entre seus membros”.<sup>19</sup>

Isso porque, com base em uma interpretação sistemática da Constituição Federal, todos os direitos garantidos pela lei aos casais heterossexuais devem ser estendidos também aos homossexuais, por assim determinarem os máximos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que não podem ser sobrepujados por regras – legais ou constitucionais – de hierarquia ou valoração inferior. Justamente por esse motivo é que consideramos haver amparo legal não apenas à possibilidade da existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo,<sup>20</sup> mas também à adoção conjunta.

O elemento realmente determinante para a formação do vínculo familiar não é jurídico, embora o Direito lhe empreste este caráter, mas social: o afeto. Assim é que, não raro, situações em que crianças eram acolhidas desde tenra idade no seio de uma família, porém sem que houvesse a formalização desta “adoção de fato”, vêm sendo reconhecidas formalmente pelo Poder Judiciário, inclusive para fins sucessórios. A chamada “filiação socioafetiva” foi desenvolvida não pela legislação, mas pela doutrina e pela jurisprudência, que se manifestaram de forma a buscar soluções para uma situação existente na vida real que, contudo, não encontrava tutela legal no nosso ordenamento jurídico.

<sup>19</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto*: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. p. 159.

<sup>20</sup> “Apelação cível – União homoafetiva – Reconhecimento – Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo (segredo de justiça)” (TJRS, 7ª Câmara, Ap. Cív. 70012836755, rel. Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

Não se trata de transformar um costume em norma cogente não escrita, mas, sim, de garantir a uma situação de fato *alguma* tutela jurisdicional independente de haver previsão legal que a albergue. Isso porque a sociedade – mormente nos dias de hoje – passa por transformações muito mais rápidas do que o legislador é capaz de acompanhar. A adoção por casais homoafetivos é uma dessas situações, sendo absolutamente necessário que as situações de fato sejam tratadas com a máxima celeridade possível, mormente quando se cuida de direito tão elementar e fundamental como é o convívio familiar e social das crianças e adolescentes.

## Referências

BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-31012011-154418. Acesso em: 18 set. 2017.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente – comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção – regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência e anulação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SWIDEY, Neil. What makes people gay? *The Boston Globe*, 14 Aug. 2005. Disponível em: <[http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2005/08/14/what\\_makes\\_people\\_gay/](http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2005/08/14/what_makes_people_gay/)>. Acesso em: 18 set. 2017.



# Aspectos da fertilização assistida

*Erik Frederico Gramstrup*<sup>1</sup>  
Juiz federal

*Augusto Martinez Perez Filho*<sup>2</sup>  
Advogado

**Sumário:** Introdução. Bioética e Biodireito. Problemas no contexto da reprodução assistida. *Status* do embrião: embriões criopreservados como um complicador ético-jurídico adicional. Técnicas de reprodução assistida e a lei civil. Reprodução assistida na Resolução nº 2.121, do Conselho Federal de Medicina. Fertilização artificial *post mortem*. Gestação em útero alheio (*barriga de aluguel*). Responsabilidade médica na reprodução assistida. Conclusão.

## Introdução

O crescimento exponencial na utilização de técnicas de reprodução assistida – apenas no ano de 2015, mais de 35 mil procedimentos foram realizados, segundo o último relatório publicado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA<sup>3</sup> – tem impulsionado a comunidade jurídica a revisar conceitos tradicionalmente utilizados para outras espécies de bens da vida, de modo a proporcionar adequada proteção dos interesses das partes envolvidas nestes procedimentos de alta relevância emocional e profundo impacto ético.

Nesse contexto, há princípios que devem nortear a atividade de todos os atores envolvidos. Os limites éticos devem estar bem

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP.

<sup>2</sup> Masters of Laws - LLM, pela Brigham Young University (EUA); Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP; Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP.

<sup>3</sup> 9º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (cf. <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/9%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es++SisEmbrio/94d6467b-0a32-4277-8933-36c701900314>>, acesso em: 16 set. 2017).

delimitados e a responsabilização pelos eventuais desvios ou imperfeições na prestação dos serviços, devidamente caracterizada. Por outro lado, há muito espaço para discussão no que diz respeito ao direito à intimidade, o direito ao conhecimento da origem biológica, sucessão em casos de divórcio ou monoparentalidade; a possibilidade de utilização da técnica após a morte de uma das partes envolvidas; se o melhor é prestigiar a autorregulação do assunto ou editar leis que logo sofrerão de obsolescência.

O propósito deste trabalho foi refletir sobre alguns dos diversos aspectos éticos e jurídicos que permeiam a reprodução assistida. Para tanto, haverá incursão no campo do chamado Biodireito, a partir dos princípios e conceitos relacionados ao objeto de reflexão, seguida por alguns comentários acerca da normativa vigente e de aspectos sobre a responsabilidade médica.

### **Bioética e Biodireito**

Tem-se como Bioética o ramo da filosofia moral que estuda as consequências morais e sociais das técnicas surgidas com avanço das ciências biológicas e suas aplicações. Alternativamente, pode-se definir como o “estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e do cuidado da saúde, quando esta conduta se examina à luz dos valores e dos princípios morais”.<sup>4</sup> O interesse pela bioética tornou-se intenso nos Estados Unidos da América nos anos 1980 e, na Europa, na década de 1990, espalhando-se então para os países em desenvolvimento.

Antes de mais dada, deve-se lembrar que a matéria está submetida, com especial intensidade, ao princípio da dignidade humana, contido no texto constitucional<sup>5</sup>, e cujo alcance é:

[...] apontado pela doutrina como fonte primordial de todo o ordenamento jurídico, e, sobretudo, dos direitos e garantias fundamentais do homem, este princípio fundamental exige que o indivíduo seja tratado como um fim em si mesmo, que seja encarado como a razão de ser do próprio ordenamento,

<sup>4</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios da bioética e do biodireito*. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../principios\\_da\\_bioetica\\_e\\_do\\_biodireito.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../principios_da_bioetica_e_do_biodireito.pdf)>. Acesso em: 1 set. 2017.

<sup>5</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”

impondo não só ao Estado, como também aos particulares, que o respeitem integralmente, evitando qualquer conduta que degrade sua condição humana. [...] Na excelente lição de Leo Van Holthe, “a proteção da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado”. Logo em seguida afirma que, em razão deste princípio, “o ser humano jamais poderá ser tratado como ‘coisa’, objeto ou mero instrumento, de forma a negar sua condição humana”.<sup>6</sup>

Nesse sentido, deve ser garantido às partes e ao embrião todo cuidado inerente à própria condição humana, estabelecendo-se limites bem definidos, capazes de outorgar a segurança jurídica necessária aos experimentos, aplicações e diagnósticos realizados pelos profissionais da saúde. O Direito há de unir-se à Ética, pois respeitar o ser humano em sua integridade significa também lhe conferir adequada proteção à sua identidade genética.

Entre os princípios da bioética, sempre são lembrados os da beneficência, da autonomia e da justiça. Beneficência significa que os avanços da biotecnologia devem ser empregados para o bem do ser humano e nunca o contrário. De outro modo, pode ser definido como o princípio que apregoa a maximização dos benefícios e a minimização dos danos e prejuízos, quando inevitáveis. Autonomia refere-se ao paciente do emprego dessas técnicas; ele deve ser livre para dar a palavra final sobre sua adesão, como alvo de terapia ou de experimentação – é dizer, seu consentimento livre e informado é sempre exigível. Como extensão do princípio da autonomia, deve-se considerar com respeito as peculiaridades das pessoas que tenham autonomia reduzida. Finalmente, o princípio da justiça implica em que os benefícios da biotecnologia devem ser distribuídos de modo equânime e não se limitar a uma pequena elite.

A Bioética é uma disciplina interdisciplinar, alimentando-se das informações de diversas especialidades, mas sua coerência final é dada pela análise de padrão filosófico. Nesse sentido:

<sup>6</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 141.



[...] Identificar a bioética exclusivamente com o filosófico, sem mencionar as contribuições de outras disciplinas é inadequado. A filosofia por si não é suficiente para alimentar este discurso. O que mantém a bioética viva é o diálogo constante entre âmbitos diferentes. Mas a diversidade de perspectivas e sua interação, assim como o fato de que são muitos os interesses em jogo nesse tipo de discurso, instauram uma série de problemas que requerem a articulação cuidadosa e a atitude crítica e autocrítica típicas do enfoque filosófico. A interação entre as diferentes perspectivas sem a contribuição desse enfoque pode levar a um discurso sem rumo ou a um que, por atender às demandas de diversos grupos de pessoas termina justificando valores pressupostos e legitimando o *status quo*.<sup>7</sup>

Paralelamente à Bioética, matéria, como vimos, do ramo das ciências morais, surgiu o Biodireito, integrado pelos fatos (os avanços científicos a que fizemos referência), valores (estudados pela própria Bioética) e normas, conquanto esparsas. O Biodireito é, portanto, um dos ramos jurídicos mais recentes, destinado à regulação e sanção de condutas relacionadas com o emprego da biotecnologia. Como é costumeiro em se tratando de ramo novel, a disciplina legal dessa matéria não é sistemática e muito menos codificada. Muitas das normas de interesse sequer estão em leis em sentido formal, mas em regulamentos expedidos por órgãos de classe ou agências reguladoras do segmento. Encontram-se também princípios e regras em tratados internacionais, havendo relativamente poucas normas veiculadas por atos do Legislativo. Em suma, o Biodireito é integrado pelos fatos, valores e normas, reguladores da conduta humana face aos avanços da biotecnologia e da medicina.

Sobre as relações entre Bioética e Biodireito, vale citar:

O Direito e a bioética são sistemas sociais e comunicativos intrinsecamente diferentes. Cada qual constrói uma realidade social própria, comunica normas distintas e preenche função social diferente. Cada qual tem diferentes objetivos, métodos e epistemologias. Cada qual identifica e emprega conhecimento, presunções, valores e ônus da prova

<sup>7</sup> LUNA, Florencia. *Ensayos de bioetica – reflexiones desde el Sur*. México: Fontamara, 2001. p. 26.

de modos distintos, embora sejam profundamente interdependentes. Um acadêmico as caracterizou como “companheiros de leito estranhos”.<sup>8</sup>

Em síntese, se a Bioética pode ser compreendida como uma porção da filosofia que se preocupa com as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas, no âmbito jurídico, caberá ao Biodireito, como ramo do direito que se associa à bioética, a regulação dos avanços tecnológicos relacionados à medicina e à biotecnologia.

Integrado no Biodireito encontra-se o setor que nos interessa, o da reprodução assistida. Esse designativo abrange o conjunto de técnicas destinadas a auxiliar os que não podem procriar naturalmente, seja porque inférteis (incapacidade reprodutiva nata ou decorrente de doença), seja porque esterilizados (em decorrência de cirurgia ou de processo químico). A infertilidade é definida, em termos médicos, como incapacidade de conceber após certo tempo de intercurso – sendo ele de dois anos, em se tratando de casais jovens, ou menor, de seis meses, no caso de mulheres com mais de 35 anos. A fecundação artificial, por sua vez, é gênero de qual são espécies a inseminação artificial e a inseminação *in vitro*. É claro que o Biodireito não se limita a regular a reprodução assistida, sendo este apenas o recorte que nos ocupa para os fins deste texto.

Definido o objeto deste trabalho, resta evidente sua importância teórica e prática. A incapacidade reprodutiva decorrente de infertilidade ou de esterilização aflige um número não desprezível de pessoas (costuma-se mencionar 10 a 15% dos casais), que terão como opções para o projeto parental a adoção – ou a parentalidade socioafetiva – e a reprodução assistida, caso desejem o vínculo biológico com seus filhos. Mencionemos também, para além daquela estatística, as pessoas solteiras e os parceiros em uniões homoafetivas, estas equiparadas juridicamente às uniões tradicionais, de modo que não será pequeno o número de pessoas que recorrerão às técnicas de reprodução assistida. De fato, é reconhecido um direito fundamental de procriar, ligado ao planejamento familiar objeto de nossa Constituição, que se projeta não apenas para os estéreis, como também para os homossexuais e para as pessoas solteiras.

<sup>8</sup> SPIELMAN, Bethany J. *Bioethics in law*. Totowa: Humana Press, 2007. p. 1-2. Tradução livre: “Law and bioethics are inherently different social and communicative systems. Each constructs a social reality of its own, communicates distinctive norms, and fills a different social function. Each has different goals, methods, and epistemologies. Each identifies and uses expertise, presumptions, values, and burdens of proof in distinctive ways,<sup>3</sup> yet they are deeply dependent on each other. One scholar has characterized them as ‘strange bed fellows’.”

## Problemas no contexto da reprodução assistida

Como foi dito, reconhece-se a todos um direito fundamental de procriar, que também pode ser visto como um princípio<sup>9</sup>. Esse direito (e o respectivo princípio) estende-se às pessoas impossibilitadas, de qualquer das formas e razões já mencionadas, de procriar naturalmente. Como todo princípio, deve ser aplicado com ponderação, atento à razoabilidade e proporcionalidade. A ponderação tem em vista, evidentemente, outros princípios, quais sejam, o do melhor interesse da criança e o princípio da paternidade responsável. Eventual colisão – e a necessidade de o operador do direito exercer a operação intelectual da ponderação para resolvê-la – poderá dar-se entre o primeiro (direito a procriar) e estes dois últimos. Este, o aspecto jurídico de fundo da questão. Vejamos agora as pessoas envolvidas e os fatores que aglutinam e exacerbam tensões.

Os envolvidos na reprodução assistida, focando pelo lado subjetivo da questão, são o doador de material genético, a receptora, o embrião formado com aquele material, o profissional médico e o estabelecimento. Normalmente, são esses os personagens de eventuais conflitos envolvendo reprodução assistida.

Acrescente-se a esse cenário alguns complicadores. São eles: a) a complexidade das formas contemporâneas de perfilhação, que envolvem, além de fatores biológicos, a socioafetividade; b) o direito ao anonimato do doador de material genético, que pode entrar em conflito com o direito – do descendente biológico – à determinação da identidade genética; c) a possível contratação da gestação por outrem (vulgarmente, a “barriga de aluguel”); e d) as discussões envolvendo o *status* ético e jurídico dos embriões humanos. Esses complicadores fornecem o pano de fundo das situações a serem reguladas pelo Direito e enfrentadas por seus operadores.

### **Status do embrião: embriões criopreservados como um complicador ético-jurídico adicional**

O momento em que a vida se inicia e o sujeito passa a ser titular de direitos – o que lhe confere a respectiva proteção estatal, de modo

---

<sup>9</sup> Art. 226, § 7º da Constituição Federal: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

a garanti-los – pode ser explicado por intermédio de algumas teorias: a teoria da concepção, a teoria da personalidade condicional, a teoria da nidação, a teoria da formação dos rudimentos e a teoria natalista.

Para a teoria da concepção, também conhecida como teoria da fecundação, a vida tem início no momento da penetração do espermatozoide no óvulo feminino, dando, no exato momento, o início de nova vida. A teoria da personalidade condicional estabelece que há vida desde a concepção, mas o nascituro só tem personalidade após o nascimento com vida. Já a teoria da nidação – também denominada nidista ou nidológica – aduz que o óvulo fecundado se desloca até o útero materno para se aninhar e permanece ali até o nascimento. A vida existiria a partir do 14º dia a partir da fecundação, ou seja, no momento em que o óvulo é fixado na parede do útero. A teoria da formação dos rudimentos pugna pelo início da vida a partir de duas semanas da fecundação, período em que surgem os órgãos e desenvolve-se o sistema nervoso. Finalmente, a teoria natalista estabelece que a vida se inicia no exato momento do parto, desde que o nascituro respire, ainda que posteriormente venha a falecer. Também independe da interrupção do cordão umbilical.

A doutrina divide-se em relação a qual das teorias foi adotada pelo Código Civil brasileiro, ao prever, em seu art. 2º, que: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O texto é propositadamente ambíguo, mas não acreditamos que isso seja tão importante. Em todo caso, para a corrente majoritária, a teoria adotada foi a concepcionista, como ilustra o seguinte precedente:

O art. 2º do CC, ao afirmar que a “personalidade civil da pessoa começa com o nascimento”, logicamente abraça uma premissa insofismável: a de que “personalidade civil” e “pessoa” não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Conclui-se, dessa maneira, que, antes disso, embora não se possa falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria qualquer sentido lógico na fórmula “a personalidade civil da pessoa

começa”, se ambas – pessoa e personalidade civil – tivessem como começo o mesmo acontecimento. Com efeito, quando a lei pretendeu estabelecer a “existência da pessoa”, o fez expressamente. É o caso do art. 6º do CC, o qual afirma que a “existência da pessoa natural termina com a morte”, e do art. 45, *caput*, da mesma lei, segundo o qual “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”. Essa circunstância torna eloquente o silêncio da lei quanto à “existência da pessoa natural”. Se, por um lado, não há uma afirmação expressa sobre quando ela se inicia, por outro lado, não se pode considerá-la iniciada tão somente com o nascimento com vida. Ademais, do direito penal é que a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia. É que o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida”. Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea. REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014.<sup>10</sup>

O conceito de embrião, por sua vez, pode ser explicado como estágio inicial de desenvolvimento do ser humano, com duração aproximada de oito semanas. Origina-se do embrioblasto, estrutura multicelular que, em conjunto com o trofoblasto (que é camada externa de células) e a blastocele formam o blastocisto (segundo estado de desenvolvimento do embrião), e que será fixado no útero materno. A partir deste momento, menciona-se a existência do feto. Essas designações,

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acesso em: 21 set. 2017.

no entanto, não devem nos enganar: justificáveis tecnicamente, elas não resolvem por si o complicado problema ético de atribuição de valor e dignidade ao nascituro<sup>11</sup>.

Ao se adotar a teoria concepcionista, o ordenamento pátrio – ao menos alguns Tribunais e a maior parte da Academia – parece apontar para a proteção da vida a partir do momento em que se verifica a fecundação do óvulo, com a respectiva formação embrionária. Isto torna mais importante a definição de regras objetivas e claras a respeito da reprodução assistida, uma vez que estará, por conta do acima exposto, tratando com o bem maior da vida.

Mencionaremos como complicador adicional a necessidade de criopreservação de embriões humanos gerados por técnicas de reprodução assistida. O contrato de prestação de serviços à pessoa com incapacidade de gerar será, portanto, acompanhado de avença acessória de criopreservação de embriões. Será necessário, também, perquirir acerca do destino desses embriões quando excedentes ou supranumerários (ou, como se costuma dizer, “excedentários”).

Há várias possibilidades a cogitar: a implantação; a adoção; o descarte e a disposição para pesquisa. Naturalmente, do ponto de vista ético, essas alternativas não são equivalentes. Por implantação queremos dizer a que se proceda no corpo da mãe biológica, o que, automaticamente, faria com que o embrião deixasse de ser “excedentário”. Da adoção (por terceiros), a legislação não trata. Há constrangedor silêncio legal, mas pode-se cogitar de que seria possível com o consentimento dos pais biológicos e por via de sentença judicial. O descarte de embriões é moralmente muito problemático. Segundo a norma do Conselho Federal de Medicina, pode-se descartar embriões criopreservados há cinco anos, por manifestação de vontade do paciente<sup>12</sup>. Da disposição para fins de pesquisa – também um aspecto torturante, do ponto de vista moral – a lei de biossegurança tratou em seu art. 5º<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Há quem prefira as designações: pré-embrião, embrião e feto. Reiteramos a respeito nossa observação que elas não devem nos enganar quanto ao aspecto filosófico e ético.

<sup>12</sup> Item V, n. 04, da Resolução CFM n. 2.121/2015: “Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes.”

<sup>13</sup> Importante trecho da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar – por maioria – improcedente a ADIN n. 3510/DF, repisando a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. “A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião “in vitro”, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira

É possível a utilização de células-tronco embrionárias (o que implicará em destruição do embrião), para fins de pesquisa e terapia, quando sejam inviáveis ou, com permissão dos genitores, a hipótese do inc. II do art. 5º: “sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”<sup>14</sup>.

Menciona-se por vezes a “doação” de embriões. Mas eles não são coisas. Então seria melhor falar em atos de disposição de embriões. Tal hipótese, porém, é redundante, porque o ato de disposição só poderia ser o descarte autorizado, a cessão para fins de pesquisa e terapia (obedecidas as restrições legais) e a permissão de adoção por terceiros. Apesar disso, a resolução pertinente do Conselho Federal de Medicina menciona a “doação” de embriões, como um dos destinos acerca dos quais os pacientes devem deliberar, por escrito, no momento da criopreservação<sup>15</sup>.

Quanto às perplexidades dos juristas acerca do *status* dos embriões extrauterinos (pois nossa legislação não se ocupava deles antes da lacônica lei de biossegurança<sup>16</sup>), estão bem resumidas no seguinte excerto:

Seja como for, como apontado na análise do início da vida (item acima), podemos resumir a situação da seguinte forma: a concepção pode ser realizada dentro ou fora do útero. Para o embrião introduzido no útero materno (nascituro), não há dúvidas a respeito de sua tutela dentro das normas atuais do

---

comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.” Cf. em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordaos>>, acesso em: 22 set. 2017.

<sup>14</sup> Lei n. 11.105/2005.

<sup>15</sup> Item V, n. 03, da Resolução CFM n. 2.121/2015: “No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.”

<sup>16</sup> A Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) regulou o artigo 225 da Constituição Federal, estabelecendo normas de segurança e fiscalização das atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, inclusive em relação às células-tronco embrionárias. Nela consta que é permitida a pesquisa e terapia utilizando-se de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento.

Código Civil, inclusive sendo detentor de personalidade jurídica, na medida em que o marco inicial do nosso sistema é a concepção. No entanto, em relação ao embrião fertilizado fora do útero materno, existe uma lacuna jurídica ainda sem resposta no ordenamento pátrio.

Não seria o caso de atribuir-lhe personalidade jurídica, não sendo merecedor da atribuição da categoria de pessoa, por falta de um tratamento legal adequado que regulamente a matéria. Por outro lado, também se revela inaplicável o marco da concepção (art. 2º do CC/2002) como fundamento para considerá-lo sujeito de direito, pois o referendo dispositivo foi introduzido quando a fertilização *in vitro* não era sequer debatida nos meios acadêmicos. Conclui-se, assim, que o embrião é vida humana em formação que ainda não adquiriu personalidade jurídica; esta, aliás, será alcançada com sua introdução do embrião no útero materno.<sup>17</sup>

Essas ponderações, ademais, prendem-se ao plano do legislado e por esta razão qualificam a personalidade como *jurídica*. Elas não resolvem as agoniantes dúvidas éticas e filosóficas a propósito do status do embrião, seja ele implantado (nascituro) ou extrauterino.

### Técnicas de reprodução assistida e a lei civil

As técnicas da reprodução assistida podem ser divididas entre técnicas que se aperfeiçoam no corpo feminino e as que se operam fora dele. Destacam-se entre as primeiras (no corpo): a inseminação intrauterina e a transferência intratubária de gametas (GIFT, na sigla inglesa). Entre as segundas (fora do corpo), destacamos a fertilização *in vitro* (FIV) e, no caso de baixo número de gametas masculinos, a injeção intracitoplasmática (ICSI).

Essas diversas técnicas de reprodução assistida apresentam diferentes níveis de complexidade. A mais conhecida é a inseminação artificial, consistente na separação do melhor espermatozoide e sua introdução no útero da mulher, durante o período de ovulação, geralmente utilizada

<sup>17</sup> RIZKALLAH, Ricardo José. Os direitos de personalidade e as situações jurídicas dos embriões e nascituro. *Revista de Direito Privado*, v. 74, ano 18, p. 61-91, fev. 2017.



quando as trompas das pacientes são propícias (isto é, sem nenhuma anormalidade). A chance de êxito desse tratamento é de cerca de 15%. Outra técnica, como dissemos, é a fertilização *in vitro*, tratamento no qual o óvulo é fertilizado fora do corpo da mulher, ou seja, o óvulo e o esperma são unidos no laboratório e formam o embrião pronto, que é colocado no útero da mulher na esperança de uma gravidez bem-sucedida. Nesse caso, a chance de êxito eleva-se para 35%, podendo chegar até 60%, quando realizada em pacientes jovens. Nesse modelo, o óvulo pode ser da mesma mulher ou doado, assim como o esperma.

Outra técnica que mencionamos acima é a Injeção Introcitoplasmática – ICSI. Trata-se de uma variação da técnica de fertilização *in vitro*, e será utilizada quando a situação do paciente é mais crítica, como no caso de homens com pouquíssimos espermatozoides. Nesse caso, utiliza-se de uma agulha de diâmetro milimétrico, que introduz o esperma diretamente no óvulo.<sup>18</sup>

É de se ressaltar que as técnicas de reprodução assistida têm sido utilizadas por pessoas solteiras que desejam ter filhos, bem como por casais homoafetivos, corolário do direito de planejamento familiar.

A lei civil, em contraste, ocupa-se de categorias diferentes daquelas acima mencionadas.

Em que pese o aspecto conservador do Código Civil de 2002, pelo menos um de seus dispositivos ocupou-se da reprodução assistida. Trata-se do art. 1.597, que distingue a reprodução assistida homóloga – aquela em que o gameta masculino é fornecido pelo cônjuge – e heteróloga – aquela em que o gameta masculino provém de terceiro, não integrante da união. Esse dispositivo já nasceu parcialmente senil, porque se ocupa também da velha presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento, ou mais precisamente dentro dos intervalos de tempo conhecidos desde o Direito Romano. Essa presunção já foi de grande importância no passado, mas está em crescente desuso por conta: a) das técnicas contemporâneas de identificação da paternidade biológica, fundadas no exame do material genético (DNA); b) da aquisição de vínculo por socioafetividade, que muitas vezes chancela o que foi lançado no registro de nascimento, excluindo a alegação de erro.

De qualquer modo, não obstante o envelhecimento precoce do art. 1.597 em discussão, ele traz definições importantes em matéria

<sup>18</sup> Cf. <<http://vilamulher.uol.com.br/familia/planejamento/reproducao-assistida-entenda-quais-sao-tipos-de-tratamentos-8-1-52-77.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

de reprodução assistida, exigindo a autorização marital<sup>19</sup> para a inseminação heteróloga e esclarecendo que a fecundação artificial homóloga pode ser realizada depois de falecido o marido (que permitiu previamente a extração e guarda dos gametas). Podem, ainda, ser empregados embriões ditos “excedentários” (seria melhor: excedentes) decorrentes de inseminação artificial homóloga. Em todos esses casos, os filhos assim gerados terão vínculo com os pais, como se nascidos na constância do casamento fossem.

### **Reprodução assistida na Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina**

Vejamos agora como se encontra regulada a reprodução assistida na norma expedida pelo conselho de fiscalização do exercício profissional, isto é, o CFM. Conquanto fundada, nossa Ordem Econômica e Social (Tít. VII da Constituição da República), na “livre-iniciativa” (art. 170), no papel preponderante do particular como exercente de atividade econômica (art. 173) e no “livre-exercício” desta (art. 170, par. único), a Carta não deixa de ressaltar importantes limitações a essas garantias, quais sejam: a) a necessidade de autorização dos “órgãos públicos”, nos casos previstos em lei (par. único do art. 170, *in fine*); b) o papel do Estado, como agente normativo e regulador, na forma da lei, incumbindo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174); e c) possibilidade de a lei fixar qualificações para o desempenho de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inc. XIII).

Eis o supedâneo constitucional dos conselhos de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas. Nas hipóteses que a lei regular, por ser de interesse público que a atividade seja disciplinada e controlada, pode o Estado sujeitá-la a certos requisitos, negar acesso regular ao mercado aos que os inobservarem, constringer à inscrição em órgão e impor reprimenda aos desobedientes. E pode fazê-lo por si ou por órgãos da Administração Descentralizada. Em síntese, os conselhos profissionais são entidades que, embora lembrem, quanto a certos aspectos, as associações civis, em realidade têm natureza de Autarquia, detendo o mister de registrar, regulamentar, fiscalizar e impor limites éticos e de qualidade aos exercentes de ofício balizado por lei.

---

<sup>19</sup> Norma regulamentar, de que voltaremos a tratar adiante, exigiu que esse consentimento constasse de instrumento público, forma esta não imposta pelo Código Civil. Ver, a respeito, o Provimento n. 52, de 2016, da Corregedoria-Geral do Conselho Nacional de Justiça, art. 2º.

Com esquete nessas características, o Conselho Federal de Medicina editou norma ético-profissional sobre o tema que nos ocupa – a Resolução n. 2.121 de 2015 – que passamos a analisar, exceto quanto aos pontos já abordados ao longo deste trabalho.

Segundo a teoria *Chenery*, já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 07.06.2017)<sup>20</sup>, há certas questões cuja complexidade técnica alcança patamares tão elevados que as Cortes se tornam impedidas de adotar fundamentos diversos daqueles eleitos pelo órgão técnico de classe.

Como já vimos, as técnicas de reprodução assistida podem ser prestadas às pessoas que livremente optaram por elas, com o necessário esclarecimento (princípio da autonomia), inclusive os parceiros em relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras - nestes últimos casos, o médico, individualmente, pode apresentar objeção de consciência, mas em tese a assistência pode ser prestada. Isso põe a questão do deficiente mental, hoje considerado capaz pela legislação vigente. Para a lei de regência<sup>21</sup>, o deficiente só está sujeito à curatela (embora capaz!) para atos civis de natureza patrimonial. E assim mesmo, quando tal curatela for estritamente necessária. Afinal, a incapacidade do deficiente mental foi abolida. Os atos de conteúdo existencial, deduz-se disso, seriam franqueados ao deficiente mental, dentre eles o projeto parental. Se fosse possível tudo resolver por esses esquemas conceituais e oposições lógicas, então a conclusão seria a de que a mulher deficiente mental teria amplo acesso à reprodução assistida, até porque a norma ético-profissional só a veda para os formalmente incapazes. No entanto, resta um problema a superar. A depender do grau e da extensão da deficiência mental, a obrigação de conselho e esclarecimento do médico ao paciente será de difícil, senão de impossível cumprimento. E, sem consentimento esclarecido (não bastando o assentimento às escuras), não há que falar em dever de ministrar a terapia. Pelo contrário, o médico não deve ministrá-la a alguém impossibilitado de compreender suas consequências e riscos. Quer-nos parecer que, em tais casos, de deficiência mental aguda, obstando o consentimento esclarecido, a assistência não pode ser dispensada ou, no mínimo, ter-se-ia de conceder ao profissional o direito

<sup>20</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73306230&num\\_registro=201700112085&data=20170620&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73306230&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 22 set. 2017.

<sup>21</sup> Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. "Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. [...]" "Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial."

à objeção de consciência, tal como já se permite em outras hipóteses. Essa objeção, se oposta razoavelmente, jamais poderia ser qualificada como discriminatória, até porque não impediria o paciente de procurar outro profissional.

Os requisitos para o tratamento (o serviço de reprodução assistida) estão intimamente ligados aos princípios da bioética. É necessário que:

- a) não se revele prejudicial à saúde e haja probabilidade de êxito. Evidente, aqui, a influência do princípio da beneficência. As técnicas de reprodução assistida hão de propor-se à realização do projeto parental e não a produzir prejuízos e sofrimento. Se os prejuízos forem superiores ao bem que se pretende alcançar (ou simplesmente não houver bem nenhum a alcançar), o tratamento não pode ser dispensado;
- b) a candidata ao tratamento tenha idade inferior ou igual a 50 anos. Isso está relacionado, também, com o princípio da beneficência, por conta da dificuldade de gerar após aquela idade limite. Mas há uma importante exceção, desconhecida em nosso direito anterior: pode a candidata com idade superior à aconselhável submeter-se à terapia, desde que o médico responsável emita parecer favorável e informe a paciente dos riscos envolvidos;
- c) haja consentimento livre e informado. Faz-se presente, obviamente, o princípio da autonomia. Esse consentimento deve provir de todos os envolvidos e prestado por escrito. Ademais, será necessário relatório médico com o perfil psicológico, adequação clínica e emocional de todos os envolvidos, bem como termo de compromisso em que conste – expressamente – que a filiação da criança será dos pais biológicos (mais sobre isso adiante).

Os requisitos do tratamento são acompanhados de vedações e restrições importantes, a saber:

- a) vedação de escolha de características biológicas, tais como sexo ou quaisquer outras, como cor do cabelo, da pele ou dos olhos, que não estejam relacionadas com a prevenção de doenças. A intenção da norma é a de evitar a escolha frívola ou preconceituosa de características ou mesmo a eugenia<sup>22</sup>;

<sup>22</sup> GALTON, Francis. Hereditary talent and genius. *Macmillans Magazine*, p. 157-327, June 1865. Pregava a substituição das forças cegas da seleção natural pela seleção consciente de características, cunhando o termo eugenia.

- b) vedação de desvio de finalidade: não se podem fecundar oócitos (células germinativas femininas) com outro fim que não seja a procriação. Enfim, não se pode dar origem a embriões com outra finalidade a não ser a assistência médica à infertilidade;
- c) restrição do número de embriões e oócitos a serem transferidos: nunca superior a quatro, variando conforme a idade da receptora:
- [...] a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos<sup>23</sup>;
- d) vedação de procedimento de redução embrionária, em caso de gestação múltipla. A redução consistiria na eliminação de embriões com a finalidade de garantir a gestação de outro(s) - ou simplesmente para evitar gravidez múltipla. É precisamente por isso que se restringe o número de embriões e oócitos a serem transferidos.

A doação de gametas ou embriões é sempre gratuita, tal como ocorre com o sangue humano e partes do corpo, mas nestes últimos casos pode-se falar em res extra *commercium* em sentido fraco – no primeiro não, porque não podem ser tratados como coisas. Não basta a aparência de gratuidade e talvez seja esta a razão de enfatizar-se a proibição de “caráter lucrativo ou comercial”. Faz sentido, embora pareça redundante. Como se sabe, a pretensa gratuidade pode acobertar – em um sem-número de situações – a onerosidade dissimulada, de modo que a repetição presente na norma ética é útil, embora prejudique a elegância da formulação. Uma importante exceção, que causou certo impacto, consiste na chamada “doação compartilhada de oócitos”, uma denominação muito infeliz. Nesse caso, o material biológico é compartilhado por uma doadora com a receptora e esta, em contrapartida, custeia o procedimento. A partir dessa situação básica, podem-se imaginar outras combinações, como, por exemplo, o custeio parcial pela receptora de material biológico. Seja como for, é a única exceção ao princípio da gratuidade e não permite interpretação extensiva.

<sup>23</sup> Item I, n. 07, Resolução CFM n. 2.121/2015.

Doadores devem permanecer anônimos. Não podem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Advém como corolário um problema: se o material biológico do mesmo doador, necessariamente anônimo, desse origem a muitas gestações e nascimentos em uma área determinada, haveria o risco de futuras uniões incestuosas (sem o conhecimento dos parceiros dessas uniões, provenientes, eles, de reprodução assistida em que o genitor biológico é necessariamente desconhecido). Para obviar o problema, a norma ética restringe o número de gestações que possam originar-se de um(a) mesmo(a) doador(a): somente duas gestações, de crianças de sexos diferentes, por área de um milhão de habitantes.

Em que pese o anonimato regulamentar dos doadores, a doutrina já se tem manifestado favoravelmente à pesquisa da origem genética com fundamento em direito da personalidade, ainda que limitando a legitimidade ativa ao filho interessado na própria identidade e não reconhecendo efeitos patrimoniais da declaração de parentesco:

Busca-se, em *ultimaratio*, por meio do exercício de tal direito, a obtenção de tutela declaratória que apresente a verdade biológica, revelando a existência ou a inexistência de vínculo genético entre o titular do direito subjetivo e a parte investigada, modulando-se, a partir disso, os demais efeitos jurídicos decorrentes, como no caso de incidência dos direitos e deveres inerentes à paternidade em que o vínculo consanguíneo seja suficiente para a constituição da relação familiar.

Assim, nas hipóteses restritas da adoção legal e da concepção a partir de uma das técnicas de reprodução assistida heteróloga, embora subsistente o direito do adotado e do indivíduo concebido a partir da fecundação de material genético de doador anônimo de obter acesso a sua origem biológica, será possível somente a concessão de tutela meramente declaratória da existência do vínculo biológico, sem a irradiação dos efeitos inerentes à paternidade, seja por meio de acesso irrestrito ao processo em que a adoção legal se deu, seja por meio da quebra do sigilo da identidade civil do doador; e nos demais casos, existente ou não vínculo prévio de paternidade socioafetiva do interessado com terceiro, será garantido ao indivíduo o acesso à informação sobre a sua origem genética, com a irradiação de todos os

efeitos jurídicos inerentes à declaração do vínculo de consanguinidade com o pai biológico – como o direito ao nome de família, à sucessão legítima e, observada a real necessidade, a alimentos –, não se exigindo do indivíduo, no caso de concomitância de relação oriunda de vínculo socioafetivo e da paternidade biológica, que opte pela manutenção de uma ou outra relação, as quais coexistirão no plano jurídico e irradiarão os seus efeitos.<sup>24</sup>

O chamado direito à identidade genética ou direito à busca da origem biológica surgiu como problema legislativo ao inserir-se dispositivo no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 48). Com a adoção, o inserido em família substituta perde o vínculo de parentesco com os membros da família de origem, admitindo-se que possa querer conhecê-los. Mas parcela da doutrina percebeu, com percuciência, que os pais consanguíneos (desligados pela adoção) assumiram, em um dado tempo, o risco da paternidade e da maternidade. Então não poderiam opor-se a serem “descobertos”. Já com respeito à doação de gametas na inseminação heteróloga, o(a) doador(a) não assumiu projeto parental e, por isso, deveria ter a sua intimidade – também esta direito constitucional – resguardada. Confira-se:

No caso da reprodução assistida heteróloga, o(a)(s) doador(a)(es) do material genético sabe que ele será usado para gerar um ser, nada obstante, não assume o risco de ser pai e/ou mãe, ao contrário, em nenhum momento estabeleceu vínculo com o ser gerado e, provavelmente, não saberá quem será a pessoa que receberá o espermatozoide ou o óvulo para a concepção, não tem e não deseja nenhum contato com essa pessoa, num primeiro momento. O risco de paternidade e/ou maternidade é de outrem, ou seja, quem recebe o material genético doado. Dessa maneira, o(a)(s) doador(a)(es) tem(têm) direito de ver resguardada sua intimidade, aliás, esta também um direito fundamental, segundo o art. 5º, X, da CF/1988.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> SOUSA, Felipe Soares de. A extensão e os efeitos do reconhecimento do direito à identidade genética. *Revista de Direito Privado*, v. 74, p. 33-59, fev. 2017.

<sup>25</sup> NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. *Revista dos Tribunais*, v. 905, p. 67-87, mar. 2011.

Dessarte, não há nenhum espaço para aplicação analógica do dispositivo estatutário no âmbito da reprodução assistida heteróloga. As hipóteses fáticas são demasiado diferentes.

O anonimato dos doadores foi posto em questão, ainda, pelo Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça. A intenção desse ato foi a de permitir, independentemente de autorização judicial prévia, o registro de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida. Pretendeu-se afastar as dúvidas dos oficiais responsáveis, admitindo-se a lavratura do assento de nascimento na presença dos pais genéticos ou mesmo de um deles, se casados ou companheiros – e também o registro em nome dos parceiros de união homoafetiva. Uma das aporias introduzidas pelo Provimento n. 52 está na documentação exigida para fins do assento, que inclui declaração pelo diretor do estabelecimento de reprodução humana, com os dados do doador ou da doadora de gametas. Essas pessoas deveriam permanecer no anonimato e, pior, a preservação desse anonimato compreende-se no dever de sigilo profissional do médico diretor do estabelecimento. Espera-se que esse equívoco seja corrigido com brevidade, porque cria para o profissional da área médica um conflito insuperável. Ademais, órgãos correccionais e de administração da Justiça não deveriam legislar, *ex novo*, sobre direito civil, nem sobre sigilo profissional.

### Fertilização artificial *post mortem*

A possibilidade de fertilização artificial *post mortem* é decorrência direta do art. 1.597 do Código Civil já discutido. Pode-se cogitar de fertilização artificial na mulher viúva com autorização expressa do marido doador dos gametas, como se tratou em enunciado (n. 106) das “Jornadas de Direito Civil”, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

Art. 1.597, inc. III: 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 obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.



Em sentido semelhante, o item VIII da Resolução n. 2.021, de 2015, do Conselho Federal de Medicina. A diferença está em que essa Resolução cogita da reprodução após a morte tanto do pai biológico quanto da mãe biológica (isto é, os doadores do material biológico). Reproduz-se o texto:

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.

O curioso é que a “legislação vigente” (é dizer, o Código Civil) menciona apenas a autorização do pai para uso post mortem de seu material genético; já a Resolução n. 2.021 vale-se da analogia para estender a regra para o uso de material genético materno, com autorização, por óbvio, da mulher – levando ao problema de que a gestação se daria em útero alheio.

Há então que discutir: e se tal autorização não existir? Nesse caso, a fertilização seria considerada como realizada com material genético de doador anônimo. Ou seja, não haveria reflexos sucessórios, em relação ao genitor biológico que não autorizou o emprego *post mortem* do material genético.

Entre os argumentos contrários à fertilização *post mortem* ressaltamos: a) a invocação dos princípios da igualdade entre os filhos, da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança; b) os problemas psicológicos induzidos na criança cujo pai sequer conheceu (e, acrescentaríamos hoje, sem mãe genética!). Entre os argumentos favoráveis à fertilização *post mortem*, destacamos a previsão legal (art. 1.597, III e IV, do CC); a existência de famílias monoparentais (desse modo o gerado *post mortem* não seria um caso único) e o direito ao planejamento familiar (a pessoa falecida estabeleceu um projeto parental ainda quando vivia)<sup>26</sup>. Do nosso ponto de vista, pesa, sobretudo, o princípio do melhor interesse da criança: é certo que existem órfãos, mas seria antiético gerar deliberadamente uma pessoa órfã. Trata-se de prática desaconselhável, conquanto com previsão legal (previsão esta, vimos, estendida analogicamente pelo Conselho Federal de Medicina para a mãe).

<sup>26</sup> Vide, a propósito, Laura Affonso da Costa Levy, Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional, *Revista Síntese Direito de Família*, n. 74, p. 92-118, out.-nov. 2012.

Em que pesem nossas objeções, o reconhecimento da viabilidade da reprodução assistida *post mortem* – autorizada pelo pai, no Código Civil e pela mãe, no regulamento ético-profissional – é um fato com consequências sérias no âmbito sucessório. Vamos destacar algumas delas.

Nosso Direito segue o princípio da *saisine*, o que significa que a posse e a propriedade da herança se transferem no momento da morte. Podem ser herdeiros as pessoas físicas que existam nesse momento ou que ao menos foram concebidas<sup>27</sup> até o instante da abertura (*dela-tiohereditatis*). Ora, o concebido em projeto parental *post mortem* não existia quando da delação da herança, de modo que este exclusivo paradigma o excluiria. Mas essa consequência parece muito dura; também parece ferir o princípio da igualdade entre os filhos e, por tabela, a dignidade do concepturo. Dentro desse raciocínio, estaríamos diante de uma exceção: alguém, sequer concebido à época da abertura da sucessão, seria excepcionalmente chamado a ser herdeiro, embora concebido ulteriormente àquele termo;

O eventual e único remédio de *lege lata* é conhecido no âmbito da sucessão testamentária. O testador pode beneficiar o concepturo, por meio de disposição cuja eficácia é limitada no tempo (dois anos após a abertura da sucessão)<sup>28</sup>. Verdade que essa regra foi originariamente prevista para benefício de concepturo alheio (!), mas nada obsta a analogia. Então se imaginaria, superficialmente, que o autor da herança poderia resolver o problema da participação de *seu próprio* concepturo fazendo testamento. Mas, a rigor, nem essa solução é infalível. Primeiramente, a disposição em favor do concepturo caduca no prazo máximo de dois anos – e, em tese, é possível a concepção decorrido esse intervalo. Em segundo, mas não menos importante, a superveniência de filho rompe o testamento<sup>29</sup> e, ironicamente, trata-se do próprio con-

---

<sup>27</sup> Art. 1.798, Código Civil: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” A regra remonta a um tempo em que a concepção *post mortem* de descendente do autor da sucessão era inconcebível.

<sup>28</sup> Art. 1.799, Código Civil: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...]”. A disposição é complementada pelo art. 1.800, *verbis*: “No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. [...] § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.”

<sup>29</sup> Art. 1.973, Código Civil: “Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.” A relevância dessa regra depende de nossa premissa, de que o concebido e nascido *post mortem* seria um “descendente sucessível”.

cepturo a quem se desejaria beneficiar. Sobretudo, essa solução seria exótica, pois o correto seria o concepturo ser incluído na linha de sucessão legítima (como legitimado a suceder), independentemente de o autor do projeto parental *post mortem* fazer ou não fazer testamento.

Por conta dessas dificuldades, tem-se sugerido, de lege ferenda, o rompimento da partilha feita com prejuízo ao filho concebido *post mortem*. Recomenda-se a renovação dessa partilha, incluindo-se agora o filho originado de reprodução assistida. Tecnicamente, seria hipótese de rescisão (e não de anulação) da partilha, como prevista no art. 658, inc. III, do Código de Processo Civil de 2015. As variedades de anulação abrangem a incapacidade e os vícios da vontade (defeitos do negócio) em partilha amigável<sup>30</sup>. Já a rescisão abrange, dentre outras, a hipótese do herdeiro preterido<sup>31</sup>. Por isso optamos pela rescisão. É claro que essa proposta depende de nossa premissa anterior, a de que o concepturo oriundo de técnica de reprodução assistida *post mortem*, no momento da abertura de sucessão legítima, seria legitimado a suceder.

### Gestação em útero alheio (barriga de aluguel)

Naturalmente, a regulamentação ético-profissional da reprodução assistida conduz ao problema da gestação por substituição, em útero alheio, popularmente chamada de “barriga de aluguel” e impropriamente batizada, na própria norma profissional, de “doação temporária de útero”. Nessa situação, o material biológico coletado dos pais genéticos é conduzido ao útero de uma receptora cujo organismo suportará a gestação.

Dizendo de modo mais adequado, não há que falar literalmente em “barriga de aluguel”, embora esta prática possa existir clandestinamente. A mesma imposição de gratuidade presente para a reprodução

<sup>30</sup> Art. 657, Código de Processo Civil: “A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966. Parágrafo único. O direito à anulação de partilha amigável extingue-se em 1 (um) ano, contado esse prazo: I – no caso de coação, do dia em que ela cessou; II – no caso de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.” Como se vê, esses incisos dizem respeito a um ato negocial, defeituoso por vício de erro, dolo ou coação ou por incapacidade da parte.

<sup>31</sup> Art. 658, Código de Processo Civil: “É rescindível a partilha julgada por sentença: I – nos casos mencionados no art. 657; II – se feita com preterição de formalidades legais; III – se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.” Como resta claro, o dispositivo abrange a incapacidade, os vícios da vontade, a inobservância de formas legais e a preterição de herdeiro, sendo esta última a hipótese que nos interessa.

assistida em geral é aplicável à gestação por substituição. Como vimos, a única exceção compreende o procedimento designado (também impropriamente) como “doação compartilhada”, assim dito porque duas pacientes, ambas necessitando da assistência médica, compartilham material biológico e custos.

Fosse o caso de fazer esse tipo de comparação, a expressão seria “comodato de útero”, mas este não pode ser tratado como uma simples coisa, de modo que temos ojeriza até mesmo a esta adaptação da linguagem.

O requisito genérico é a indicação médica, ou seja: a doadora genética não pode, por problema de saúde, suportar a própria gestação ou há impossibilidade evidente em razão de união homoafetiva.

A norma ético-profissional chama à mulher receptora de “doadora temporária de útero”, estabelecendo – para evitar desvios de finalidade – que deva ser parente consanguínea, até o quarto grau, de um dos receptores, salvo autorização do Conselho Federal de Medicina. Essa ressalva era necessária, porque pode ocorrer que a paciente não tenha nenhuma irmã, mãe, avó, tia ou prima vivas ou dispostas. De qualquer modo, é de esperar-se que o Conselho seja contido ao dispensar autorizações *ad hoc*.

Os envolvidos devem firmar termo de consentimento livre e esclarecido, de novo uma consequência do princípio da autonomia. Mas a norma ética vai mais longe e exige um contrato entre os doadores do material biológico e a receptora temporária, chamado de “termo de compromisso”, detalhando a questão da filiação da criança gerada. Compreende-se por que o Conselho Profissional quis assim disciplinar – a atribuição de parentalidade não cabe ao médico, então se preferiu deixar a questão a cargo dos pacientes e da mulher que cede o útero. Olhando-se, porém, para um universo mais dilargado, essa regra nada resolve: o direito brasileiro conhece filiação decorrente da consanguinidade, da socioafetividade e da adoção (por sentença judicial), mas não a filiação decorrente de *contrato*! Acresce que se reconhece, hoje, a multiparentalidade e o emprego dos critérios admitidos (critério biológico e critério socioafetivo) conduz a esta solução: a criança terá mais de uma mãe, inclusive para fins de registro civil. O contrato entre as partes não terá como desviar-se disso, porque a autonomia privada está necessariamente subordinada à ordem pública e ao melhor interesse da criança. Já anotamos alhures as restrições e cuidados que temos com a noção de multiparentalidade<sup>32</sup>, mas, na medida em que

<sup>32</sup> DIAS, Paulo Ceza; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Multiparentalidade forçada. *Revista de Direito de Família e Sucessões*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 65- 80, jul.-dez. 2016.

seja aceita no cenário jurídico nacional, parece difícil desviar-se dessa solução na gestação por sub-rogação de útero. O único caso à parte seria o da avó que cede seu útero para gestação porque ela, não podendo adotar por força de norma cogente<sup>33</sup>, não poderia ser considerada mãe para fins de registro de maternidade socioafetiva.

O Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, regulamentando o registro de filhos havidos por reprodução assistida veio em sentido contrário ao que preparamos acima. O ato refere-se à gestação por substituição, determinando que se exclua do registro o nome da parturiente, constante da declaração de nascido vivo (um dos documentos apresentados ao oficial de registro). Desse modo, esse Provimento n. 52, indiretamente, toma partido na discussão, excluindo, quando menos no instante do registro, a maternidade socioafetiva da mulher que cedeu o útero. Evidentemente, esse ato não põe fim ao problema, posto que não cabe a um órgão fracionário do Conselho legislar sobre direito civil.

### **Responsabilidade médica na reprodução assistida**

Em qualquer situação de responsabilidade médica, é comum lembrar-se que ela será predominantemente de meio (quer dizer, louvada no emprego correto da técnica e normas ético-profissionais) e, raramente, de resultado (em razão de um resultado específico prometido), pois o médico deve tratar zelosamente e pelos melhores meios disponíveis, mas não necessariamente obterá a cura. Também, em plano genérico, essa responsabilidade pode ser tanto negocial (contratual) quanto extranegocial (extracontratual). Na reprodução assistida, a responsabilidade predominante, assim como ocorre em geral, é de meio – o médico não necessariamente propiciará a procriação. Ela é medida pelo contrato de prestação de serviços e pela avença acessória de criopreservação de embriões, mas também pode decorrer de ato ilícito absoluto.

Enquanto fornecedor de serviços a destinatários finais, o médico submete-se, sim, ao Código do Consumidor. É que esse mesmo Código pautava sua responsabilidade pelo padrão da culpa, mas os demais parâmetros da legislação consumerista aplicam-se, tal como aquele que

---

<sup>33</sup> Art. 42, Lei n. 8.069/1990: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. [...]”

permite a inversão do ônus da prova e a prescrição quinquenal por vício do serviço. Mesmo na responsabilidade contratual, é vedada a cláusula de não indenizar. Em contrapartida, é arguível a atenuação de responsabilidade por fato concorrente da vítima. Independentemente da inversão do ônus da prova, é de lembrar-se que hoje a distribuição dinâmica desse ônus pode recair sobre o médico, quanto aos fatos que tenha ele relativa facilidade de evidenciar, comparada com a dificuldade relativa da vítima.

No que se refere aos estabelecimentos – clínicas, hospitais, laboratórios e congêneres – a responsabilidade é objetiva. Ela abrange tanto fatos próprios como fato de terceiros, prepostos desses estabelecimentos. Já o médico que usa instalação alheia responde por fato próprio.

Entre os deveres do médico, cuja inobservância já importa em responsabilidade civil, encontram-se o de aconselhar; de obter o consentimento do paciente; de abster-se de abuso de poder e de manter sigilo.

Os danos atribuíveis ao médico podem ser classificados da seguinte maneira, quanto ao critério da gênese:

- a) danos decorrentes da falta de informação adequada: envolvem informações quanto ao diagnóstico, ao prognóstico e aos riscos e objetivos do tratamento;
- b) danos provenientes da falta de consentimento informado, lembrando que esse consentimento é revogável a qualquer momento;
- c) dano originado do erro médico *stricto sensu*, é dizer, o erro de diagnóstico, erro de tratamento ou da dosagem de medicamento;
- d) dano ao doador de material genético, particularmente pela violação de seu anonimato.

Especificamente, no emprego de técnicas de reprodução assistida, pode-se estabelecer a seguinte casuística de danos indenizáveis:

- a) falha no diagnóstico genético pré-implantatório;
- b) erros na triagem de gametas, que possam portar doença infecto-contagiosa - e, de um modo mais geral, inoculação de doença na receptora;
- c) violação do direito ao consentimento informado;
- d) mistura dos gametas de doadores diversos;
- e) desvelo da confidencialidade de doadores e receptores;

- f) descarte de embrião não implantado sem autorização dos genitores;
- g) dessemelhança fenotípica ou imunológica com a receptora do material genético;
- h) lesões ou diagnóstico equivocado que levem à perda da oportunidade de conceber naturalmente. Sobre a perda de oportunidade e a responsabilidade associada a ela, é elucidativa a síntese que segue:

A teoria da perda de uma chance é criação do direito francês, sendo acolhida pelo Recurso Especial nº 1.291.247-RJ, ao relativizar o princípio segundo o qual não há responsabilidade civil sem dano, o que se traduz na certeza do dano, exigindo-se que a lesão ao interesse da vítima seja real e efetiva, o que excluiria os danos hipotéticos. Eis que entre o dano certo e o dano hipotético há o dano pela perda de uma chance. Segundo o acórdão, não obstante a resistência da doutrina tradicional, representada por René Demogue, a doutrina francesa, representada por autores como Mazeaud e Mazeaud e Henri Lalou, assentou a reparação de um dano pela perda de uma chance, bastando, para tanto, a certeza da probabilidade. Eis o ponto essencial da teoria, “a chance é a possibilidade de um benefício provável”, cuja frustração caracteriza um dano certo e não hipotético.<sup>34</sup>

A contrario sensu, pode-se mencionar a seguinte pauta de isenções ou exclusões de responsabilidade, por falta de fato imputável:

- a) a anomalia ou problema é desconhecido no estágio atual da ciência e da técnica;
- b) o médico tomou todas as medidas dele esperadas, informou o paciente e não prometeu resultados;
- c) a anomalia surgiu da simples combinação dos gametas paterno e materno.

---

<sup>34</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contrato e biotecnologia no Superior Tribunal de Justiça: a quebra do contrato de conservação de células-tronco e a perda de uma chance. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, ano 13, n. 2, p. 233-253, maio-ago. 2016.

## Conclusão

O Biodireito e a Bioética entrecruzam-se, mas possuem métodos, discurso e caminhos diversos. No entanto, nenhum vive sem o outro. Essa complementaridade e oposição, necessariamente, leva a que as respostas da disciplina jurídica não possam jamais se esgotar e aspirar à definitividade. Conquanto se apoiem em outras disciplinas, várias delas científicas ou técnicas, o fator unificador é o crítico-filosófico. A base da bioética será metafísica – sem nenhuma intenção pejorativa nessa palavra –, como também a do Direito serão os valores que iluminam a aplicação das normas.

A reprodução assistida, quando encarada sob a feição jurídica, é matéria fugidia, resistente à sistematização e desafiadora. Cada linha escrita a respeito corre o risco da obsolescência imediata. E, no entanto, é preciso conviver com esse inconveniente, já que é impossível superá-lo.

Entre os problemas postos pela reprodução assistida no presente, temos as questões ético-profissionais, a intervenção do órgão de controle externo do Poder Judiciário e dos cartórios extrajudiciais e a onnipresente pressão das novidades tecnológicas. Levando em conta todos esses fatores, tentamos realizar algumas reflexões sobre as técnicas empregadas na reprodução assistida; sobre o contraste entre a timidez da legislação civil e a ousadia dos regulamentos, estes mesmos antinômicos; sobre o problema da atribuição de filiação na gravidez por sub-rogação; e sobre a responsabilidade médica relacionada com a reprodução assistida.



## Referências bibliográficas

BARBOZA, Heloisa Helena Barboza. *Princípios da bioética e do biodireito*. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../principios\\_da\\_bioetica\\_e\\_do\\_biodireito.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/.../principios_da_bioetica_e_do_biodireito.pdf)>. Acesso em: 1 set. 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Paulo Cezar; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Multiparentalidade forçada. *Revista de Direito de Família e Sucessões*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 65-80, jul.-dez. 2016.

GALTON, Francis. Hereditary talent and genius. *Macmillans Magazine*, p. 157-327, June 1865.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional. *Revista Síntese Direito de Família*. n. 74, p. 92-118, out.-nov. 2012.

LUNA, Florencia. *Ensayos de bioetica – reflexiones desde el Sur*. México: Fontamara, 2001. p. 26.

NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. *Revista dos Tribunais*, v. 905, p. 67-87, mar. 2011.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contrato e biotecnologia no Superior Tribunal de Justiça: a quebra do contrato de conservação de células-tronco e a perda de uma chance. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, ano 13, n. 2, p. 233-253, maio-ago. 2016.

RIZKALLAH, Ricardo José. Os direitos de personalidade e as situações jurídicas dos embriões e nascituro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 74, ano 18, p. 61-91, fev. 2017.

SOUSA, Felipe Soares de. A extensão e os efeitos do reconhecimento do direito à identidade genética. *Revista de Direito Privado*, v. 74, p. 33-59, fev. 2017.

SPIELMAN, Bethany J. *Bioethics in law*. Totowa: Humana Press, 2007. p. 1-2.

# **VIII**

## **Direito das Sucessões**



# Apontamentos sobre a evolução e o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro

*Mauro Antonini*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

## 1. Introdução

Pretendeu-se neste artigo apresentar algumas reflexões sobre a evolução e o atual estágio do direito das sucessões brasileiro, especialmente a partir de estudos e análises que tivemos oportunidade de realizar na elaboração de dissertação de mestrado com o título “Sucessão Necessária”, defendida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2013, sob orientação do professor Cláudio Luís Bueno de Godoy.

## 2. Perfil do direito das sucessões: a contraposição entre sucessão testamentária e sucessão necessária

### 2.1. Classificações fundamentais na estruturação do direito das sucessões

No Código Civil brasileiro, o direito das sucessões é estruturado especialmente a partir de distinções derivadas de duas classificações fundamentais. A partir das distinções decorrentes dessas classificações, a lei estabelece diferentes efeitos ao fenômeno sucessório. São as classificações que levam em conta:

- a) a fonte da designação sucessória, isto é, a fonte a partir da qual são definidos os *sujeitos* beneficiários da transmissão hereditária, e é a que distingue *sucessão legítima* e *sucessão testamentária*;
- b) e a segunda classificação distingue a sucessão a partir do *objeto* recebido pelos sucessores, composta pelas espécies *sucessão a título universal* e *sucessão a título singular*.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Piracicaba – SP. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Coautor do *Código Civil comentado*, coordenado pelo Ministro Cezar Peluso, Editora Manole, 11ª ed.

## 2.2. Deficiência sistemática do Código Civil de 2002 na disciplina da sucessão necessária

Na primeira dessas classificações, o Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade, em nosso entender, de promover uma atualização didática importante. Ao preservar basicamente a mesma estrutura de organização dos temas do Código de 1916, manteve obscurecida uma subclassificação importante que se depreende do sistema, mas que não é claramente explicitada. Pois, na classificação das fontes da designação sucessória, representada pelas espécies *sucessão legítima* e *testamentária*, o Código não deixa claro ao intérprete que a espécie *sucessão legítima* é composta, na realidade, por duas subespécies, as quais denominamos *sucessão intestada* e *sucessão necessária*.

No direito português, por exemplo, o Código Civil de 1966 expressamente estabelece em seu art. 2027º que a espécie *sucessão legal*, que corresponde à nossa *sucessão legítima*, é subdividida em *sucessão legítima* (que chamamos de *sucessão intestada*) e *sucessão legitimária* (que denominamos *sucessão necessária*). Emprega-se, em Portugal, a expressão *sucessão legitimária*, porque lá os herdeiros necessários são chamados de *legitimários*. E o Código Civil português trata dessas subespécies de *sucessão legal* em títulos separados, um deles específico para a *sucessão legitimária*, aglutinando nesse título os temas que dizem respeito mais de perto a essa fundamental modalidade sucessória.

No Código Civil brasileiro de 2002, em nosso ponto de vista, perdeu-se a oportunidade de fazer o mesmo. O resultado é que os temas relacionados à *sucessão necessária* estão dispersos pelo código, na maioria em meio ao livro do direito das sucessões, espalhados pelos títulos que compõem esse livro, havendo ainda importante instituto de *sucessão necessária*, em nosso entender, objeto do art. 1.700, no livro do direito de família. O Código não explicita a existência dessa subdivisão na *sucessão legítima* e não atribui nome próprio à *sucessão intestada* e à *sucessão necessária*, como se fossem parte do mesmo fenômeno sem clara distinção, quando, na verdade, embora em ambas os sucessores sejam designados diretamente pela lei, sendo esse o ponto em comum entre elas, tornando-as subespécies de *sucessão legítima*, a *sucessão intestada* e a *sucessão necessária* são distintas em todos os demais aspectos, ou seja, quanto aos sujeitos beneficiários, ao objeto transmitido, aos fundamentos que as justificam e à natureza das normas que as regem.

Essa grave dispersão dificulta sobremaneira a visão de conjunto da *sucessão necessária*, fundamental fenômeno sucessório, levando

muitos a crer que ainda se trata de matéria restrita à disciplina dos herdeiros necessários e da legítima, sem que se perceba a importante evolução ocorrida ao longo da vigência do Código de 1916, consolidada e ampliada pelo Código de 2002, mas que está em grande parte obscurida por conta da deficiente organização legal.

Essa deficiência sistemática é prejudicial não só à visão de conjunto da sucessão necessária, mas por ser matéria que se contrapõe e acaba por definir o espaço remanescente de liberdade e autonomia privada do autor da herança, afeta seriamente a percepção do perfil contemporâneo da sucessão testamentária. Voltaremos a essas questões logo adiante, tornando mais claro o que foi acima afirmado.

### 2.3. Origens da sucessão testamentária e a da sucessão necessária

Antes disso, para melhor compreensão do que se vai analisar adiante, convém fazer rápida digressão sobre a evolução do direito das sucessões no direito romano. O testamento teria surgido porque havia necessidade de um continuador do culto dos lares, alguém a dar continuidade à estirpe, sob pena de grande desonra. Quem não possuía descendência tinha de recorrer à adoção ou, então, instituir o continuador da estirpe por testamento. O testamento servia no início para essa finalidade, como se fosse, por assim dizer, hipótese de adoção póstuma<sup>2</sup>.

No princípio, os bens eram coletivos, da família, e o chefe familiar seu gestor. O testamento servia à nomeação de novo chefe familiar, sem sentido patrimonial. Na evolução em direção à propriedade privada, com o passar do tempo os bens da família passaram a ser bens do chefe familiar, do *pater familias*, e o testamento, então, passa a servir para disposições patrimoniais. Apesar de divergências interpretativas quanto à época, admite-se, de modo geral, que por volta do século III a.C. já havia essa plena liberdade testamentária.

Nessa mesma época, passa-se a admitir deserdação por testamento, de descendentes considerados inidôneos para assumir a chefia da família. A deserdação era exercida com ampla liberdade pelo autor da herança e a explicação para isto é que, sendo Roma, na época, pequena

---

<sup>2</sup> Cf. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 170-171. GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 45. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 121-130.

cidade, com pessoas de vida austera, havia plena confiança no discernimento do chefe familiar, no sentido de que não descuraria de seus familiares, ou seja, sempre agiria com responsabilidade, só deserdando quando houvesse motivo relevante, justo. Com o desenvolvimento de Roma, relaxamento dos costumes etc., passam a ocorrer deserdações injustas, desarrazoadas. Passa-se a desconfiar do *pater familias* e, assim, institui-se a possibilidade de controle judicial das disposições testamentárias. Esse amplo poder discricionário confiado ao órgão judicial passa, em momento seguinte, a ser objeto de desconfiança pela falta de critérios, o que leva a nova evolução, instituindo-se por lei limites fixos à liberdade testamentária<sup>3</sup>.

#### 2.4. Fundamentos valorativos da sucessão testamentária e da sucessão necessária

Essa evolução no direito romano bem ilustra algo que se intui do sistema sucessório, isto é, que o perfil do direito das sucessões em dado ordenamento é resultado principalmente da contraposição entre sucessão testamentária e sucessão necessária. A depender do grau de liberdade testamentária ou de proteção imperativa derivada da sucessão necessária, estabelece-se sistema de equilíbrio ou de maior ou menor prevalência de uma dessas modalidades sucessórias.

Na realidade, o direito das sucessões cumpre uma função mais essencial e básica, comum a todos os ordenamentos que reconhecem um mínimo de propriedade privada, que é a de assegurar que haja novo titular para as relações jurídicas transmissíveis deixadas pelo de *cujus*, não importando quem seja esse sucessor. O fundamental é que haja alguém titular do ativo transmitido e que possa responder, com o ativo recebido, pelos débitos também transmitidos pela morte. Essa função mais essencial é cumprida por uma das modalidades sucessórias, a sucessão intestada. À falta de testamento, a lei comparece em caráter supletivo para suprir a falta de designação de sucessores pelo autor da herança. É certo que na sucessão intestada estabelece-se a chamada ordem da vocação hereditária, sucedendo preferencialmente familiares mais próximos do autor da herança, mas a função primordial dessa modalidade sucessória não é de proteção familiar, e sim assegurar que haja sucessor, não importando tanto quem seja, o que fica evidente pela possibilidade de serem herdeiros colaterais de até quarto

<sup>3</sup> GALLARDO, Aurelio Barrio, cit., 2012, p. 48-88, 114, 157-158 e 198.

grau, em relação aos quais o autor da herança poderia não ter nenhum vínculo afetivo, ou até mesmo pode ser que nem os conhecesse. Mais evidente, ainda, quando, não havendo nem mesmo colaterais desse grau, a herança é considerada jacente, tornando-se depois vacante e é incorporada pelo Poder Público.

Essa função mais elementar cumprida pela sucessão intestada, de assegurar que haja sucessor não importando quem seja, não revela valorações, nem define o perfil concreto do direito das sucessões. Esse perfil, desvelando opções valorativas pela lei, é dado pela contraposição entre sucessão testamentária e necessária.

A sucessão testamentária representa expressão, no direito das sucessões, dos valores representados pela autonomia privada e pela propriedade individual, admitindo-se projeção do direito de propriedade para além da morte do proprietário, podendo reger sua sucessão hereditária com base na autonomia privada, decidindo quem serão seus sucessores, o que caberá a cada um deles e a que título sucederão, se a título universal, como herdeiros, ou a título particular, como legatários.

A sucessão necessária, por sua vez, representa especialmente o valor derivado da solidariedade familiar, reconhecendo-se que, em relação a determinadas pessoas próximas, o autor da herança tem um dever de solidariedade de tal intensidade que deve projetar efeitos para além de sua morte, a impedi-lo de excluí-los da sucessão, motivo pelo qual a lei lhes assegura um espaço delimitado de proteção sucessória imperativa, passível de exclusão somente nas hipóteses restritas, tipificadas e excepcionais de indignidade e deserdação.

### **3. A evolução e o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro**

Quais teriam sido então as opções valorativas da lei brasileira? Qual o grau de liberdade testamentária e o de proteção imperativa adotados pela lei brasileira? Qual o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro, considerando-se essa contraposição entre sucessão testamentária e sucessão necessária?

#### **3.1. Código Civil de 1916**

No direito brasileiro anterior ao Código Civil de 1916, a liberdade testamentária era restrita à chamada terça disponível, resguardando-se



aos herdeiros necessários os dois terços restantes. O projeto de Clóvis Bevilacqua, mantinha a terça disponível, mas foi alterado, resultando no sistema do Código de 1916, estabelecendo-se que o autor da herança, tendo herdeiros necessários, poderia dispor de metade de seu patrimônio, por doações ou testamento, resguardada aos herdeiros necessários a chamada legítima, a metade indisponível. Embora o projeto previsse a inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários, no texto aprovado remanesceram como tais somente os descendentes e os ascendentes. A legítima, correspondente à metade indisponível, não se alterava a depender da classe do herdeiro necessário, isto é, se descendente ou ascendente, nem tampouco se modificava em razão do número de herdeiros necessários, não importando, por exemplo, se o de *cujus* havia deixado um ou vários filhos.

### 3.2. O Estatuto da Mulher Casada

Esse quadro sofreu fundamental alteração a partir do Estatuto da Mulher Casada – EMC, a Lei 4.121/62, pelo qual, mediante introdução dos §§ 1º e 2º ao art. 1.611 do Código de 1916, foram instituídos dois novos direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivente em caráter alternativo, ou seja, ou o *direito real de habitação* ou o *usufruto viual*. Contemplou-se o cônjuge supérstite, casado pela comunhão universal, com o direito real de habitação no imóvel residencial familiar, desde que o único dessa natureza a inventariar. E o cônjuge casado por regime diverso da comunhão universal, com o chamado usufruto viual, de um quarto da herança na concorrência com os descendentes, de metade na concorrência com os ascendentes.

O direito real de habitação foi instituído para assegurar ao cônjuge o direito de permanecer residindo no imóvel familiar enquanto permanecesse viúvo, evitando-se que, pela instituição de condomínio com os descendentes ou ascendentes, pudesse ser desalojado em razão de pleito de extinção de condomínio. Diante dessa finalidade, seria contrassenso admitir que esse direito pudesse ser excluído por testamento, de modo que se tratava de hipótese de sucessão necessária. Mais do que isso, era direito hereditário que recaía não sobre universalidade, mas sobre bem singularmente considerado, o imóvel familiar desde que o único dessa natureza a inventariar, ou seja, era hipótese de sucessão a título particular, de legado, derivado diretamente da lei, não de testamento. O direito real de habitação, em suma, significou a criação, no direito brasileiro, pela primeira vez, de hipótese do que poderíamos denominar legado

legal necessário. O cônjuge era contemplado com esse direito na condição de legatário necessário. Desde então, o legado deixou de ser figura exclusiva da sucessão testamentária. Na sucessão necessária, ao lado dos herdeiros necessários, embora a lei não empregasse essa denominação, passou a existir a figura do legatário necessário.

Em relação ao usufruto viual, a lacônica disciplina legal deu margem a diversas correntes interpretativas sobre a delimitação desse instituto<sup>4</sup>, mas, dentre elas, a que nos parece mais adequada é a de que era direito para assegurar a subsistência do cônjuge e, portanto, que não poderia ser afastado por testamento. Em consequência, segundo esse ponto de vista, a partir do EMC, o cônjuge teria se tornado herdeiro necessário em usufruto viual. Para assegurar a coerência do sistema, uma vez que o cônjuge casado pela comunhão universal não tinha direito a esse usufruto, em nosso entender era preciso ressaltar que o usufruto viual só recaía sobre bens particulares deixados pelo de *cujus*, pois, em relação aos bens comuns, o cônjuge sobrevivente já estava protegido pela meação. Essas alterações do EMC promoveram profundas modificações no sistema, alterando substancialmente a ordem da vocação hereditária. O art. 1.603 do Código de 1916, que contemplava a ordem da vocação hereditária, não foi alterado em sua redação, não foi efetuada a adaptação nessa norma, mas na essência a ordem da vocação hereditária foi profundamente modificada e passou a corresponder ao seguinte esquema, à seguinte ordem preferencial:

I – na primeira posição continuaram os descendentes sucedendo em propriedade plena, mas em concorrência com o cônjuge casado por regime distinto da comunhão universal, este em usufruto viual de um quarto, usufruto que recaía somente sobre os bens particulares, ficando os descendentes, em relação a este um quarto, com a nua propriedade. Se o cônjuge era casado pela comunhão universal, a concorrência com os descendentes dava-se mediante concessão ao cônjuge do direito real de habitação, caso houvesse sido deixado imóvel residencial, desde que o único dessa natureza a inventariar, direito limitado à permanência da viuvez, recebendo os descendentes, quanto a este imóvel, a nua propriedade;

II – na segunda posição, ao lado dos ascendentes, o cônjuge, nas mesmas condições acima, poderia concorrer em usufruto viual, neste caso de metade e não um quarto, recaindo somente sobre os bens particulares, ou com direito real de habitação;

<sup>4</sup> Para um resumo das várias correntes, confira-se: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 91-93.

III – na terceira posição, permaneceu o cônjuge sobrevivente recebendo a integralidade da herança, não importando o regime de bens de casamento. Mas passou a haver particularidade importante que é o fato de ter se tornado herdeiro necessário em usufruto viudal na concorrência com descendentes e ascendentes. Herdava-se, necessariamente, o usufruto nas duas primeiras posições, seria incoerência que, não havendo descendentes e nem mesmo ascendentes, pudesse ser alijado inteiramente da sucessão. Por coerência, era preciso reconhecer que, à falta de descendentes ou ascendentes, o cônjuge era herdeiro necessário em usufruto viudal de metade, em condições de igualdade com o que receberia necessariamente na concorrência com os ascendentes (item II supra), sob pena de grave antinomia sistemática. Igualmente, quanto ao direito real de habitação, cuidando-se de legado legal necessário, caso o autor da herança tivesse disposto de sua meação sobre esse imóvel por testamento, ou mesmo a totalidade do imóvel caso fosse bem particular dele, era preciso resguardar da disposição testamentária o direito real de habitação, hipótese de sucessão necessária;

IV – na quarta posição, não houve alteração, mantendo-se os colaterais até o quarto grau; e, não havendo colaterais até este grau, a herança era incorporada pelo Poder Público.

### 3.3. O legado legal necessário de alimentos

Na sequência da evolução do direito sucessório brasileiro, novidade importante decorreu da Lei do Divórcio, Lei 6.515/1977, cujo art. 23, alterando radicalmente o que previa o art. 402 do Código de 1916, passou a dispor que o dever de prestar alimentos se transmitia aos sucessores do devedor. A previsão desse art. 23 causou celeuma interpretativa, resultando em três correntes doutrinárias:

- a) uma que negava todo efeito ao artigo, voltando-se à previsão do art. 402, segundo o qual essa obrigação não se transmitia por morte;
- b) uma segunda corrente, a mais liberal, admitindo a transmissão de toda e qualquer obrigação alimentar;
- c) e a última, corrente intermediária, a que acabou prevalecendo na doutrina e na jurisprudência, admitindo a transmissão da obrigação alimentar entre cônjuges, ou entre os pais e os filhos do casamento desfeito, uma vez que o art. 23 era norma relacionada à separação e ao divórcio, mantida a vedação de

transmissão para a obrigação alimentar entre os demais parentes, preservada, quanto a estes, a intransmissibilidade do art. 402 do CC/16.

Nessa posição prevalecente, havia uma série de restrições à incidência da norma (a obrigação alimentar deveria existir ao tempo da abertura da sucessão, ficava limitada às forças da herança etc.). Havia algumas opiniões no sentido de que o pagamento de alimentos transmitidos em razão do art. 23 poderia consumir toda a herança na fase de pagamento das dívidas do espólio, nada restando para ser partilhado entre herdeiros, nada para eventuais legatários, o que resultava em receio de aceitar a aplicação dessa norma. Mas tal afirmação decorria de equívoco, pois não se tratava de dívida do espólio a ser paga para apuração da herança líquida, mas constituía legado legal necessário, ou seja, era integrante da própria herança em sentido amplo, ou seja, pagavam-se as dívidas, o que sobrasse seria a herança líquida, sobre a qual recairia o legado legal de alimentos cujo arbitramento dependeria das forças da herança, podendo ser negado se a herança líquida não bastasse para instituição de alimentos, ou caso comprometesse a parte disponível e ainda pudesse atingir a legítima de herdeiros necessários, especialmente quando a legítima, na situação concreta, desempenhasse papel alimentar em face dos herdeiros necessários etc. Em outras palavras, havia uma série de temperamentos na fixação dos alimentos derivados desse legal necessário, preservando-se outros centros de interesse sucessório, após criterioso juízo de ponderação. Ainda sobre o receio de oneração da legítima de herdeiros necessários com o pagamento dos alimentos, era preciso observar os títulos sucessórios para estabelecer escala preferencial entre aqueles que seriam onerados, de modo que, em princípio, seria atingida a parte disponível e só em casos remotos, nos quais a legítima não desempenhasse papel alimentar, seria possível onerá-la com o legado de alimentos e isto depois de juízo de ponderação a respeito dos valores em jogo.

Essa previsão da Lei do Divórcio implicou alteração importante no direito das sucessões, pois a transmissão da obrigação de prestar alimentos se dava por direta determinação legal. O beneficiário era contemplado com esse direito de crédito, similar ao legado de alimentos cuja instituição se admitia por testamento (CC/16, art. 1.687). Tratava-se, portanto, de direito hereditário de crédito, que recaía sobre algo específico, que era esse crédito de alimentos, inafastável por testamento, segundo nosso entender, cuidando-se, em suma, de um legado legal necessário de alimentos. Era hipótese de legado, embora

o artigo a isso não fizesse referência, legado previsto não no livro do direito das sucessões, mas no do direito de família<sup>5</sup>.

### 3.4. O legado legal necessário de créditos da Lei 6.858/1980

Outra novidade importante foi a previsão da Lei 6.858/1980 de que determinados créditos (saldos salariais, FGTS, PIS/PASEP, restituição de imposto de renda e saldos bancários de até 500 OTNs) não seriam mais pagos aos sucessores da ordem da vocação hereditária do Código Civil, e sim aos dependentes previdenciários do *de cuius*. Tratava-se, igualmente, de direito hereditário, derivado diretamente da lei, recaindo sobre créditos específicos e que, pela finalidade legal de proteção de dependentes previdenciários do autor da herança, não poderia ser afastado por testamento, ou seja, instituiu-se mais uma hipótese de legado legal necessário, tendo por objeto esses créditos.

### 3.5. A Constituição de 1988

Na cronologia de avanços no direito das sucessões, sobreveio a Constituição de 1988, conferindo tutela jurídica a outras formas familiares e não mais somente às constituídas pelo casamento, com realce à união estável. Seguiu-se a regulamentação infraconstitucional pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, incluindo a sucessão hereditária, colocando-se o companheiro sobrevivente na terceira posição da ordem da vocação hereditária, equiparando-o ao cônjuge, concedendo-lhe, ainda, direito real de habitação e usufruto viual. Sobre o alcance dessas previsões legais, corrente doutrinária passou a defender que, pelo teor dessas duas leis, o companheiro poderia ser contemplado simultaneamente com o direito real de habitação e com o usufruto viual e, como essa cumulação até então não era admitida ao cônjuge, era de se assegurar a partir da Lei 9.278 a possibilidade de contemplação do cônjuge com estes dois direitos, para que não ficasse em posição de inferioridade em relação ao companheiro<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Todos esses aspectos e outros mais sobre o legado legal de alimentos, instituído pelo art. 23 da Lei do Divórcio, reproduzido depois no art. 1.700 do Código Civil de 2002, foram tratados em minúcias na referida dissertação de mestrado: ANTONINI, Mauro. *Sucessão necessária*. Dissertação de mestrado defendida na Universidade de São Paulo, 2013, orientação do professor Cláudio Luís Bueno de Godoy.

<sup>6</sup> Sobre as várias correntes doutrinárias, inclusive essa mencionada, defendida por João Batista Vilela a Marco Aurélio Sá Viana, confira-se: NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2004, p. 147-154.

### 3.6. O direito real de habitação em favor por filho portador de deficiência

Por fim, a Lei 10.050/2000 promoveu alteração no CC/16, incluindo o § 3º a seu art. 1.611, criando o direito real de habitação em favor do filho portador de deficiência que o impossibilitasse para o trabalho.

### 3.7. O Código Civil de 2002

Nova e importante etapa evolutiva ocorreu com o Código Civil de 2002.

O usufruto viual foi extinto, substituído pela concorrência do cônjuge não mais em usufruto, mas em propriedade plena, com descendentes, na primeira posição da ordem da vocação hereditária, ou com ascendentes, na segunda.

A concorrência do cônjuge com descendentes passou a depender do regime de bens do casamento, ou, mais precisamente, extraíndo-se a regra por trás do inc. I do art. 1.829, na concorrência de cônjuge com descendentes separam-se de um lado os bens comuns deixados pelo *de cujus*, nos quais o cônjuge já está protegido pela meação, partilhando-se a outra metade exclusivamente entre os descendentes, sem concorrência com o cônjuge; e, de outro lado, separam-se os bens particulares, que pertenciam exclusivamente ao *de cujus*, sem comunicação com o cônjuge, em relação aos quais se estabelece a concorrência entre o cônjuge e descendentes, na proporção prevista no art. 1.832.

Após intensa polêmica doutrinária e jurisprudencial, se o cônjuge concorreria com descendentes se casado pela separação convencional de bens, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que concorre mesmo casado nesse regime e, ainda, que se trata de concorrência inafastável<sup>7</sup>. Essa concorrência necessária do cônjuge casado por separação total convencional de bens acarreta, porém, uma série de problemas, motivo pelo qual, em trabalho anterior, defendemos alteração dessa orientação jurisprudencial, mantendo-se a concorrência do casado pela separação convencional, mas com a possibilidade de exclusão da concorrência caso os cônjuges assim deliberem consensualmente, no pacto antenupcial ou após, por alteração do regime de bens<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> AR no EREsp 1.472.945, rel. Min. ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, Segunda Seção, j. 24.06.2015.

<sup>8</sup> Sobre a polêmica da concorrência do cônjuge casado por separação total com os descendentes e sobre os motivos dessa proposição, cf.: ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Org.). Código Civil comentado. 11. ed. Barueri: Manole, 2017. p. 2126-2129.

Ainda, aplicável a referida regra geral que se se extrai do inc. I do art. 1.829, há concorrência do cônjuge com descendentes mesmo na comunhão universal de bens, se houver nesse regime bens particulares nas hipóteses do art. 1.668 do Código Civil<sup>9</sup>.

Esse inc. I exclui da concorrência com os descendentes o cônjuge casado por separação obrigatória de bens, mas entendemos ser necessário fazer uma ressalva, pois se trata de regime que visa proteger um ou ambos os cônjuges, como no caso da menor que casa grávida com suprimento de idade, ou do maior de 70 anos, e estes que são os protegidos devem poder concorrer com os descendentes, sob pena de grave incoerência do sistema, pois, do contrário, seriam prejudicados em razão de norma que visava protegê-los<sup>10</sup>.

Na concorrência com ascendentes, não há no inc. II do art. 1.829 as mesmas ressalvas quanto ao regime de bens, de modo que o cônjuge concorre indistintamente nos bens comuns e particulares, nas proporções previstas no art. 1.837.

O direito real de habitação, que era concedido somente ao casado pela comunhão universal, foi estendido a todos os regimes de bens. Embora não tenha sido reproduzida a ressalva da duração desse direito real à permanência da viuvez, entende-se que essa limitação temporal subsiste, pois o direito real de habitação é projeção, para além da morte, do vínculo familiar que havia entre os cônjuges e, se o sobrevivente se casa novamente ou constitui união estável, o vínculo anterior se desfaz, fazendo extinguir o direito real<sup>11</sup>.

O cônjuge foi promovido expressamente à condição de herdeiro necessário, não mais em usufruto, mas em propriedade plena.

O art. 1.700, no livro do direito de família, manteve a previsão do art. 23 da Lei do Divórcio, subsistindo o legado legal necessário de alimentos.

O Código de 2002 não revogou a Lei 6.858/1980, preservando-se, assim, o legado legal necessário dos créditos nela contemplados.

Esqueceu-se, porém, de transplantar para o novo código o direito real de habitação do filho portador de deficiência, tendo sido, portanto, suprimido.

<sup>9</sup> Nesse sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de, *Código Civil comentado*, São Paulo, Atlas, 2003, v. XVIII, p. 224; e OLIVEIRA, Euclides, *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 109.

<sup>10</sup> Cf. ANTONINI, Mauro, cit., 2017, p. 2129-2130.

<sup>11</sup> São os argumentos de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o Des. FRANCISCO LOUREIRO, EI 0000038-40.2012.8.25.0471, j. 14.08.2014.

### 3.8. A “revogação” do art. 1.700 do Código Civil por decisão do STJ

Já na vigência do Código de 2002, sobrevieram duas mudanças importantes por interpretação jurisprudencial. A primeira delas, em nosso entender, configura grave retrocesso, representada pela posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão de sua Segunda Seção, constituindo em tese precedente obrigatório, de observância obrigatória por todos os tribunais e juízes brasileiros (CPC/2015, art. 927, V), no sentido de que a obrigação de prestar alimentos é personalíssima e se extingue com a morte<sup>12</sup>. Essa decisão do STJ significou adoção da posição mais conservadora dentre as que se digladiavam sobre a interpretação do art. 23 da Lei do Divórcio, reproduzido em linhas gerais pelo art. 1.700 do Código de 2002. Embora esse art. 1.700 expressamente disponha que a obrigação de prestar alimentos se transmite aos herdeiros do devedor, a decisão do STJ, em última análise, nega vigência ao dispositivo, inverte sua redação, afirmando que a obrigação não se transmite com a morte.

Com todo o respeito pela posição da maioria nesse julgamento, consideramos corretos os argumentos do voto vencido da Min. Maria Isabel Gallotti. Talvez não tenha sido percebido adequadamente que essa norma representava a instituição de legado legal necessário de alimentos, de aplicação restrita e subsidiária, válvula de escape do sistema para conferir proteção alimentar em determinadas situações de vulnerabilidade, não atendidas por outros institutos do direito das sucessões.

Tome-se o exemplo de sujeito abastado, que vive de rendas de aluguéis de dezenas de imóveis, e que, espontaneamente, destinava um dos aluguéis para assegurar a sobrevivência de seu irmão inválido, sem fonte de renda e sem ter a quem recorrer. Morrendo o alimentante, transmitindo-se seu patrimônio a seus filhos menores, o irmão inválido, tio dos herdeiros, poderia invocar o art. 1.700 para exigir o legado de alimentos, preservando-se sua renda de um aluguel. Os herdeiros necessários não sofreriam prejuízo significativo, pois a herança permite o pagamento desse legado sem prejudicar a legítima desses herdeiros necessários, visto que receberiam os aluguéis dos inúmeros outros imóveis. Mas, aplicado o entendimento que veio a ser assentado pelo STJ, o irmão do de cujus não poderia invocar o art. 1.700, pois praticamente revogado pela

<sup>12</sup> REsp 1354693/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 20/02/2015.



decisão do STJ, uma vez que a interpretação que lhe foi dada torna inútil a norma. E também não poderia exigir alimentos dos sobrinhos, pois o grau de parentesco entre eles é de terceiro grau e a obrigação alimentar só vai até o segundo grau (CC, art. 1.697). A decisão do STJ fecha as portas para atendimento de situações limite como a desse exemplo.

Essa norma do art. 1.700, se aplicada com os temperamentos adequados, não afeta seriamente a legítima de herdeiros necessários, nem esvazia a herança, permitindo flexibilização importante no sistema sucessório, para atendimento de situações particulares, como a do exemplo mencionado. Seria importante, em nosso ponto de vista, revisão do tema pelo STJ, restabelecendo-se o entendimento que era o dominante na interpretação do art. 23 da Lei do Divórcio e que, segundo se defende, deveria ser mantido na vigência do art. 1.700.

### **3.9. A inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, declarada pelo STF**

Outra mudança evolutiva importante na vigência do Código Civil de 2002 se deu pela decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 878.694, julgado em 10.05.2017, declarando inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, o qual disciplinava a sucessão do companheiro sobrevivente, assentando que a Constituição não permite diferenciação de direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro sobreviventes. Em consequência, todos os direitos sucessórios do cônjuge anteriormente apontados se estendem ao companheiro sobrevivente. Ainda, diante do que havia sido decidido pelo STF, na ADIn 4.277 e na ADPF 132, julgadas em 05.05.2011, recorde-se que as regras sobre união estável se aplicam inclusive às uniões homoafetivas.

### **4. Fundamentos da evolução do direito das sucessões brasileiro: a combinação de distintas técnicas sucessórias**

Esse breve retrospecto da evolução do direito das sucessões brasileiro revela ter sido mantido na sucessão legítima, especialmente na sucessão necessária, o critério tradicional de contemplação de todos os herdeiros da mesma classe e grau com quinhões idênticos, sem diferenciações em razão de distintas condições pessoais, assegurando-se a chamada igualdade nas legítimas dos herdeiros necessários. Não importa, assim, se o *de cujus* deixou dois filhos, um deles, por exemplo, próspero empresário, e outro inválido, incapaz de se sustentar. Ambos recebem a mesma cota na legítima. Se o pai pretender fazer diferen-

ciação entre os filhos, para compensar a desigualdade de condições financeiras deles, deve-se valer de testamento, fazendo disposições de sua parte disponível em favor do filho inválido.

A explicação para manutenção desse critério de quinhões iguais dos herdeiros necessários na legítima é o que a doutrina denomina solidariedade dos afetos, atendendo-se à expectativa dos descendentes, especialmente de não serem alijados integralmente da sucessão do ascendente comum<sup>13</sup>. Outro fundamento é o de que, em nosso sistema, ao invés de se estabelecer um direito sucessório a alimentos, em favor das pessoas dependentes do *de cuius*, como ocorre no direito inglês, a depender de pedido judicial após a abertura da sucessão, optou-se por critério de cotas fixas pré-estabelecidas, a evitar judicialização posterior ao óbito, sob o fundamento de que um filho, por exemplo, autossuficiente ao tempo da abertura da sucessão, pode vir a cair em penúria e a cota igual a todos serviria como respaldo para este tipo de vicissitude futura<sup>14</sup>. Sob esses fundamentos, preservou-se em nosso direito o sistema de cotas iguais a sucessores da mesma classe e grau, não importando diferenciações pessoais entre eles, critério em conformidade com o princípio da igualdade formal, típico do paradigma liberal das codificações do século XIX e princípio do século XX.

Mas, sem exclusão desse critério, foram sendo introduzidas paulatinamente as referidas hipóteses de legados legais necessários, para atendimento de necessidades específicas de determinados sucessores: o direito real de habitação para assegurar moradia ao cônjuge viúvo no imóvel residencial da família; o legado de crédito de verbas salariais etc. em favor de dependentes previdenciários, com nítido caráter assistencial e alimentar; e o referido legado legal de alimentos. Esses legados legais necessários têm por fundamento a igualdade substancial, a chamada personificação do direito civil, paradigma do Estado Social, na evolução do direito privado.

Passam a coexistir no sistema, portanto, duas técnicas sucessórias distintas e complementares. A manutenção de cotas iguais na legítima, preservada em razão da solidariedade dos afetos, sem distinções pessoais, e a de atendimento de necessidades particulares de determinados sucessores, mediante implantação de hipóteses de legados legais necessários.

---

<sup>13</sup> MONACHE, Stefano Delle. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 20-21.

<sup>14</sup> CINQUE, Maddalena. Sulle sorti della successione necessaria. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno LVII, n. 5, 2011, p. 502.

## 5. Sucessão testamentária: autonomia privada e o controle do mérito das disposições testamentárias. Relativa flexibilização das formas

Na evolução da sucessão testamentária, é de se destacar, em primeiro lugar, que a liberdade testamentária é emanação do direito de propriedade e da autonomia privada, mas também confere espaço para que o autor da herança, além de realizar seus interesses individuais, possa atender a relevantes interesses sociais, na busca, por exemplo, da igualdade substancial entre os filhos, usando a parte disponível para deixar a filho mais necessitado etc.; ou, ainda, para fazer disposições em favor de entidades beneficentes, para instituição de fundações etc.<sup>15</sup>

O exercício da liberdade testamentária era considerado direito absoluto, incontestável, sob a concepção do Estado Liberal, típico do séc. XIX e início do séc. XX, a ponto de no direito inglês da época, em exemplo ilustrativo, a jurisprudência ter chegado a afirmar que o testador tinha o direito subjetivo de ser caprichoso e até mesmo cruel, deserdando imotivadamente familiares próximos, dependentes dele<sup>16</sup>. Na referida evolução do direito privado em direção ao chamado Estado Social, o então princípio da autonomia da vontade passou por recompreensão tão significativa que teve sua denominação alterada para autonomia privada, mantendo-se a autonomia da vontade, mas se lhe impõe observância aos princípios fundamentais da Constituição e às normas infraconstitucionais, como seus limites internos. Como o ato de testar é emanação da autonomia privada está sujeito a esses limites internos dela<sup>17</sup>. O que significa que, a partir dessa nova compreensão da autonomia privada, torna-se possível estabelecer algum controle sobre o mérito das disposições testamentárias, quando há violação de normas fundamentais da Constituição, de normas cogentes etc.<sup>18</sup> Citem-se como exemplos colhidos da doutrina: a) a hipótese de testamento pelo qual o pai deixa sua parte disponível a filhos

<sup>15</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 274-281.

<sup>16</sup> GALLARDO, Aurelio Barrio. *La evolución de la libertad de testar en el "Common Law" inglés*. Cizur Menor: Arazandi, 2011. p. 250-253.

<sup>17</sup> GODOY, Cláudio Luís Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15-25.

<sup>18</sup> Cf., no direito brasileiro, a aprofundada análise de: NEVARES, Ana Luiza Maia, *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009. Ainda: SCALISI, Vincenzo. *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLIII, Milano, 1989, p. 391-393; e BIANCA, Massimo, *Diritto Civile*, 4. ed., Milano, Giuffrè, 2005, v. 2: La famiglia e le successioni, p. 730-731.

homens, não às mulheres, evidenciando-se que o faz por diferenciação de gênero, praticando discriminação que poderia ser questionada à luz da Constituição<sup>19</sup>; b) situação de proprietária de colégio no Rio de Janeiro, estabelecendo no testamento que, após sua morte, findo o ano letivo respectivo, o colégio deveria ser fechado, disposição que poderia ser questionada por falta de mérito, em confronto com a função social da propriedade, com o interesse no fomento à educação e ao emprego<sup>20</sup>; c) a disposição testamentária que, dispondo sobre os bens dos quinhões de cada um dos filhos, retira de um deles os equipamentos necessários ao exercício de sua profissão, atribuindo-os a outro filho que não exerce aquele ofício.

Além dessa possibilidade de controle do mérito de disposições testamentárias, há, ainda, outra vertente relevante no âmbito da sucessão testamentária, de redução da solenidade formal. Sob o ponto de vista legal, esse movimento ficou evidente a partir do Código Civil de 2002, ao simplificar consideravelmente as formalidades do testamento (redução do número de testemunhas, exclusão de certas formalidades etc.). Mas há, ainda, importante tendência jurisprudencial. O testamento é negócio jurídico solene, que deve observar uma das formas prescritas em lei, sendo tradicional a afirmação que a preterição de formalidades legais implica em sua invalidade. Esse caráter solene do testamento vem sofrendo temperamentos. Em julgado recente e expressivo do Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecida a validade a testamento público realizado por pessoa cega, no qual não foram observados todos os requisitos do art. 1.867 do Código Civil. Essa norma dispõe que o cego só pode se valer de testamento público, com a particularidade de que deve ser lido em voz alta duas vezes, uma pelo tabelião, outra por uma das testemunhas designadas pelo testador. No caso apreciado pelo STJ, não houve a leitura pela testemunha. O Tribunal considerou que, provada a capacidade do testador, o atendimento aos limites da porção disponível, a lúdima declaração de vontade, não se justificava invalidar o testamento, pois a forma tem por finalidade assegurar o respeito à vontade do testador e, evidenciado pelas provas a higidez de sua manifestação, demonstrando-se ter sido atingida a finalidade, é possível preterir alguma das solenidades legais<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> O exemplo é de Luís A. Carvalho Fernandes, jurista português, citado por: GODOY, Cláudio Luís Bueno de, cit., 2004, p. 125.

<sup>20</sup> Exemplo apresentado por: NEVARES, Ana Luiza Maia, cit., 2009, p. 231-235.

<sup>21</sup> Cf. REsp 1677931/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017

## 6. Conclusões

Em termos de conclusão do que foi acima exposto, pode-se afirmar que o perfil do direito sucessório resulta em grande medida do jogo de forças de duas correntes de valores. Uma representada pela sucessão testamentária, expressão da autonomia privada e do direito de propriedade. Outra, pela sucessão necessária, projeção da solidariedade familiar. O Código Civil de 2002 consolidou e até ampliou mudanças muito significativas no direito das sucessões ocorridas durante a vigência do Código de 1916. Mas pecou por deficiência sistemática, tratando dos temas sobre sucessão necessária de forma dispersa, dificultando a visão de conjunto deste fenômeno, não permitindo que se perceba com clareza toda a mudança verificada, reveladora de importante tendência evolutiva do direito das sucessões.

Manteve-se no Código de 2002 a técnica original do Código de 1916, típica do chamado Estado liberal e das codificações do séc. XIX e início do séc. XX, derivada da chamada igualdade formal, atribuindo-se aos herdeiros necessários, especialmente os descendentes, cotas iguais na legítima, não importando a condição pessoal de cada um deles. Mas paulatinamente, durante a vigência do Código de 1916, nova técnica começou a ser introduzida, coexistindo com a anterior, afinada com o modelo de direito civil do chamado Estado social, visando à igualdade substancial, na linha da personificação do direito civil, mediante a criação de hipóteses de legados legais necessários, a favorecer nova figura do direito brasileiro, o legatário necessário. Essa mescla de técnicas sucessórias diversas, ou seja, herança e legado necessários, foi mantida e até ampliada no Código de 2002.

Houve, ainda, considerável ampliação da proteção sucessória do cônjuge, mediante instituição do chamado usufruto viual pelo Estatuto da Mulher Casada, convertido no Código de 2002 em concorrência do cônjuge com descendentes e ascendentes em propriedade plena. A partir da Constituição de 1988, passaram a ser reconhecidos direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente, culminando com recente e marcante decisão do STF, no sentido de que, por força da tutela que emana da Constituição, não se admite diferenciação de tratamento sucessório, pela lei infraconstitucional, entre cônjuge e companheiro.

Lamenta-se o retrocesso em relação ao legado legal de alimentos, constante do art. 23 da Lei do Divórcio, mantido no Código de 2002 em seu art. 1.700, por força de decisão do STJ que retira completamente a utilidade deste art. 1.700, dando-lhe interpretação que nega o que

nele está afirmado de forma expressa. O legado legal de alimentos era hipótese afinada com a referida tendência evolutiva do direito sucesório, promovendo abertura inaudita no sistema, para atendimento, em caráter subsidiário, de situações de especial vulnerabilidade não cobertas por outros institutos do direito das sucessões.

Na sucessão testamentária, evolução doutrinária preconiza a possibilidade de controle judicial do mérito de disposições testamentárias não afinadas com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal etc., reconhecendo-se que o testamento está sujeito aos limites da autonomia privada válidos para todos os demais negócios jurídicos. Tem sido admitida, ainda, quebra da rigidez formal do testamento, admitindo-se que possa ser preterida uma ou outra formalidade legal, desde que seja possível concluir que o ato respeitou fielmente a vontade do testador, dando-se prevalência à finalidade sobre a forma.

Esses, em suma, os aspectos principais que se pretendia destacar sobre a evolução e o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro.

## Bibliografia

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII.

ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil comentado*. 11. ed. Barueri: Manole, 2017.

\_\_\_\_\_. *Sucessão necessária*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. 2: La famiglia e le successioni.

CINQUE, Maddalena. *Sulle sorti della successione necessaria*. Rivista di Diritto Civile, Padova, anno LVII, n. 5, 2011

GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012.

\_\_\_\_\_. *La evolución de la libertad de testar en el “Common Law” inglés*. Cizur Menor: Arazandi, 2011.

GODOY, Cláudio Luís Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2012.

MONACHE, Stefano Delle. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. Milano: Giuffrè, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maia, *A Função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCALISI, Vincenzo. *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, anno XLIII, 1989.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

# Os direitos fundamentais e seu reflexo sobre o direito das sucessões testamentárias

*José Luiz Gavião de Almeida*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Escorço histórico. 3. Situação atual. 4. Espécies de Sucessão. 5. Sucessão contratual. 6. Sucessão anômala. 7. Sucessão hereditária. 8. Primeira Questão. 9. Segunda Questão. 10. Terceira Questão.

## 1. Introdução

Este tema, agora revisado e aumentado, foi por mim tratado no III Simpósio Internacional de Família, Sucessões e Direitos Fundamentais no século XXI, em 31 de maio de 2014. Coube-me falar sobre como os direitos fundamentais influenciaram o direito das sucessões.

Não há dúvida de que a repercussão dos direitos fundamentais aconteceu em toda a legislação. E com o direito das sucessões não poderia ser diferente.

Mas isso não significa que se deva tratar todo o direito com base apenas em princípios. Especialmente os civilistas devem se levantar contra essa situação, que atualmente vem sendo doutrinada. Hoje, não se estudam mais as leis, que são desprezadas, sob o pretexto de que tudo se resolve por alguns princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proporcionalidade.

O direito evoluiu porque vem sendo objeto de estudo há muito tempo, tudo para se elaborar leis que representassem a melhor solução para certos casos específicos, às vezes significando isso exceção a princípios, que não são, nenhum deles, absolutos.

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor Titular do Curso de Mestrado da Universidade Metodista de Piracicaba; Professor de Direito Civil do UNASP; Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP.



Mas, hoje, são jogados fora todos os estudos que redundaram em leis, para, ao alvedrio de cada um, tudo se resolver por princípios gerais.

Some-se a isso a constante intervenção do Poder Judiciário em seara que não é a sua, qual seja, a elaboração de leis. Também o Poder Judiciário tem sido responsável pelo desprestígio da lei, isso na medida em que ultrapassa os limites técnicos de uma interpretação para provocar verdadeira alteração na legislação, em geral pela via da aplicação de princípios gerais, quando o correto seria, se fosse o caso, proceder-se à alteração legislativa, mas agora pela via do Poder Legislativo.

É preciso cuidado com uma e outra situação.

## 2. Escorço histórico

O direito das sucessões já desperta curiosidade quando se percebe não ter ele, hoje, o mesmo propósito de sua criação.

Fustell de Coulanges mostra a natureza religiosa do instituto, quando de sua criação. Teria sido ele inventado para perpetuação do culto doméstico. A propriedade só era transmitida para garantia dessa perpetuação, para que o sucessor tivesse condições econômicas de honrar o encargo de dar continuidade à religião doméstica. A civilização antiga nunca separou os bens do culto, segundo Cícero. De varão para varão o filho é continuador da religião e para este mister herda também os bens.

O que leva o filho a herdar não é a vontade egoística do pai. O filho é herdeiro forçado: não há testamento, nem aceitação ou renúncia da herança. E sequer o parentesco é garantia da sucessão, pois só herda quem pode prosseguir no culto.

Itabaiana de Oliveira liga o direito sucessório aos costumes. Diz que a transmissão hereditária decorreu de hábito. Foi o costume que consagrou o direito dos filhos à herança. O direito sucessório é, por isso, uma consequência necessária à conservação das afeições na família.

D'Agvano encontra fundamento científico para o direito sucessório baseado em conclusões da biologia e da antropologia. Fala em "hereditariedade bio-psicológica". Há transmissão aos descendentes dos caracteres orgânicos e qualidades (virtudes e defeitos) psíquicos de seus antecedentes. É consectário lógico e necessário, a transmissão, também, dos bens.

Cogliolo vê íntima ligação entre família e propriedade. São institutos admiravelmente harmônicos. Dissociá-los seria afetar a própria raiz da sociedade.

Cole analisou a herança sob seu aspecto cultural. A propriedade é vista como um status. A transmissão é um privilégio socialmente reconhecido.

Realmente, nem sempre o direito hereditário procurou beneficiar as mesmas pessoas. Hebel e Frost, em sua *Antropologia Cultural e Social*, ensinam que marido e mulher não herdavam um do outro, no mundo primitivo. Hoje, cerca-se a mulher de direitos, protegendo-a, às vezes, mais que aos próprios filhos, como quando se lhe concede o direito real de habitação.

A concentração da herança, com a primogenitura ou a ultimogenitura, esta mais rara, mas presente em algumas tribos da Índia, África e Ásia, foi comum na antiguidade.

Até a não transmissão foi adotada, embora de forma excepcional. A destruição dos bens, por exemplo, como entre os cheyennes, parece desaparecida; a devolução dos bens a todos os integrantes da sociedade, como nos kibutzim, também é exceção.

### 3. Situação atual

O direito das sucessões tem, hoje, características muito diferentes das que lhe deram origem.

É hoje a transmissão dos bens, vista do lado do antigo titular destes bens. É a ocupação da situação jurídica daquele que morreu, vista a problemática da posição do sucessor, isto é, daquele que recebe a herança.

O direito das sucessões obedece a princípios, como o da liberdade da vontade do autor da herança, embora limitada; da igualdade dos herdeiros parentes que se encontram em igual situação, embora mitigada; da proporcionalidade da partilha ao cônjuge ou companheiro, conquanto não absoluta; da dignidade dos herdeiros que, todavia, não é aviltada quando a herança não lhes é atribuída.

De outro lado, nem todos os direitos são transmitidos. Existem direitos que não sobrevivem à morte de seu titular.

Vale lembrar que as transmissões dos direitos ocorrem por atos *inter vivos* ou *causa mortis*. Os primeiros mostram atos cujos efeitos acontecem ainda em vida das pessoas. Os últimos ocorrem quando a morte é termo inicial ou final para a aquisição de direitos. Há também algumas transmissões que se estabelecem por atos gratuitos e outras por atos onerosos. Gratuitos são aqueles que trazem vantagem para

apenas um dos partícipes. Onerosos quando há vantagens e desvantagens recíprocas.

O direito das sucessões que nos interessa, isto é, aquele regulado especialmente pelos artigos 1784 e seguintes do Código Civil, dá-se, especialmente, por ato *causa mortis* e gratuito. Mas não só.

Há hipóteses de transmissão *inter vivos* regulada pelo Direito das Sucessões. É o caso da partilha em vida (artigo 2018 do Código Civil<sup>2</sup>). Também é a hipótese das doações feitas pelo pai ao filho. Aqui, embora o ato já produza efeitos jurídicos de forma imediata, isto é, ainda em vida dos partícipes, a transferência só é chancelada com a abertura da sucessão, isto em virtude da obrigatoriedade de colacionar os bens adquiridos por doação, para conferência da legítima. Tudo para garantia do princípio da igualdade dos quinhões hereditários.

Da mesma maneira, há negócios jurídicos onerosos que são tratados pelo Direito das Sucessões, como o legado para pagamento de cuidados tidos com o falecido (artigo 1901 II).

Mas não se pense que é sem interesse saber se a transmissão, embora regulada pelo Direito das Sucessões, é onerosa ou gratuita. Se gratuita, não pode, por exemplo, ser a quota do beneficiado (herdeiro ou legatário) estabelecida por terceiro, isto em razão da característica de pessoalidade das disposições hereditárias. Terceiro não pode participar do testamento, mesmo autorizado. Isso não acontece se o ato é oneroso, como mostra o artigo 1901, II, do Código Civil.<sup>3</sup> É que aqui é possível analisar a benesse, pois tem ela característica de pagamento. Quando se dá presente, cabe exclusivamente ao doador estabelecer o seu valor. É ato eminentemente pessoal, arbitrário. Quando há retribuição pelos serviços pagos, por exemplo, há situação objetiva, que pode ser resolvida por terceiro, pois neste caso é possível apurar seu valor, que não é discricionário, mas vinculado aos serviços prestados.

<sup>2</sup> Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

<sup>3</sup> Art. 1.901. Valerá a disposição:

I – em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado;

II – em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado.

#### 4. Espécies de sucessão

É preciso lembrar que nem todas as transmissões gratuitas e causa mortis estão reguladas pelo Direito das sucessões. Por isso se costuma dizer que existem três espécies de sucessão:

- ⇒ Sucessão hereditária
- ⇒ Sucessão anômala
- ⇒ Sucessão contratual

#### 5. Sucessão contratual

A sucessão contratual é, em regra, proibida pelo nosso ordenamento jurídico (artigo 426 do CC).<sup>4</sup> Era o chamado pacto dos abutres. O beneficiário fica, ao menos, esperando a morte do doador. É possível, inclusive, temer por risco à vida do doador, pois só com a sua morte o ato irá produzir efeitos jurídicos.

A regra, entretanto, tem exceções. Há permissão, dada pelo artigo 547 do Código Civil<sup>5</sup>, para que na doação se estabeleça que os bens doados retornem ao doador se este sobreviver ao donatário. Outras situações de permissão também existem, sendo elas exceção à regra geral proibitiva constante do artigo 426 do Código Civil.

Mas há questões ainda não bem resolvidas. O artigo 1402 do CC/16 permitia a sucessão contratual em cláusula aposta nos contratos societários.<sup>6</sup> A hipótese não foi repetida no Código de 2002, pelo que, tecnicamente, a regra da proibição deveria vigorar.

A necessidade da manutenção da afeição entre os sócios, entretanto, impõe a permissão para que a disposição seja reconhecida como possível. De outra parte, para garantia de benesse dada por sucessão hereditária, poder-se-ia comprometer a continuidade de empresa, inclusive de interesse social. A atuar contra esse entendimento, porém,

---

<sup>4</sup> Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

<sup>5</sup> Art. 547. O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário.

<sup>6</sup> Art. 1402 CC/16 – É lícito estipular que, morto um dos sócios, continue a sociedade com os herdeiros, ou só com os associados sobreviventes. Neste segundo caso, o herdeiro do falecido terá direito à partilha do que houver, quando ele faleceu, mas não participará nos lucros e perdas ulteriores, que não forem consequência direta de atos anteriores do falecido.

ainda existe a determinação do parágrafo primeiro do artigo 1848 do Código Civil.<sup>7</sup>

Outra situação nova, que parece se caracterizar como espécie de sucessão contratual, vem criada pela previdência privada, mais especialmente pelo VGBL ou PGBL, Lei 11.196/2005, que no artigo 79<sup>8</sup> permite a transferência do valor aplicado para dependentes indicados.<sup>9</sup>

## 6. Sucessão anômala

A sucessão anômala ocorre quando a sucessão é legal, isto é, vem disciplinada pela lei, mas não aquelas reservadas para o direito das sucessões (artigo 1784 e seguintes do CC/02). São regras excepcionais que regem a transmissão, como é o caso do artigo 551 e parágrafo único do Código Civil.<sup>10</sup> Neste caso, a parte dos bens do cônjuge falecido, antes de ser endereçada a seus herdeiros legítimos, como seria o caso se houvesse necessidade de obedecer aos dispositivos da sucessão hereditária, passa ao cônjuge sobrevivente.

O mesmo acontece quando o bem transmitido tem natureza de Direito Autoral. Por exemplo, falecendo alguém que deixe uma propriedade material e outra imaterial, a primeira será entregue aos herdeiros legítimos, enquanto a segunda aos filhos e à esposa. A propriedade material será transmitida vitaliciamente, enquanto a imaterial por 60 anos.<sup>11</sup> Se não existirem herdeiros legítimos a propriedade material é

<sup>7</sup> 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. § 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

<sup>8</sup> Art. 79. No caso de morte do participante ou segurado dos planos e seguros de que trata o art. 76 desta Lei, os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante.

<sup>9</sup> No Tribunal de Justiça de São Paulo, tive contato com processo em que o falecido transformou toda sua fortuna em um desses planos e colocou como sua beneficiária exclusiva uma recém-namorada, em detrimento dos filhos do primeiro leito. O processo, ainda em fase inicial, teve analisada apenas uma questão preliminar por via de agravo de instrumento. Mas a possibilidade de se burlar a sucessão legítima, pela via da entrega do aplicado a um terceiro, foi de início notada.

<sup>10</sup> Art. 551. Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual.

Parágrafo único. Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente.

<sup>11</sup> Lei 9610/98, artigo 41. Também artigo 112 da mesma lei que faz referência à Lei 5988/73.

devolvida ao Poder Público (artigo 1844 do Código Civil)<sup>12</sup>, enquanto a imaterial cai no domínio público.

## 7. Sucessão hereditária

É a sucessão hereditária, legítima ou testamentária, que o Livro V da Parte Especial do Código Civil trata, e o faz com o nome de Direito das Sucessões.

O Direito das Sucessões é muito sensível, muito suscetível a alterações. O atual ganhou várias modificações, grande parte delas provocadoras de incontáveis polêmicas.

Mas também outras regras jurídicas, que foram trazidas por outras leis, provocam, indiretamente, alterações que merecem reflexão.

A Constituição Federal de 1988 garante, no artigo 5º, XXX, o direito de herança. Não condiciona esse direito, como o faz, por exemplo, com o direito ao trabalho (inciso XIII), também garantido, mas na forma da lei. Poder-se-ia, então, sustentar que as restrições ao direito de herança, estabelecidas por legislação ordinária, não podem ser admitidas, posto inconstitucionais. Seria o caso da deserdação e da indignidade, por exemplo.

Também o Código Civil traz inúmeros dispositivos provocadores de grande celeuma:

- ⇒ O direito das sucessões está diretamente ligado à morte de alguém. Mas o conceito de morte vem sendo modificado. Não se resolveu a questão do prolongamento artificial da vida, porque houve silêncio quanto ao momento em que se dá a morte natural.<sup>13</sup>
- ⇒ Há ausência de solução sobre ser ou não a comoriência aplicável a toda espécie de morte, por exemplo, a decorrente da ausência.
- ⇒ Não houve tratamento relativamente à crioconservação, no que diz respeito a ser ou não hipótese de morte.

---

<sup>12</sup> Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

<sup>13</sup> O artigo 3o da Lei de Transplantes – 9434/97 - fala em morte encefálica. Mas o artigo 13 parece isso não indicar. Até porque a morte encefálica não é o único diagnóstico para a Organização Mundial da Saúde.

- ⇒ Da mesma maneira, não há tratamento sobre a ressurreição, conquanto os métodos de reanimação sejam cada vez mais frequentes.
- ⇒ Inúmeras questões relativas ao nascituro como herdeiro (conforme mostra a Profa. Silmara Juny de Abreu Chinellato em artigo sobre as tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo), não foram abordadas.
- ⇒ Além das questões relativas ao nascituro, outras, referentes ao concepturo, ficaram sem solução. E toda a problemática da filiação transfere-se para o direito das sucessões.
- ⇒ A discussão sobre quem é mãe, se aquela que fornece o material genético, se aquela que cede o útero, ou aquela que pretende o filho, não está resolvida. Com isto não se identifica o ascendente com direito à herança.
- ⇒ Acentuam-se as dificuldades quando se analisa a inseminação decorrente de material genético de homem já falecido.<sup>14</sup>

Neste artigo, tentarei tratar brevemente de três questões, que se ligam mais intimamente aos direitos fundamentais.

## 8. Primeira questão

O artigo 1784 CC/02<sup>15</sup> diz que a sucessão se transmite desde logo aos herdeiros e legatários. O mesmo dizia o art. 1572 do CCC/16. É o princípio da *saisine* hereditária, pelo qual há uma continuidade na titularidade do direito, que não fica, em nenhum momento, sem titular. Por isso é que, imediatamente após a abertura da sucessão o direito já é do herdeiro e, em geral, também do legatário, embora a posse deste possa se dar em momento posterior, e a identificação dos bens que caberão ao herdeiro só se estabeleça com a partilha.

O artigo 1845 do Código Civil de 2002<sup>16</sup>, por outro lado, de forma inovadora, instituiu o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário.

---

<sup>14</sup> Sobre toda a temática vale a leitura dos trabalhos das Professoras Giselda Maria de Novaes Hironaka e Silmara Juny de Abreu Chinellato.

<sup>15</sup> Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

<sup>16</sup> Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Com essas duas regras já é possível concluir que eventual testamento, feito à época do Código Civil de 1916, que não contemplasse o cônjuge e dirigisse a herança a colateral, por exemplo, teria validade se a sucessão se abrisse antes do Código Civil de 2002. Máxime ante o que dispunha o artigo 1725 do Código Civil de 1916.<sup>17</sup>

A disposição atual, que diz ser o cônjuge herdeiro obrigatório, não emprestaria eficácia para os testamentos abertos após a vigência do Código Civil de 2002.

A explicação para essa solução não é difícil. A lei que vigora quando o testamento é feito regula a forma extrínseca do ato e a capacidade para testar. Mas é a lei existente no momento da abertura da sucessão que regula a capacidade para suceder e as regras intrínsecas do ato.

Relativamente a um testamento feito em 2000, por exemplo, é neste momento que o testamento passou a ter validade. Nesse instante, não sendo o cônjuge herdeiro necessário, nada impedia o testador de privá-lo do recebimento dos bens transmitidos. Não sendo o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário, mas simplesmente legítimo, não recebia compulsoriamente.

Mas se tudo isso é verdade, outros dispositivos do Código Civil trazem certa dúvida à solução acima dada.

O artigo 2041 do Código Civil de 2002<sup>18</sup> estabeleceu que não se aplicam às sucessões abertas antes de ele entrar em vigor os artigos 1829 a 1844.

Interpretação a contrário senso nos remete à conclusão de que se deve aplicar às sucessões abertas antes de entrar em vigor o Código Civil de 2002 os demais artigos, entre eles o 1845, em razão do qual o cônjuge é herdeiro necessário e recebe obrigatoriamente herança.

Esse entendimento importa em que, mesmo para as sucessões abertas na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge supérstite deve ser considerado herdeiro necessário, não podendo ser privado da herança.

Aqueles que aparentemente haviam herdado, em 2002, por força de exclusão voluntária feita pelo autor da herança em testamento, transformam-se em herdeiros aparentes e devem devolver o que receberam.

---

<sup>17</sup> Artigo 1725 do CC/16 – Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio sem os contemplar.

<sup>18</sup> Art. 2.041. As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).



A solução contrapõe-se ao artigo 1784 do Código Civil atual, e seu paradigma no código de 1916. Esses dispositivos indicam direito adquirido daquele que figurava como herdeiro no momento da abertura da sucessão. Isto é, falta explicar como se retiraria o direito, ao que tudo indica, já adquirido, daquele que, antes de 2002 recebeu como herdeiro. Há aparente impossibilidade de uma lei ordinária afrontar direito adquirido, constitucionalmente protegido.

Dois precedentes, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, já deram solução no sentido da inexistência de formação de direito adquirido, em casos semelhantes.

O primeiro diz respeito à sucessão de Paul Louis Joseph Deleuze. À época a sucessão dos colaterais, como tratada pelo código de 1916, alcançava até o sexto grau. Com a morte de Paul Louis iria recolher a herança um seu primo, francês, que nunca havia estado no Brasil. Editou-se, então, o Decreto-Lei 1907/39, que modificou a sucessão dos colaterais, só beneficiando aqueles de até 2º grau, e estabelecendo sua aplicação retroativamente. O Supremo Tribunal Federal rejeitou alegação de inconstitucionalidade do referido diploma legal, conforme Washington de Barros Monteiro.<sup>19</sup>

No Governo Dutra, baixou-se o Decreto-Lei 9461/46, agora para ampliar a sucessão dos colaterais até o quatro grau. Ainda é Washington de Barros Monteiro quem conta que a modificação buscou a herança de Hildebrando Cantinho Cintra, que havia falecido em São Paulo sem descendentes sucessíveis, mas que tinha prima, casada com senador da República, que acabou beneficiada com a mudança.

Como se verifica, o artigo 1784 do Código Civil (ou seu correspondente no código anterior), que garantia a aplicação da lei vigente na data da abertura da sucessão para a aquisição do direito de ser herdeiro, tem precedentes jurisprudenciais que não o amparam.

A proteção constitucional do direito adquirido, por isso, parece correr certo risco na solução judicial que se tem dado a esta questão.

---

<sup>19</sup> Washington de Barros Monteiro traz trecho do voto de Carlos Maximiliano sobre o tema: “a opulência daquele estrangeiro fora adquirida por meios tortuosos tais que, ao se abrir inquérito para apurá-los, não achou ele outra porta para escapar senão o suicídio. Sobreveio então a lei, colimando impedir que fortuna, havida em detrimento do Estado, fosse parar às mãos de alienígenas. Sustentou-se que o direito do herdeiro, ao tempo da abertura da sucessão, era presumido, podendo destarte ser alterado por fatos e por lei nova, sem que isso constituísse expropriação independente de prévia indenização.” (*Direito das Sucessões*, 10. ed., p. 19 – voto citado na *Revista Forense* 87/670, *Revista dos Tribunais* 132/757).

## 9. Segunda questão

A mesma situação acima pode ser aplicada à união estável. Segundo a regra geral, o companheiro tem quatro situações diferentes relativamente a seu direito sucessório decorrente da união estável. Antes da Lei 8971/94 não tinha qualquer direito. Após essa lei, passou a receber, entre outros, a herança, com exclusividade, desde que não existissem ascendentes ou descendentes. Com a Lei 9278/96 passou a ter, também, direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência para a família. O Código de 2002, porém, afastou o direito real de habitação e só concedeu direito exclusivo ao companheiro se não existissem outros herdeiros legítimos.

Mas o artigo 2041 do Código Civil de 2002, porém, mandou que não se aplicassem os artigos 1829 a 1844 às sucessões abertas antes de sua vigência. A contrário senso, como se disse, os demais artigos aplicar-se-iam às sucessões já abertas.

A sucessão do companheiro está no artigo 1790 e, portanto, seria aplicável, às vezes entregando mais bens (se aberta antes da Lei 98971/94), ou às vezes menos bens (se a abertura da sucessão se desse após esta lei).

O entendimento no sentido de que essa interpretação não ofende ao princípio da aquisição de direito, conforme a lei em vigor na data da abertura da sucessão, fica por conta dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, já citados.

## 10. Terceira questão

O sucedido, autor da herança, na vigência do Código Civil de 196, tinha a disponibilidade de seus bens, mesmo depois de sua morte, isso pela via do testamento. Solução que se justificava porque inócua a proibição de transmitir a quem lhe aproovesse, visto que se fosse impedido completamente de dirigir sua sucessão poderia distribuir ou dilapidar seu patrimônio antes de morrer.

Inúmeras intervenções começaram a ser feitas para coarctar essa liberdade: umas de aparente proteção ao próprio autor da herança (não pode doar todos os seus bens sem que lhe reste o suficiente para sobreviver – art. 548); outras de garantia dos herdeiros (não pode doar mais do que poderia dispor em testamento – art. 549), ou de parte dos herdeiros (venda de ascendente a descendente – arts. 544 e 496).

Mas uma restrição ao autor da herança parece absolutamente infeliz: não pode clausular a legítima.

Justifica-se com o direito constitucional à herança (art. 5º, XXX, CF).

Não é crível que, especialmente o pai, buscasse com esse gravame o prejuízo do filho. Não se retira deste o direito à herança.

Antes disso, o pai passa por avarento testador, insensível ascendente, em geral para proteger o filho. Esconder o motivo, que agora deverá ser escancarado, irá revelar fatos da vida privada do herdeiro, que o pai buscou encobrir para protegê-lo. Impõe-se ao pai a árdua tarefa de esfacelar a vida privada do filho, que ele pai quis proteger mesmo depois de morrer.

Essa disposição (não clausular) de suposta proteção ao filho, que não impede o herdeiro de usufruir dos bens, parece alicerçada num suposto direito fundamental à herança, direito este que não é tão amplo quanto se apregoa, sob pena de impedir também a deserção.

O que se poderia fazer seria permitir o afastamento das cláusulas, desde que não mais presente o motivo que levou o pai a incluí-las, ou desde que se comprovasse a absoluta intenção do genitor de prejudicar o filho. Mas a prova dessa situação deveria ficar por conta do herdeiro, não do sucedido, cuja boa intenção e correção de atitude deveriam ser presumidas e válidas.

# Capacidade de testar e capacidade de adquirir por testamento

*Sílvia de Salvo Venosa*

Professor e desembargador aposentado

## 1. Capacidade de testar (capacidade testamentária ativa)

Há uma capacidade especial para testar que não se confunde com a capacidade em geral para os atos da vida civil. Quando a lei regula diferentemente a aptidão para determinados atos, trata-se, na verdade, de legitimação para o ato, em terminologia destacada da teoria do processo.

Se não são todas as pessoas que podem testar, importa, então, examinar quais as pessoas legitimadas a efetuar o ato. Também não há reciprocidade, porque se, regra geral, todas as pessoas físicas ou jurídicas podem receber por testamento, só as pessoas físicas podem testar. As pessoas jurídicas têm outras formas de disposição de seu patrimônio quando de seu desaparecimento.

O agente capaz de testar tem legitimidade ativa para o testamento. Aquele que pode receber por testamento tem legitimidade passiva testamentária. Há certas pessoas, contudo, que não podem usar de certas formas de testamento. A lei dá-lhes legitimidade mais restrita. O testador, por exemplo, não sabendo a língua nacional, não pode testar de forma pública, pois, para os instrumentos públicos, é essencial que sejam redigidos em português. O cego só pode testar sob a forma pública (art. 1.867). Há também restrições acerca do alcance das disposições testamentárias (não se pode dispor da *legítima*), mas a certas pessoas (mas aqui se trata, na verdade, de falta de legitimação para receber a deixa testamentária). Essas situações heterogêneas, portanto, não têm a ver propriamente com a capacidade testamentária em geral. Para a prática de qualquer ato jurídico, primeiramente verifica-se a existência da capacidade em geral; uma vez existente esta, verificar-se-á se, para o ato em questão, a lei (ou mesmo a vontade da parte, quando isto é possível) não lhe tirou a capacidade. A regra geral é a capacidade. Nosso Código de 2002 regula a incapacidade ativa para

o testamento no art. 1.860: “Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.”

O Projeto no 6.960 tentou corrigir essa redação, que apresentava ranço do direito anterior, para dizer simplesmente que “além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o devido discernimento”. Com essa dicção, fica claro que os maiores de dezesseis anos podem testar.

O Código anterior dispunha no art. 1.627 que eram incapazes de testar:

- I – os menores de 16 (dezesseis) anos;
- II – os loucos de todo o gênero;
- III – os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo;
- IV – os surdos-mudos que não puderem manifestar a sua vontade.

### 1.1. Incapacidade em razão da idade

Quanto ao fato de se permitir que maiores de 16 anos se utilizem de testamento em ambos os diplomas, o interesse é, como regra, teórico, pois nessa idade dificilmente alguém pensará em ato de última vontade, mas a possibilidade existe e é isto que importa. As legislações comparadas também trazem idades mínimas aproximadas ou igual a nossa. Assim, o relativamente capaz tem plena capacidade de testar. Trata-se, pois, de uma capacidade mais ampla do que a capacidade geral. Importa pensar que, para fazer testamento, a lei procura reconhecer no sujeito um certo grau de discernimento. Acertadamente, a lei entende que o maior de 16 anos tem esse discernimento para manifestar a vontade testamentária. Caso não fosse a lei expressa, necessitaria da assistência do pai ou responsável, tal o impossibilitaria de testar, dado o personalismo do ato já aqui estudado. A origem dessa capacidade vem do Direito Romano, quando se adquiria a capacidade em geral com a puberdade, não havendo, em princípio, uma idade predeterminada.

A capacidade para testar é examinada no momento em que o ato é praticado. No dia da feitura do testamento, o menor deve ter completado a idade legal. Não se leva em conta a hora do ato, pois isto traria instabilidade desnecessária. Se houver dúvida acerca da idade, a questão é meramente de prova.

Se o menor podia testar a partir dessa idade, ao completar 18 anos, no sistema anterior, com maior razão não necessitaria da emancipação para fazê-lo. Se o menor não possui discernimento mental para o testamento, sua capacidade não advirá da idade, mas do requisito legal que exige plena higidez mental.

Como o ordenamento estabeleceu regras próprias para a capacidade testamentária ativa, mesmo que o menor atinja plena capacidade civil pelos outros meios que a lei permite (pelo casamento, por exemplo, com suplementação judicial de idade), tal não concede legitimação para o ato de última vontade. Portanto, a capacidade para testar é independente da emancipação (CICU, Antonio. *Sucessioni per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954. p. 152.).

## 1.2. Incapacidade por falta de discernimento ou enfermidade mental

No momento da elaboração do testamento, o agente deve ter a capacidade de entender o ato e seu alcance. Desse modo, a expressão legal *loucos de todo gênero* não só era obsoleta na psiquiatria como também não se amoldava à verdadeira intenção do legislador. Por essa expressão, restritamente falando, só se pode entender aqueles que tinham interdição judicial. O interdito, é evidente, não pode testar. Não se esqueça, contudo, do que sempre repetimos: que toda afirmação peremptória em direito é arriscada. Há novos princípios a serem examinados na esfera da incapacidade com o recente Estatuto da Pessoa com Deficiência.

No entanto, a saúde mental deficiente no momento da feitura da cártula pode ensejar a anulação do ato. Aqui se trata de aplicar o inciso III do dispositivo anterior: “os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo”. Ou, como dispõe o vigente Código, os que no ato de testar “não tiverem pleno discernimento”. Não havendo sentença de interdição, eventual pedido de anulação por problema mental aqui se insere.

Orlando Gomes (*Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 94.) critica a orientação da lei:

[...] quanto às condições mentais, melhor fora agrupá-las numa categoria única, usando expressões de recente codificação, conforme as quais não podem testar os interditos por anomalia psíquica,

evitando-se a prática abusiva das anulações de testamento por ter sido o testamento feito quando o testador não estava em seu perfeito juízo.

Refere-se o autor ao vigente Código português, que diz serem incapazes de testar os interditos por “anomalia psíquica” (art. 2.189, *b*).

Todavia, os grandes problemas a respeito ocorrem justamente quando não há decreto de interdição. Os interessados pretenderão provar que o testador não tinha higidez psíquica quando da elaboração do testamento. A prova, evidentemente toda indireta, é custosa e difícil.

O atual Código, como vimos, englobou em fórmula única os incisos II e III, dizendo que, “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem seu pleno discernimento” (art. 1.860).

A questão, porém, não se altera, pouco importando a redação atual da lei. A prova deve dizer se o agente estava no momento crucial na plenitude de suas faculdades mentais.

Não tem capacidade de testar tanto o demente como aquele que testou sob fugaz estado de alienação, como, por exemplo, sob efeito de alucinógeno, capaz de tolher o discernimento, ou em estado etílico que o leve a tal. Não se examina o estado psíquico do testador nem antes nem depois do testamento, mas “no momento do testamento” (art. 1.861). A zona fronteiriça é sempre a mais nebulosa e sempre um grande escolho para o julgador, nesses casos. De qualquer modo, afere-se a capacidade do testador quando do ato: a incapacidade superveniente não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade, segundo os termos do art. 1.861.

Estando pendente processo de interdição, o exame da incapacidade, se não se lhe aguardar o resultado do processo, ou o período da interdição não atingir o momento da elaboração do testamento, faz-se no curso do pedido de nulidade. Mesmo que levantada a interdição por sentença, isto não inibe o interessado de provar que, no momento culminante, qual seja, o da elaboração do testamento, faltava discernimento ao testador. Tal não inibe que tivesse o agente uma recaída ou estivesse então atravessando um daqueles períodos de breve ou brevíssima incapacidade, como alcoolismo, sonambulismo, hipnotismo etc. Não há que se admitir capacidade testamentária a quem testa sob transe hipnótico, ou naqueles estados psíquicos que muitas ciências espiritualistas entendem que o sujeito não comanda seus atos. Nessas ações, muito importante, além dos pareceres dos psiquiatras, é todo o conjunto probatório

que deve girar em torno do momento e da época em que o testamento foi feito e a situação de vida do testador. Questão das mais tormentosas é saber se, mesmo interdito, pode ele testar num estado de lúcido intervalo, ou quando a sentença de interdição não foi levantada, apesar de sua cura. Não resta dúvida que o interdito é um incapaz absoluto de testar, mas, como sempre reiteramos, qualquer afirmação peremptória em direito é arriscada. Os casos concretos estão sempre a desafiar a própria ficção. O juiz deve sempre aplicar a lei com o temperamento que sua finalidade permite. A pergunta que se fará no caso é se é razoável privar do direito de testar (no caso, declarar nulo o ato) aquele que no curso de uma interdição recupera as faculdades mentais (FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970. v. 1, p. 75.). Ou alguém, por exemplo, em estado de coma que retorna à consciência e realiza o testamento. A questão entrosa-se demais não só com a ciência médica e a ciência jurídica, mas também com valores mais altos da existência humana, que um escrito como este não permite aprofundar.

De qualquer modo, há que se presumir sempre a capacidade. Na dúvida, deve-se resolver pela validade do ato. A regra é de lógica jurídica, mas vinha expressa no Código argentino revogado, com detalhes (art. 3.616).

O respeitado civilista argentino Guillermo A. Borda (*Tratado de derecho civil: sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987. v. 2, p. 161.) chama atenção para o cuidado com a prova nos casos de alienação. Não se esqueça de que, se a avaliação da prova é dirigida ao juiz, é importante que o advogado, sem ferir sua ética, proporcione tais meios. O testamenteiro tem importante dever no exame do testamento que lhe foi confiado e não se pode omitir no processo. A prova testemunhal, mais do que normalmente, deve sofrer um aprofundado exame crítico. O valor dessa prova é mais qualitativo do que quantitativo. É absolutamente relativa a declaração do oficial público de que o testador se apresentou na plenitude de suas faculdades mentais, mera declaração de estilo cartorário. Avultam de importância os testemunhos dos médicos que trataram do falecido na época do testamento. Como a perícia médica é indireta, seu valor é muito relativo. O perito só se valerá, praticamente, de todas as provas também ao alcance do juiz. Outra situação que deve ser examinada pelo juiz é a cártula testamentária em si. Como foi redigida; se vem em linguagem lógica ou não; o exame da caligrafia do testador, em se tratando de redação de próprio punho. Há técnicas apuradas que informam o estado psíquico de quem escreve. Tão só o exame da assinatura já permite essa prova.



### 1.3. Diferença entre incapacidade de testar e vícios de vontade

Não se confundem os casos de incapacidade de testar com os vícios que inquinam a vontade (erro, dolo, coação). Nada impede que se peça a declaração de nulidade por falta de discernimento e, subsidiariamente, a anulação do ato por vício. Assim, o exame dos vícios da vontade deve vir *a posteriori*, após estar assente que caso nenhum de nulidade existiu. Assim também, nem sempre os vícios de vontade anularão todo o testamento, podendo prejudicar apenas disposições em que o vício se manifestou. Aqui, tem validade o brocardo *utile per inutile non vitiatur*. Tudo que se falou a respeito do erro, dolo e coação em nosso *Direito civil: parte geral* aplica-se ao testamento, negócio jurídico que é.

Lembremos que o presente Código fixou em cinco anos o prazo decadencial para impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data de seu registro (art. 1.859). Ao mencionar impugnação, o corrente diploma refere-se tanto aos casos de nulidade como de anulabilidade. Com isso, derroga a regra geral do art. 169, segundo o qual o negócio nulo não é suscetível de confirmação, nem convalidação pelo decurso do tempo. A natureza do testamento e as dificuldades que a regra geral da imprescritibilidade ocasionaria forçaram essa tomada de posição pelo legislador. Essa exceção ao princípio geral vem demonstrar que não é conveniente essa regra geral de não extintibilidade com relação aos negócios nulos. Melhor seria que se abraçasse a corrente doutrinária anterior, que entendia que os atos nulos prescrevem no prazo máximo estabelecido no ordenamento. Nesse campo de nulidades, porém, há de se atentar para as hipóteses de inexistência de testamento, quando qualquer prazo extintivo se mostra inaplicável para sua declaração, como ocorre, por exemplo, na hipótese de perfeita ausência de vontade do testador. Como já enfocamos em nossa obra *Direito civil: parte geral*, a ausência de vontade torna o ato inexistente e isto pode ser declarado a qualquer tempo.

O Projeto no 6.960/2002 sugeriu nova redação no art. 1.859:

Extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, e em quatro anos o de pleitear a anulação do testamento ou a disposição testamentária.

Essa modificação, por um lado, torna claro que o prazo de cinco anos se aplica às hipóteses de nulidade. Por outro lado, o prazo de

quatro anos procura harmonizar o texto com o art. 1.909, que dispõe serem anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação. Tal como está no texto promulgado, há que levar em conta que para esses vícios de vontade o prazo decadencial será sempre de quatro anos, o que causa certa perplexidade.

O erro pode viciar uma única disposição testamentária, ou todo o testamento, conforme o caso. É situação a ser examinada quando da interpretação das cláusulas testamentárias. Todavia, em matéria de testamento o dolo assume uma feição típica que é a *captação de vontade*. Frequentemente, a captação de vontade não se resume a um único ato. Trata-se, geralmente, de uma conduta captatória, de uma manobra engendrada por aqueles que gravitam em torno do testador, muitas vezes moribundo, quando sua vontade, melhor dizendo, seu espírito, já está enfraquecido. É indissociável, no exame de um testamento duvidoso, a análise das condições ambientais que cercaram o ato.

A captação por si não vicia o ato, tanto que Sílvio Rodrigues (*Direito das sucessões*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7, p. 108.) enfatiza que a captação dita inocente não o invalida. Se a pessoa que, sem demonstração maior de interesse, cuidou por muito tempo do testador, com amparo moral e material, e só por isso vem a ser retribuída no testamento, não há que falar em dolo. A distinção é aproximadamente, *mutatis mutandis*, aquela que fizemos de dolo bom e dolo mau (veja nosso *Direito civil: parte geral*, seção 22.4.2).

O testamento deve anular-se quando a captação de vontade do disponente ocorreu com meios e procedimentos reprováveis: mentiras, armadilhas emocionais, calúnias para com terceiros relacionados com a herança, atitude de dominação para com o testador etc. Tudo isso deve ser sopesado na prova. Sem dúvida que se tornam campo propício para a captação dolosa a fraqueza de espírito, a solidão e a idade avançada, a enfermidade, embora nenhum destes aspectos possa e deva ser considerado definitivo. O dolo, nessas circunstâncias, deve anular o testamento, seja para beneficiar o próprio causador, seja para beneficiar terceiros. O que se combate é o dolo em si, e não a captação, que é espécie de dolo. Não se esqueça, outrossim, de que os princípios estudados na Parte Geral aqui se aplicam. Deve o dolo ser a causa do ato. O dolo acidental não invalida o negócio.

Também por coação, como qualquer ato, se anula o testamento. Contudo, como lembra Guillermo Borda (op. cit., v. 2, p. 175), há uma particularidade em matéria de testamento:

[...] como o testamento é essencialmente revogável e a revogação pode surgir de um ato secreto, como é o testamento particular ou cerrado, se faz difícil admitir a violência como causa de nulidade, se não se prova que ela se manteve continuamente até o momento da morte.

O juiz deve examinar se a violência cessou e permitiu que o testador pudesse ter feito outro testamento ou revogado aquele. Os vícios de vontade, cumpre não esquecer, podem ser causa de indignidade ou deserção (arts. 1.814, III, e 1.961; antigo, arts. 1.595, III, e 1.741).

#### 1.4. Surdos-mudos

Enquanto a Parte Geral do Código de 1916 dava como absolutamente incapazes os surdos-mudos que não pudessem *exprimir* sua vontade (art. 5º, III), a incapacidade para fazer testamento reporta-se àqueles que não puderem “manifestar sua vontade” (art. 1.627, IV).

Para fazer testamento, não basta que o surdo-mudo possa exprimir-se. O testamento requer que ele saiba manifestar uma vontade testamentária idônea. Tão só a linguagem técnica ensinada aos surdos-mudos não é suficiente para testar, uma vez que, havendo necessidade de alguém que a interprete e traduza, tal iria contra a característica de ato personalíssimo do testamento. Desse modo, mesmo que educados pelos modernos métodos científicos e considerados aptos para a vida civil, isto é, para aqueles atos em que a audição e a fala não são essenciais (veja nosso *Direito civil: parte geral*, seção 9.3.3), para o testamento é imprescindível que o surdo-mudo saiba escrever, podendo testar sob a forma cerrada (art. 1.873; antigo, art. 1.642), assinando-o de sua mão e escrevendo na face externa do papel ou do envoltório que aquele é seu testamento. Podem, em princípio, mormente se for apenas surdo, testar pela forma pública, na forma do art. 1.866 do atual Código: “O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.”

Não podem testar sob a forma particular, porque não poderão ler o instrumento perante as testemunhas (art. 1.876, § 1º; antigo, art. 1.645, III). Se já foi educado suficientemente para que possa falar, podendo fazer a leitura, será apenas surdo, o que não o impedirá de testar dessa última forma. Na verdade, a lei referia-se ao surdo-mudo analfabeto.

Com mais propriedade, o Código argentino fala na Parte Geral (art. 153) que são incapazes os surdos-mudos que não se podem fazer entender por escrito. Esse é o real sentido desta incapacidade testamentária.

Como assinala Borda (op. cit., v. 2, p. 166),

[...] o que interessa aos efeitos de convalidar o testamento (como qualquer outro ato jurídico) não é uma atitude rudimentar e quase automática para descrever letras e palavras; é necessário uma escritura que permita exteriorizar o pensamento e a vontade, e que indique, ademais, uma plena compreensão do que se escreve.

Não faltando o sentido da audição, não existe incapacidade de testar, ainda que o agente se exprima mal, ou com dificuldade, mas de forma suficientemente compreensível.

## 2. Sobre outras incapacidades

Como vimos, a capacidade de testar não coincide sempre com a capacidade em geral. Em alguns casos, são mais amplas, como aquele do maior de 16 anos; em outros casos, são mais restritas, como a questão dos surdos-mudos. Como para o testamento se exige a mais perfeita razão, a lei há de ser exigente nesse ponto, permitindo ao juiz que verifique, em cada caso, a capacidade no momento de testar. Afóra, porém, as incapacidades enumeradas, não há outras. A capacidade é sempre a regra, a incapacidade, exceção. A velhice, por si só, não gera incapacidade. Enquanto houver discernimento, há capacidade. O mesmo se diga a respeito do enfermo, ainda que moribundo. Há pessoas longevas e enfermos graves que conservam a perfeita lucidez até a expiração. *A capacidade de testar requer a capacidade de mente, não do corpo.* Da mesma forma, a ira, a cólera, o ódio, ou euforia e alegria não constituem fatores isolados de nulidade. A questão sempre se resumirá no exame do discernimento no momento da feitura do testamento e, em última análise, poderá servir de auxiliar na interpretação da vontade testamentária.

Não existe incapacidade para o suicida. A autodestruição, por si só, não significa deficiência de vontade. Assim também não há incapacidade para o falido, o insolvente e o ausente, por exemplo. A lei permite o testamento ao cego, pela forma pública (art. 1.867; antigo, art. 1.637), assim também ao analfabeto (art. 1.865; antigo, art. 1.633).

Como lembra Carlos Maximiliano (*Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. 1, p. 395.), no direito atual não se fulmina mais de nulidade, como no direito anterior à codificação, o ato sob efeito de um violento acesso de ira:

[...] hoje é, sempre, necessário provar que a cólera, qualquer paixão violenta, ou forte acesso de ciúme, perturbava, de modo sério, a mente do de cujus no tempo em que dispôs do patrimônio.

Destarte, não havendo incapacidade expressa, não se amplia a fixação legal. Assim, nem mesmo o pródigo está inibido de dispor por última vontade, embora tenha restrição de disposição patrimonial em vida, salvo se essa prodigalidade lhe afete a mente de modo que se constitua numa enfermidade mental. Aí, porém, a inibição de testar não advém do fato exclusivo de ser pródigo.

O Código não colocou os silvícolas como incapazes de testar, porque tão só o fato de poderem manifestar vontade testamentária será suficiente prova de estarem plenamente enquadrados em sociedade (WALD, Arnaldo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 92.).

### **3. Capacidade de adquirir por testamento (capacidade testamentária passiva)**

Examinamos, agora, a aptidão para receber pelo testamento. A capacidade passiva é a aptidão de alguém poder ser instituído herdeiro ou legatário pela vontade do testador.

Do mesmo modo que há uma legitimação para testar, que restringe ou amplia a capacidade ativa em certas circunstâncias, há situações de incapacidade absoluta para adquirir por testamento. Existem também outras situações, em que certas pessoas, sob determinadas condições, não podem receber em determinado testamento, isto é, não estão legitimadas naquela situação, e só naquela, para serem herdeiros testamentários ou legatários. Há, pois, uma incapacidade absoluta para receber por testamento e uma incapacidade relativa, só com relação a certos testamentos, o que nada mais é do que uma falta de legitimação.

Também aqui, a regra geral é que qualquer pessoa é capaz de receber por testamento, seja física ou jurídica. Só a pessoa tem capacidade no direito e não é diferente no direito testamentário. Coisas e animais

não podem receber por testamento, a não ser indiretamente por meio dos cuidados de um herdeiro ou legatário. Está colocado na Parte Geral que uma das formas de constituição de uma fundação é por testamento. Destarte, como se vê, mesmo ainda não existente, pode uma pessoa jurídica ser aquinhoadada. A criação de uma fundação vem expressa em nossa lei, no art. 62 do Código Civil. A forma de administração dessa dotação de bens é regulada pelo direito que diz respeito às fundações, conforme estudamos em nossa obra *Direito civil: parte geral*, seção 13.12.

Se para a fundação há preceito expresso, discute-se se uma pessoa jurídica ainda não existente pode ser beneficiada. A matéria não é estreme de dúvidas. Se, porém, a lei permite que o nascituro seja sucessor, nada impediria que a pessoa jurídica, em vias de formação, também pudesse ser beneficiada, pois sua situação se equipararia à do nascituro. Tal posição não é unânime, mas Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6, p. 203.) aduz que as sociedades e associações não dependem de prévio registro de seus contratos, estatutos ou atos constitutivos. Se, quando da morte, a pessoa jurídica já existe de fato, ou está em vias de formação, não há que se negar capacidade testamentária passiva a estas entidades, pois o paralelismo com o nascituro é evidente. Tanto é assim, que nosso atual CPC confere personalidade processual a essas entidades (art. 75, IX) (ver nosso *Direito civil: parte geral*, Cap. 13). O vigente Código também contempla a sociedade não personificada (arts. 986 a 990).

O que não é possível é a deixa testamentária ser destinada à criação de uma pessoa jurídica ainda não existente, nem mesmo embrionariamente, afora o caso expresso da fundação. Se já existe uma pessoa jurídica em formação, existe sujeito de direito para assumir o patrimônio. Do mesmo modo que para o nascituro, haverá alguém para zelar por seus bens até seu nascimento com vida (CICU, op. cit., p. 243).

A primeira regra absoluta em muitas legislações é que, para adquirir por testamento, a pessoa deve existir ao tempo da morte do testador (art. 1.717 do Código de 1916). No entanto, nossa lei permite que não só o já concebido quando da morte (o nascituro) possa receber pelo testamento, como também prole eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes ao abrir-se a sucessão (art. 1.799, I; antigo, art. 1.718).

Há que se levar em conta ainda a nova problemática trazida pela reprodução assistida e o fato de o sucessor nascer muito tempo após a morte do testador. O legislador deverá cuidar dos problemas que no futuro advirão a esse respeito. Veja o que falamos sobre esse assunto em nosso *Direito de família*. Ademais, o art. 1.799, já por nós mencio-

nado, permite que os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, sejam chamados a suceder, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Abre-se, portanto, uma nova perspectiva em matéria de sucessão de pessoas ainda não concebidas à época da morte do testador, cujo regramento, com certeza, deverá obedecer a novos princípios no futuro de nossa legislação.

Seres indeterminados e disposições genéricas não podem ser admitidos. Não é válida, por exemplo, a deixa testamentária aos pobres de determinado lugar.

### 3.1. Situação do nascituro

Embora o Código não confira expressamente personalidade ao nascituro, há várias disposições que o protegem. O art. 1.799 ressalva a possibilidade de aquele já concebido quando da morte do testador receber por testamento. Como dissemos no estudo da Parte Geral, o nascituro tem um direito protetivo na lei, que resguarda essa situação de potencialidade, que é o nascimento com vida. Trata-se de *direito eventual*. Realmente, esse direito eventual se materializará em direito pleno, no nascimento com vida. A atribuição de herança ao nascituro não deve ser considerada, portanto, como uma disposição condicional, embora a situação seja muito semelhante. Se, porém, o concebido nasce morto, não existiu herdeiro, porque o natimorto não foi pessoa (art. 4º). Pelo princípio da *saisine*, como o nascituro nunca foi herdeiro, a herança passa diretamente do morto para os herdeiros legítimos, ou para quem o testador tenha substituído ao nascituro (caso tivesse previsto a hipótese) (Miranda, 1973, v. 58, p. 14). Quando o nascituro nasce com vida, seu direito sucessório também se realiza no momento da abertura da sucessão. Se não há nascimento com vida e os herdeiros da ordem legítima recolhem a herança, a situação é a mesma da renúncia da herança, já que o renunciante é considerado como se nunca tivesse sido herdeiro. A ficção da *saisine* opera do mesmo modo aqui. Em ambos os casos, no ínterim, a herança estará sendo administrada por alguém, quer seja o inventariante, quer seja um curador ou administrador provisório.

### 3.2. Atribuição testamentária à prole eventual

O art. 1.718 do antigo Código reportava que o testador designasse “prole eventual” de pessoas por ele designadas e existentes no momento da morte. No atual Código, a regra encontra-se no art. 1.799, I.

Algumas legislações, como a italiana, têm também essa exceção ao princípio de coexistência quando da morte do autor da herança. Tantos são os problemas que essa possibilidade pode causar que melhor seria extingui-la, mantendo-se o fideicomisso, que atinge a mesma finalidade, com maior segurança. Trata-se também de uma proteção ao nascituro, só que ao ainda não concebido. São pessoas que virão a nascer, geradas por pessoas designadas pelo testador, estas, sim, existentes quando da morte. A matéria ganha maior importância agora, com as técnicas de reprodução assistida. Na ilustrativa afirmação de Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. 58, p. 19),

[...] o que se tem por fito, com o art. 1.718, *in fine* é permitir um pulo por sobre uma pessoa (que por si não mereça, ou não precise, para lhe beneficiar a descendência, e acrescenta) o exemplo, que logo ocorre, é o do irmão dissipador ou inimigo do testador.

Assim, não quer o testador deixar a herança para o irmão solteiro e sem filhos, vendo-o como um dilapidador ou não digno de confiança. Atribui, então, o quinhão a sua eventual *prole*. Se o irmão, vivo quando da abertura da sucessão, não vier a ter filhos, a disposição é ineficaz, caduca. Busca-se, então, como dissemos, a ordem legítima, se não foi outra a destinação preferida pelo testador. Como se vê, nesses casos a lei nem mesmo exige a concepção quando da morte. A lei fala em *prole* eventual. Se o testador não esclarecer, todos os filhos da pessoa designada herdaram por igual. Recebem a herança diretamente do *de cuius*, a exemplo dos casos do nascituro e da renúncia de herança. Não há dupla transmissão. O termo *prole* só se refere a filhos; os netos não se incluem na dicção legal, nem haveria razão para tal extensão (MONTEIRO, op. cit., v. 6, p. 204; acompanhando NONATO, Orosimbo *Estudos sobre sucessão civil testamentária*, Rio de Janeiro, Forense, 1957, v. 2, p. 26; MIRANDA, op. cit., v. 58, p. 23).

O testador não fazendo referência (e sua vontade deve ser respeitada), não se faz distinção quanto à filiação: recebem os filhos legítimos ou ilegítimos, isto é, na nova sistemática, filhos provenientes ou não de união com casamento. Afirmava-se que os adotivos não se incluíam nessa possibilidade, a menos que houvesse referência expressa do testador (WALD, op. cit., p. 94). Contudo, entendemos que a evolução da situação sucessória do adotivo não permite mais essa afirmação



peremptória. Lembre-se de que houve sucessivas alterações de direito sucessório em favor do filho adotivo. A intenção do legislador foi, sem dúvida, possibilitar a contemplação dos filhos de sangue. A pessoa indicada poderia adotar exclusivamente para conseguir o benefício testamentário. Contudo, já a legitimação adotiva e a adoção plena das leis revogadas não mais permitiam diferença entre a filiação natural e a filiação civil.

Creemos que na atual legislação incumbe ao testador excluir expressamente os filhos adotivos se não desejar incluí-los.

Com a mesma conotação, apresenta-se a adoção na atual legislação. Desse modo, o filho adotivo, conforme nosso ordenamento, se insere no conceito de prole, aliás, atendendo ao que a atual Constituição pretendia. Essa também é a opinião de A. Cicu (op. cit., p. 238), ao comentar a lei italiana, que equipara os adotivos aos legítimos. É evidente que as leis não foram criadas para serem fraudadas. A intenção do legislador foi a melhor, ou seja, não permitir qualquer diferença entre as espécies de filiação. Se a adoção, mesmo na nova legislação, ocorre com a finalidade precípua de se inserir alguém na deusa testamentária, incumbe ao juiz impedi-lo.

Essa *prole* eventual mencionada pela lei pode já existir ou não quando da abertura da sucessão. Ela refere-se a filhos havidos antes ou depois do testamento, antes ou depois da morte. Não existindo ainda essa prole, por um período, mais ou menos longo, os bens desse quinhão deverão ficar sob guarda provisória. Há, ainda, uma *partilha provisória*, que depois poderá transformar-se em definitiva. Há, ainda, o problema de se saber de quantos filhos se constituirá essa *prole*. Essa provisoriedade poderá perdurar por tempo indeterminado. Deve o patrimônio cabente à prole eventual ficar sob a guarda de um administrador, que o vigente Código denomina curador, que, se nada o impedir (a vontade testamentária poderá fazê-lo), poderá ser o pai ou mãe da futura prole (WALD, op. cit., p. 95), uma vez que os pais administram, por lei, os bens dos filhos menores, tendo seu usufruto legal. Essa disposição, aliás, consta do art. 1.800, § 1º. Lembre-se de que o Código Civil de 2002 estabeleceu o prazo de dois anos para a concepção do herdeiro esperado, salvo disposição em contrário do testador (art. 1.800, § 4º). O testador, portanto, pode fixar prazo diverso. Conforme o art. 1.800, § 3º, nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deusa, a partir da morte do testador. Como, destarte, é relevante a administração do curador no tocante a esses bens, sujeita-se ele a todas as res-

ponsabilidades inerentes à curatela de incapazes (art. 1.800, § 2º). Essa matéria pode, como se nota, trazer incontáveis problemas na prática.

Pontes de Miranda (op. cit., v. 58, p. 24) defendia, no sistema anterior, que na falta de disposição testamentária a administração caberia ao testamenteiro, opinião que se harmoniza com a lei. De fato, cabe ao testamenteiro fazer cumprir o testamento. Todavia, melhor será que o juiz verifique no caso concreto qual a melhor solução, pois a posse provisória de bens é de grande relevância para os interessados e requer os maiores cuidados de preservação. Note que não se trata de fideicomisso. O administrador, ou curador, como agora denomina a lei, é nomeado pelo testador ou pelo juiz. Não existe a figura do *fiduciário*, que exerceria, no caso de fideicomisso, o direito de propriedade. Os nascituros e a prole eventual recebem o quinhão com todos os frutos e acréscimos, desde a abertura da sucessão. Dada a grande responsabilidade do administrador, que pode não ser o pai ou a mãe dos menores, sua função deve ser remunerada, se não forem estes. Se for o testamenteiro, tal deve ser levado em conta em sua vintena. Note que, embora o presente Código preveja a nomeação desse curador na pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro (art. 1.800, § 1º), a disposição testamentária ou mesmo a inconveniência apurada pelo juiz no caso concreto poderá fazer com que outros sejam nomeados. A atual lei indica que se obedeça à ordem de nomeação estabelecida no art. 1.775 para a curatela, a qual, como sabemos, não é inflexível. O Projeto nº 6.960 preferiu que seja seguida a ordem estabelecida no art. 1.797, qual seja, a destinada ao administrador da herança.

#### **4. Incapacidade relativa ou falta de legitimação para adquirir por testamento**

Vimos aqui que a capacidade para adquirir por testamento é geral. Amplia-se até mesmo para quem ainda não nasceu quando da morte do autor da herança.

O art. 1.801 do atual Código Civil trata de incapacidades específicas para determinado testamento, melhor dizendo, para determinada situação testamentária. Assim dispõe a lei:

Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

- II – as testemunhas do testamento;
- III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
- IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

O Projeto nº 6.960/2002 tentou suprimir o prazo de cinco anos do inciso III, que se mostra inconveniente no exame do caso concreto. Tais pessoas, à exceção do concubino, por estarem muito próximas do ato testamentário, poderiam conduzir, direta ou indiretamente, a vontade do testador. A proibição ao concubino vem imbuída de índole moral.

Nosso Direito permite o testamento a rogo sob a forma cerrada, ou para o testamento marítimo. A incapacidade persiste ainda que não tenha sido o fato declarado na cédula. Evidente que essa pessoa poderia redigir diferentemente do desejado pelo testador. Aqui não se trata do caso de quem redige uma minuta ou rascunho para o testador, que o escreve de próprio punho, ou por meios mecânicos. Nada impede o disponente de valer-se de técnicos, de um advogado, para dispor corretamente de seus bens.

Como bem lembra Orosimbo Nonato (op. cit., v. 2, p. 51), essa incapacidade se estabeleceu para evitar abusos e sugestões de quem escreve o testamento cerrado. Tratando-se de restrição, não há que se estender a incapacidade aos afins do redator da cédula.

As testemunhas do testamento também não podem ser beneficiadas, pois devem guardar absoluta distância das disposições testamentárias. Poderiam influenciar a vontade do testador.

O Código anterior tratava da “concubina do testador casado”. O corrente diploma abrandou a regra, devendo ser levado em consideração que o novel legislador denomina concubinato a união impura ou adúlterina.

No sistema anterior, deveriam estar presentes dois requisitos: que o testador fosse casado com outra pessoa, quando do ato, e que existisse concubinato entre ele e a herdeira ou legatária. Não se podia ampliar a restrição. O separado judicialmente e o divorciado não estavam inibidos. O separado de fato continua casado.

O Código de 2002 não mais se reporta à concubina, que era uma discriminação contra a mulher. O Código de 1916 não aplicava a restrição ao “concubino da testadora casada”. Portanto, pela dicção legal,

nada impedia que o concubino viesse a ser sucessor testamentário da testadora casada. Tal distinção demonstra o espírito do Código redigido no alvorecer do século XX, talvez por se entender que era muito raro o adultério da mulher (RODRIGUES, op. cit., v. 7, p. 195).

No sistema atual, o concubino em geral do testador casado, homem ou mulher, não pode ser nomeado herdeiro ou legatário. O atual Código, no entanto, no sentido de abrandar a norma, introduz situação de fato que deverá trazer muita discussão no caso concreto. A restrição não se aplica se o concubino estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos, sem culpa sua. Vimos que esse prazo de cinco anos se apresenta como um dificultador da prova. Serão incontáveis as demandas que discutirão o prazo de cinco anos e a ausência de culpa do concubino. O dispositivo é inconveniente porque traz muita incerteza à disposição. O Projeto corrige-o em parte.

A incapacidade deve ser vista na época da feitura do testamento, mas a situação fática do concubinato deve ser apreciada em cada caso. A caracterização do concubinato dependerá do exame dos requisitos estudados no direito de família.

A última restrição refere-se ao oficial público, ou assemelhado, perante o qual se fizer o testamento, assim como para o agente que fizer ou aprovar o negócio *causa mortis*. A situação visa também coibir abusos e distorções.

A sanção, quando se beneficia qualquer dessas pessoas, não é tornar nulo o testamento, mas apenas “tornar nula a disposição que inclui os impedidos”, é o que deflui do art. 1.802. O testamento vale, mas os incapacitados não recebem.

## 5. Simulação de contrato oneroso e interposição de pessoas

O art. 1.802 dispõe que também são nulas as disposições feitas aos não legitimados a suceder ainda quando simulem a forma de um contrato oneroso ou os beneficiem por interposta pessoa. Trata-se de caso de fraude expresso em lei. Vimos em nosso *Direito civil: parte geral*, seção 26.3, que a fraude pode apresentar-se de múltiplas maneiras. Definimos a fraude como todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com a intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesses de terceiros. Portanto, a fraude é aquela conduta que ilude a lei ou terceiros por via indireta, sem que haja um ato ostensivo de desrespeito ao direito.

Quando o legislador entende que a disposição legal abre brechas e desprotege em muito eventuais prejudicados, coíbe a fraude expressamente. É o que aqui ocorre.

Quando há simulação de um ato oneroso para aquinhoar as pessoas incapazes, presume-se a fraude. O testador confessa, por exemplo, ser devedor de uma dívida inexistente. A presunção é relativa. Se o ato é real, evidentemente, não há fraude. Aqui não há dúvida da relatividade da presunção, porque, se não existe simulação, não há fraude. Aplicam-se os princípios da simulação em geral.

Já no tocante à interposição de pessoas, a colocação de um “testa-de-ferro”, a doutrina não tem dúvidas em concluir por uma presunção absoluta quando se trata de pessoa interposta descrita pela lei. Dispõe o parágrafo único do art. 1.802: “Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.” Se, porém, a pessoa interposta for estranha a essa relação, a situação dependerá de prova, uma vez que a questão se situa no plano da simulação.

A questão da deixa testamentária ao filho da concubina ou do concubino mereceu a edição da Súmula 447 do Supremo Tribunal Federal: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina”. A conclusão sumulada não permitia a o entendimento de excluir a nulidade quando se tratava tão só de filho de concubina, pois neste caso ficaria claro o intuito de favorecer a progenitora. O vigente Código é expresso a esse respeito, sintetizando o espírito dessa súmula no art. 1.803: “É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador.” Desse modo, nessa hipótese, a atribuição testamentária a esse herdeiro comum retira a ilicitude do ato e a presunção de interposição de pessoa.

As pessoas consideradas interpostas podem receber normalmente, se o beneficiário já faleceu, uma vez que a interposição se torna assim impossível (WALD, *op. cit.*, p. 98).

# Indignidade e deserdação: perfil dogmático e aspectos atuais relevantes

*Euclides Benedito de Oliveira*<sup>1</sup>

Advogado e desembargador aposentado

## 1. Direito de herança

É garantido o direito de herança, reza o artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal brasileira de 1988. Trata-se de direito fundamental, portanto, assegurando aos sucessores do falecido haver seus bens por transmissão *causa mortis*.

O artigo 1.784 do Código Civil, na senda desse preceito maior, dispõe que aberta a sucessão transmitem-se os bens do morto aos seus sucessores legítimos e testamentários.

O modo de atribuição sucessória, na vertente legítima, obedece a uma ordem prioritária de chamamento, relacionada ao direito familiar. É a ordem de vocação hereditária, prevista nos artigos 1.829 e seguintes do Código Civil, alinhando os descendentes, os ascendentes, o cônjuge ou companheiro sobrevivente e os colaterais do autor da herança. Essa enumeração pode ser alterada com a concorrência do cônjuge ou do companheiro com os descendentes do morto, dependendo do regime de bens adotado no casamento ou na união estável e da forma e data de aquisição dos bens que sejam objeto da sucessão. Pode dar-se a concorrência, também, entre o cônjuge ou o companheiro com os ascendentes do autor da herança, agora sem os pressupostos de regime de bens ou forma de sua aquisição.

Vale anotar que a posição sucessória do companheiro igualou-se à do cônjuge viúvo, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assente no RE 878.694-MG, de agosto de 2017, com força expandida pela repercussão geral, declarando inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, para aplicação do artigo 1.829 também ao companheiro sobrevivente.

---

<sup>1</sup> Advogado de Direito de Família e Sucessões. Autor jurídico.

Na esfera da sucessão testamentária, importa salientar aspectos relevantes: a disposição de vontade do testador prevalece diante da sucessão legítima, ou seja, primeiro atende-se ao testamento, depois se aplica a ordem da vocação hereditária; mas esta preferência do testamento cede passo ao direito dos herdeiros necessários, que o artigo 1.845 do Código Civil enumera: os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro (este, por analogia e princípio isonômico), aos quais cabe a metade da herança, considerada indisponível (arts. 1.788 e 1.789 do CC).

## **2. Exclusão forçada da herança**

As regras básicas da sucessão hereditária caem por terra em determinadas situações, que a lei civil coloca como causas de exclusão contingente da herança. Decorrem de faltas graves do possível sucessor, cometidas contra a pessoa de quem haveria os bens ou contra certas pessoas próximas a ele por laços de conjugalidade ou parentesco. Tais são as hipóteses de indignidade do herdeiro, previstas no artigo 1.814, e de deserção, previstas nos artigos 1.961 a 1.963 do Código Civil.

A perda do direito de herança, nessas hipóteses legais, é justificada pelo gravame causado ao autor da herança ou a gente próxima dele, tornando o herdeiro indigno de receber os bens a que estaria titulado na sucessão. Assim, o direito fundamental de herança cede passo ao princípio maior que a mesma Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, coloca sob a égide da dignidade da pessoa humana. Para ser herdeiro, não basta o parentesco ou o laço conjugal, é preciso também o componente moral de se mostrar digno da benesse sucessória.

Bem se sabe, no entanto, que o direito de herança, atribuído por força da sucessão legítima ou testamentária, é distinto do direito de meação, que decorre do regime de bens adotado no casamento ou na união estável. Dessa maneira, se o regime era o da comunhão, o viúvo terá direito à metade do patrimônio havido durante a vida em comum, embora tenha praticado fato que o torne indigno de receber quinhão hereditário, que fosse devido por sua linhagem sucessória.

## **3. Indignidade e deserção. Conceito e distinções**

Aproximam-se, do ponto de vista axiológico, os conceitos de indignidade e de deserção porque uma e outra constituem motivos suficientes para a exclusão forçada da herança.

Distinguem-se, porém, pela natureza das condutas imputadas ao herdeiro num e noutro caso e, igualmente, pela origem de sua imposição, se legal ou voluntária.

A distinção básica, extraída da diferente colocação da matéria nas disposições do Código Civil, está em que a indignidade decorre da lei, bastando que se comprove o cometimento da falta tipificada no artigo 1.814, enquanto a deserdação, quando se embasa em outras causas além das previstas para a indignidade, depende de determinação do autor da herança em testamento. Ou seja, a indignidade sucessória dá-se *ope legis* (por força da lei), e a deserdação ocorre *ex voluntate* (por vontade do testador).

Mas a deserdação também se dá nos casos que justificam a declaração de indignidade do herdeiro. Resulta que, então, os dois institutos mais se aproximam, já que haverá exclusão da herança, nesse caso, mesmo que não prevista em testamento. Pode se concluir que todas as causas da indignidade são aplicáveis à deserdação (art. 1961), embora prescindam de disposição testamentária. Já as causas específicas de deserdação, cuidadas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, não servem para invocar indignidade do herdeiro e somente se aplicam quando constantes de ato de última vontade do autor da herança.

## 4. Indignidade

A indignidade é causa pessoal excludente da sucessão do herdeiro ou legatário, consistente na prática de determinados atos ofensivos ao titular dos bens ou a pessoas de sua proximidade, decorrentes de disposição legal, devendo ser declarada por sentença.

### 4.1. Natureza jurídica da indignidade

As situações retratadas no artigo 1.814 do Código Civil, como características de proceder indigno, não configuram incapacidade, nem ilegitimidade passiva do herdeiro, mas uma forma de punição civil pela falta cometida.

Trata-se de matéria controvertida em sede doutrinária, mas sem maior reflexo na aplicação prática do dispositivo. O que se entende, à maioria, é que a opção legal de afastar o herdeiro, embora fosse legitimado e capaz de suceder, dá-se porque ele praticou ato que o torna



desmerecedor da outorga, como supostamente seria a própria vontade do testador (em caso de morte, já que impedido de testar).

A declaração de indignidade constitui, portanto, uma penalidade civil de caráter patrimonial e que decorre de princípio de fundo moral que não permite ao autor de um delito aproveitar-se da própria torpeza.<sup>2</sup>

Tanto é assim, que a mesma lei punitiva abre exceções ao exigir que a indignidade seja requerida e comprovada em ação própria, no prazo decadencial de quatro anos (art. 1.815, parágrafo único) e ao prever a possibilidade de reabilitação do indigno pelo perdão expresso do autor da herança (art. 1.818).

## 4.2. Causas da indignidade

O legislador preferiu ater-se a uma casuística precisa, ao tipificar os casos em que se dá a perda do direito sucessório pela indignidade. O artigo 1.814 do Código vigente descreve, em três incisos, tipos infracionais graves, relativos a homicídio, tentativa de homicídio, calúnia em juízo, crime contra a honra, inibição ou obstrução de vontade do testador. Faz algumas alterações de conteúdo, alargando certas práticas e reduzindo outras, mas com um aspecto geral de reforço na punição do herdeiro infrator.

### 4.2.1. Homicídio e tentativa de homicídio

Corrige-se, no artigo 1.814, inciso I, a expressão técnica do crime – “homicídio doloso” ou “tentativa” –, em lugar da antiga locução “homicídio voluntário”, que constava do código revogado. É a invocação do tipo previsto no artigo 121 do Código Penal – “matar alguém”, abrangendo as diversas formas de homicídio privilegiado, qualificado e, também, a nova figura do “feminicídio”, referente ao crime praticado contra a mulher em razão da sua condição sexual (Lei n. 13.104, de 9.3.2015, com acréscimo do inciso VI ao parágrafo segundo do artigo 121).

É controversa a doutrina na apreciação do caráter taxativo ou meramente exemplificativo dessa regra de indignidade. Assim, questio-

<sup>2</sup> Opinião de Carlos Eduardo Minozzo Poletto, em sua monografia sobre o tema, ao reafirmar, com tranquilidade, que “a indignidade sucessória é uma sanção porque impõe a perda de um direito subjetivo (o de suceder *causa mortis*) [...]” (*Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 248.).

na-se a abrangência de outras figuras delituosas aparentadas, como o infanticídio (art. 123 do CP), o latrocínio (art. 157, § 3º) e a extorsão mediante sequestro seguida de morte (art. 159, § 3º). Embora não tipificados como espécies de homicídio, esses crimes contêm a morte como seu elemento integrante, de modo que haveriam de ser considerados também como formas de indignidade sucessória, à luz de uma interpretação lógica do disposto no artigo 1.814, inciso I. Imagine-se a hipótese de filho que, para haver bens do pai, age com violência e lhe ocasiona a morte para o alcance patrimonial, em procedimento tão ou mais reprovável que a própria conduta puramente homicida (tanto que a pena imposta no latrocínio é superior à prevista para o homicídio doloso).<sup>3</sup>

Quanto à vítima do homicídio, que o Código revogado limitava à pessoa do autor da herança, o Código atual contém notável ampliação, ao acrescentar as figuras do cônjuge, companheiro, descendente ou ascendente do falecido. Não avança, porém, a outros parentes próximos, como sejam os colaterais, deixando de fora situações tão graves como as do fratricídio, que seja praticado para excluir concorrente na herança de um irmão.<sup>4</sup>

O alargamento do polo passivo da prática delituosa traz consequência séria para o herdeiro indigno, que perderá o direito de herança de todos esses personagens ligados ao autor da herança, já que, praticando o homicídio ou a tentativa contra um deles, acaba sendo alcançado pela mesma pecha com relação aos demais pela sua inter-relação conjugal ou de parentesco.<sup>5</sup>

#### 4.2.2. Calúnia em juízo e crimes contra a honra

A previsão do artigo 1.814, inciso II, do Código Civil, inicia-se pela menção à acusação caluniosa em juízo, figura própria do crime de denunciação caluniosa, que é de ação pública e definido no artigo 339 do Código Penal. As demais abrangem os crimes de calúnia, difamação e injúria, que são de natureza privada e têm previsões nos artigos 138, 139 e 140 daquele Código.

<sup>3</sup> Não se admite analogia para prejudicar direitos (*in malam partem*). Mas é possível a interpretação extensiva, que seria uma espécie de analogia limitada, no dizer de José de Oliveira Ascensão, *Direito civil: sucessões*, 5. ed., Coimbra, 2000, p. 139. Por igual, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Curso de direito civil: sucessões*, São Paulo, Atlas, v. 7, p. 110-113.

<sup>4</sup> Certo paralelo com o histórico bíblico da morte da Abel pelo cobiçoso e violento Caim: *Genêsis*, cap. 4, vers. 1 a 10,

<sup>5</sup> Assim, no caso de homicídio do irmão, o indigno fica igualmente excluído da herança dos pais e dos avós (ascendentes do irmão), bem como dos sobrinhos (descendentes do irmão).

Note-se que a injúria grave é também prevista como motivo para deserdação dos descendentes ou dos ascendentes, nos artigos 1.962, inciso II e 1.963, inciso III, do Código Civil, quando, a rigor, nem precisava: a mesma causa de indignidade já se contempla no rol genérico do artigo 1.961, para fins de deserdação dos herdeiros necessários.

Esses procedimentos se aplicam não somente ao autor da herança como, também, ao seu cônjuge ou companheiro, conforme ampliação contida no dispositivo em apreço.

#### 4.2.3. Inibição e obstáculo à disposição de vontade

A descrição do inciso III do artigo em exame difere do texto do Código velho e não prima pela clareza. O texto revogado mencionava, de forma mais ampla, que eram abrangidos os atos violentos ou fraudulentos para inibir a livre disposição de bens em testamento ou codicilo ou obstar a execução dos atos de última vontade. A redação atual vigente ficou a meio termo, por referir apenas à hipótese de inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens. Ora, uma coisa é realizar a disposição de bens, outra, mais avançada, é a de obstar a sua execução, que pode se dar mesmo depois da morte do testador (por exemplo, mediante a inutilização de um testamento particular ou cerrado).

Na interpretação do dispositivo em vigor, haverá de prevalecer a mesma interpretação prática, de abrangência genérica dos atos inibidores de vontade e/ou de sua execução, porque compreendidos no mesmo intuito de prática proibida, pelo obstáculo à livre disposição de vontade do autor da herança tanto no plano de sua elaboração como no da execução.<sup>6</sup>

#### 4.3. Efeitos da exclusão por indignidade

Os descendentes do herdeiro excluído sucedem como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Trata-se de resquício da antiga

---

<sup>6</sup> Volta-se à lição de Carlos Eduardo Minozzo Poletto, taxando de infeliz a nova alocação do verbo “obstar”, por “dar margem à rasteira interpretação de que a novel codificação pune somente o herdeiro ou legatário que impedir ou obstar o autor da herança de firmar testamento ou codicilo, e não aquele que obsta a execução do negócio hereditário, controversia que não se colocava na vigência do diploma revogado, ante a clareza do dispositivo” (cita José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil comentado*, São Paulo, Atlas, 2003, v. 18: Direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima, p. 162).

morte civil, situando o indigno como um autêntico “morto-vivo” no plano sucessório.

Para a atribuição do que seria o seu quinhão, aplica-se a regra da representação sucessória (art. 1.851 do CC). Ou seja, o quinhão do herdeiro indigno passa aos seus descendentes, em sucessão por estirpe, salvo se houver, também para estes, alguma causa paralela de indignidade.

A regra se extrai do artigo 1.816 do Código Civil, ao dizer que são pessoais os efeitos da exclusão por indignidade. Para acentuar esse posicionamento e sua consequência jurídica, o parágrafo único desse artigo determina que o excluído da sucessão não terá direito ao usufruto e à administração dos bens que a seus filhos couberem na herança. A mesma regra de restrição patrimonial consta do artigo 1.693, inciso IV, do Código Civil, com relação aos bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Ainda, o herdeiro excluído não poderá receber os mesmos bens havidos pelos filhos, caso venham a falecer, muito embora possa haver outros bens deixados por eles que tenham diversa origem aquisitiva.

Enseja controvérsia a subsistência dos efeitos da indignidade em casos de atribuição de bens pelo autor da herança a uma pessoa jurídica da qual o herdeiro seja sócio. A pessoalidade inerente à pena de exclusão sucessória pode atingir, então, por via da desconsideração da pessoa jurídica (art. 50 do CC), a deixa feita em favor desta, na medida dos direitos societários que caibam ao herdeiro excluído.<sup>7</sup>

#### 4.4. Validade dos atos praticados pelo indigno

Antes de declarada sua indignidade por sentença, o herdeiro habilitado pode praticar atos de administração e até mesmo de alienação de bens do espólio, já que se trata de sucessor legítimo, apto ao exercício dos seus direitos com relação à herança. O tratamento legal, nesses casos, é semelhante ao do herdeiro aparente, especialmente na apreciação dos efeitos dos seus atos em relação a terceiros de boa-fé (art. 1.828 do CC).

---

<sup>7</sup> Teoria da *disregard of the legal entity*, originária do direito anglo-saxônico. Embora a pessoa jurídica não possa praticar crime, seu sócio pode e, como tal, responde pelas consequências da incidência em indignidade sucessória, não podendo receber bens atribuídos por testamento à empresa da qual faça parte. Figure-se a hipótese de ter o pai feito um testamento beneficiando a empresa do filho. Este vem a cometer parricídio com o declarado ou suposto intuito de receber a deixa testamentária. Sua indignidade, no entanto, impede esse benefício buscado à custa de um crime, da mesma forma que o torna excluído da herança que lhe coubesse em caráter pessoal.

Tais atos são válidos, segundo o artigo 1.817 do Código Civil, assim como prevalecem os atos de administração praticados legalmente pelo herdeiro, enquanto não excluído. Cabe aos demais interessados na herança, quando prejudicados, demandar-lhe perdas e danos, em ação própria.

Responde o herdeiro, também, pelo recebimento de frutos e rendimentos dos bens do espólio, devendo efetuar sua restituição, com o abatimento das despesas na conservação destes bens.

#### 4.5. Perdão do indigno – reabilitação

Como na edificante parábola do “filho pródigo” (Evangelho de Lucas, cap. 15:11-32), em que o pai recebe de volta o filho ingrato e dissipador da herança, o Código Civil contempla, no seu artigo 1.818, a possibilidade de reabilitação do indigno. Trata-se do perdão, que deve ser expresso, em testamento ou em outro ato autêntico.

A menção à autenticidade do ato enseja dúvidas interpretativas, a saber, se exigível escritura pública ou algum ato notarial específico. Não se pode chegar a tanta exigência, uma vez que a lei não menciona a forma especial de exteriorização da reabilitação. O artigo 107 do Código Civil dispõe que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Cabe aplicar, na espécie a regra genérica de validade dos fatos jurídicos, ditada no art. 212 do Código, mediante a aceitação de um critério mais amplo para a qualificação da autenticidade do ato, que pode se revelar por escrito particular e outras demonstrações efetivas de vontade, a serem apreciadas em cada situação concreta.

Outra questão diz com a possibilidade de perdão parcial do indigno, esta de mais fácil deslinde, bastando invocar o adágio de que “quem pode o mais pode o menos”. Assim, nada impede que o ofendido admita participação na herança pelo indigno em determinado bem ou fração ideal, mantendo a exclusão no remanescente.

A tanto se chega, em reforço, pela previsão contida no parágrafo único do artigo 1.818, que valida a disposição testamentária em favor do indigno, quando já conhecida a causa da indignidade. Nesse caso, o indigno poderá receber a deixo testamentária, embora permaneça excluído do restante da herança.

Diversamente, no entanto, se o testador não sabia da ofensa praticada pelo herdeiro, nula será a disposição que o contemple, uma vez que subsistirá na sua inteireza a causa de exclusão da sucessão.

## **5. Deserdação**

Consiste, a deserdação, na determinação de perda da sucessão de herdeiro, por disposição testamentária decorrente da prática de atos que acarretem a indignidade ou por outros atos ofensivos à pessoa do autor da herança ou a pessoas próximas dele, pelas causas enumeradas na lei, mediante a sua comprovação e sentença judicial.

### **5.1. Natureza jurídica da deserdação**

Igual à indignidade, a deserdação tem a natureza de penalidade civil ao herdeiro, que incide nas causas de exclusão da sucessão, pela prática de atos ofensivos merecedores daquela censura.

É a mesma consequência inerente à indignidade, ou seja, perda da herança. Tanto que as causas desta se repetem como motivadoras da deserdação dos herdeiros necessários, na expressa dicção do artigo 1.961 do Código Civil, e outras se alinham nos artigos seguintes, com o mesmo sentido de falta grave e de sua consequente punição patrimonial.

### **5.2. Causas da deserdação**

Aos casos que autorizam a indignidade somam-se, para justificar deserdação de herdeiro ou legatário, outras situações consistentes na prática de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com certas pessoas e desamparo de pessoa doente.

São condutas reprováveis no seu aspecto familiar e social, tanto que igualmente puníveis na esfera do direito criminal.

Para justificar deserdação, é essencial que as causas constem expressamente do testamento, com sua descrição adequada (art. 1.964 do CC). Não basta a menção genérica de tal ou qual prática lesiva, pois o fato deverá ser objeto de futura comprovação em ação própria a ser movida pelo herdeiro interessado (art. 1.965 do CC).

#### **5.2.1. Deserdação dos herdeiros necessários**

Nem era preciso que a lei dispusesse a respeito da privação da legítima, ou deserdação, dos herdeiros necessários, em todos os casos

em que podem ser excluídos da sucessão (art. 1.961 do CC). Já existe, para tanto e independente de cláusula testamentária, a exclusão da sucessão por indignidade, *ex lege* (art. 1.814 do CC).

A disposição do artigo 1.961 é de reforço, a lembrar que, mesmo já existindo a norma imperativa da indignidade, é dado ao titular do bem reafirmar seu interesse em deserdar quem incida naquelas condutas gravíssimas de lhe tentar o homicídio, ou investir contra sua honra, ou lhe inibir o direito e o interesse em dispor de sua vontade por testamento ou codicilo.

As causas legais de deserdação aplicam-se apenas aos herdeiros necessários porque, tendo eles direito à legítima, é preciso haver motivo grave para sua perda. Quanto à parte disponível, não é preciso haver previsão testamentária de exclusão, porque sua destinação a terceiros é de livre arbítrio do testador, sem a necessidade de qualquer justificacão (art. 1.789 do CC).

O rol de herdeiros necessários abrange, além dos descendentes e dos ascendentes, também o cônjuge, conforme a inovação do artigo 1.845 do Código Civil. Acrescente-se, por parêntese, a figura do companheiro sobrevivente, em face do direito sucessório extensivo e isonômico pela equiparação de direitos de cunho familiar (art. 226 da CF/88) e, especialmente, desde a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil no julgamento do RE 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto aos demais herdeiros, que seriam os colaterais (arts. 1.829, IV e 1.839 do CC), para que sejam excluídos do direito à herança não é preciso invocar nenhuma causa; basta que o testador disponha do seu patrimônio sem os contemplar (art. 1.850 do CC).

### 5.2.2. Deserdação dos ascendentes pelos descendentes

Autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes, além das causas da indignidade, outros fatos graves, elencados no artigo 1.962 do Código Civil. Constituem *numerus clausus* (rol taxativo), sem possibilidade de ampliação para tipos diversos, embora passíveis de aplicação para casos em que, mesmo havendo outra tipificação penal, o evento central esteja nela embutido (como já anotado aos casos de exclusão da herança por indignidade).

A previsão legal é exclusiva para afastamento dos descendentes, como também se verifica no artigo seguinte, 1.963, com menção aos

descendentes, sem aplicação, portanto, aos casos de ofensas praticadas por cônjuge ou companheiro. Parece ter havido cochilo legislativo nessa omissão, uma vez que no precedente artigo 1.961 se incluem todas as figuras de herdeiros necessários. Imagine-se a hipótese da violência familiar entre cônjuges, tão comum e com severas punições pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 7.8.2006) e por acréscimo do tipo penal “femicídio” (art. 121 § 2º, inciso VI, do CP), e que, no entanto, passaria ao largo para fins de exclusão da herança diante da omissão legislativa no capítulo da deserdação. A falta de expressa previsão impede que ao cônjuge se apliquem as causas de exclusão cominadas para descendentes e ascendentes, restando apenas a hipótese de enquadramento nas causas mais graves, do artigo 1.814 do Código Civil, que decorrem do artigo 1.861 e que nem precisariam ser anotadas em testamento, pois constituem motivos por si suficientes para o reconhecimento dos efeitos da indignidade.<sup>8</sup>

São as seguintes as causas de deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I – ofensa física: refere-se não apenas aos crimes de lesão corporal dolosa (art. 129 do CP) como a outras figuras penais paralelas de violência embutida, como se dá nos maus tratos (art. 136), rixa (art. 137), constrangimento ilegal (art. 146), roubo (art. 157) e estupro (art. 213); não havendo ofensa física, como na hipótese de contravenção penal por vias de fato, não caberá enquadramento neste inciso, mas abre-se campo para outra tipificação, que seria a da injúria, prevista no item seguinte.

II – injúria grave: qualifica-se a injúria, em acréscimo ao tipo básico do artigo 140 do Código Penal, para abrangência de ofensas morais de maior seriedade, que constituem desonra à pessoa a quem o infrator sucederia; a resposta a esta torpeza de conduta vem com a determinação de perda da herança, desde que assim a vítima disponha no testamento; a tanto não se equiparam, porém, situações do exercício regular de direito, que eventualmente extrapolem em ofensas praticadas no curso do processo, mas não revelam a intenção dolosa de macular a honra da pessoa mencionada.

---

<sup>8</sup> A doutrina majoritária entende dessa forma, como sendo possível a deserdação do cônjuge apenas nos casos de indignidade, referidos no artigo 1.961 do Código Civil. Afirma Flávio Tartuce, citando outros autores, que as demais hipóteses valem apenas para deserdar descendentes e ascendentes, “são normas restritivas de direitos, que não admitem analogia” (*Direito civil – direito das sucessões*. 9. ed. Rio: Gen – Forense, 2015. p. 110.).



III – relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto: o dispositivo tem inspiração de ordem moral, por atinente à conduta sexual imprópria com relação ao afim na linha reta, que constitui evidente afronta ao ascendente; foi tímida a disposição, no entanto, por não mencionar a situação ainda mais grave, de relações ilícitas com o pai ou a mãe, nos casos de incesto que, mesmo sem tipificação penal, caracterizam conduta familiar de graves consequências e indisfarçável necessidade de punição na sucessão hereditária.

IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade: a situação é típica de abandono material (art. 244 do CP), abrangendo, além da falta de assistência, o componente da doença grave do ascendente; mas a orientação doutrinária e jurisprudencial vem se alargando para abranger os casos de abandono afetivo, que ocasionam tanto ou mais prejuízos que a própria desassistência puramente material; note-se que o abandono significa descaso, desprezo pela situação do ascendente, podendo também se enquadrar como injúria grave, prevista no inciso II, supra.

O Código vigente não mais contempla, como causa de indignidade, a que era prevista no inciso III do artigo 1.744 do Código Civil de 1916: “desonestidade da filha que vive na casa paterna”. Era uma ignominiosa discriminação da mulher, por eventual conduta imprópria, enquanto a lei nada referia sobre o comportamento desonesto do homem. Não havia mais como aplicar esse dispositivo por se revelar machista, desatualizado diante dos costumes sociais e manifestamente ofensivo ao princípio da igualdade de direitos entre homem e mulher (arts. 5º, I, e 226, § 5º, da CF/88).

### 5.2.3. Deserção dos ascendentes pelos descendentes

Da mesma maneira, autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes as causas previstas no artigo 1.963, bem semelhantes às do dispositivo anterior: I – ofensa física; II – injúria grave; III – relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta; IV – desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

No tópico das relações ilícitas praticadas pelo ascendente, o dispositivo abrange tanto o cônjuge quanto o companheiro do descendente, bem como seu neto, homem ou mulher; esquece-se das figuras do enteado ou enteada, que certamente podem ser vítimas do assédio sexual do

padrasto ou da madrasta, tanto que, no dispositivo anterior (art. 1.962), eles é que figuram na descrição do tipo para fins da deserdação; clara está a falta de critério legislativo que, no entanto, enseja suprimento pela interpretação que se pode dar a essa previsão legal do ponto de vista teleológico, uma vez que a exclusão da herança, num e noutro caso, correm pelas mesmas motivações de cunho moral penalizante.

### 5.3. Efeitos da deserdação

Assim como sucede com relação ao herdeiro indigno, também o deserdado perde o direito de herança. Essa exclusão é de caráter eminentemente pessoal, não se estende aos seus descendentes.

Não há previsão específica a respeito nos artigos referentes à deserdação, mas tem lugar a interpretação extensiva extraída do artigo 1.816 do Código Civil, que ressalva o direito de sucessão dos descendentes do herdeiro excluído, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Não teria sentido que, para as hipóteses mais graves de indignidade, fosse assegurado aquele direito dos descendentes, sem a extensão de igual benefício à hipótese de deserdação, que, aliás, também pode abranger as mesmas causas da indignidade (art. 1.961), além de outras (arts. 1.962 e 1.963).

Por igual, aplicam-se aos deserdados as regras de validade dos atos praticados pelo indigno, enquanto herdeiro aparente, nas condições constantes do artigo 1.817 do Código Civil.

## 6. Ações de indignidade e de deserdação

Para a exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer dos casos de indignidade, faz-se necessária ação própria de natureza declaratória-constitutiva negativa. A previsão se contém no artigo 1.815 do Código Civil, a exigir declaração por sentença, desde que haja provocação do interessado, que será aquele sucessor a quem beneficie a ordem de exclusão da herança (legítimo interesse, regra geral do art. 17 do CPC).

Sobre a possibilidade de iniciativa do Ministério Público, por legitimação concorrente, especialmente nos casos de herdeiro incapaz, entende-se que seja possível pela gama de interesses de ordem pública, muito embora a lei não preveja esta atuação substitutiva. A questão se resolveu na esfera legislativa pelo PLC n. 9/2017, dando ao Ministé-

rio Público aquela titularidade ativa no caso de perda da herança pela prática de homicídio doloso, ou tentativa de homicídio, nos termos do artigo 1.814, inciso I, do Código Civil.<sup>9</sup>

Havendo sentença penal condenatória do herdeiro, será assegurada mais rápida prestação jurisdicional na esfera do inventário, pela possibilidade de aproveitamento da decisão para fins de declaração da indignidade, nos autos da ação cível, mediante julgamento antecipado ou, até mesmo, por petição no bojo do processo de inventário, pela universalidade deste juízo caso não sejam necessárias outras provas além das documentais, conforme permissão do artigo 612 do Código de Processo Civil.

O prazo para demandar a exclusão da herança por indignidade é decadencial, de quatro anos, contados da abertura da sucessão (art. 1.815, parágrafo único, do CC).

Quanto à ação de deserdação, depende de dois pressupostos básicos: a expressa declaração de causa no testamento (art. 1.964 do CC); a propositura de ação pelo herdeiro instituído, ou por aquele a quem aproveite a exclusão da herança, com prova da veracidade da causa alegada pelo testador (art. 1.965 do CC).

O prazo, nessa hipótese, é também decadencial e de quatro anos. Conta-se da data da abertura do testamento (art. 1.965, parágrafo único) – mudança importante, pois, no Código revogado, este prazo era considerado prescritivo e iniciava-se da abertura da sucessão.

## 7. Indignidade em casos de alimentos e de doação

Em situações paralelas às causas de exclusão da herança, a lei contempla a perda de outros direitos por procedimento indigno do beneficiário de alimentos e do donatário. Nota-se o objetivo, também nesses casos, de punição do infrator com a perda do seu direito patrimonial, em vista da ingratidão de sua conduta perante o titular dos bens transmitidos a título de assistência material ou por alienação gratuita.

Sobre a prestação de assistência alimentar, o art. 1.708, parágrafo único, do Código Civil dispõe que cessa o direito do credor “se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”. Adota-se um conceito

---

<sup>9</sup> O projeto foi aprovado no Congresso Nacional, estando em vias de ser submetido à sanção presidencial.

aberto de indignidade, sem a descrição de causas típicas, muito embora seja possível invocar a mesma casuística do artigo 1.814 para este fim, sem afastar outras hipóteses, como as relacionadas à deserdação, nos artigos 1.962 e 1.963 do mesmo Código.

No momento em que a lei menciona a possível extinção da obrigação alimentar pelo procedimento indigno do credor, está a admitir, também, que o devedor peça o menos, que seria a redução do valor da pensão, para evitar o perecimento da pessoa assistida.<sup>10</sup>

Note-se que a disposição punitiva do artigo 1.708 complementa a hipótese de redução da pensão ao mínimo indispensável, em caso de culpa do alimentando, prevista no artigo 1.694, § 2º, do Código Civil. Questiona-se a subsistência da consideração de culpa na dissolução da sociedade conjugal, desde que admitido o divórcio direto e potestativo pela Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, com alteração do artigo 226, § 6º, da Carta de 1988. Mas pode-se retrucar com a afirmação de que a concessão do divórcio por livre disposição de vontade independente de culpa de qualquer dos cônjuges, não afasta a regra legal de balizamento da obrigação de prestar alimentos, assim como também não afasta outras discussões na órbita da responsabilidade civil para fins de guarda de filhos e de indenização por dano moral no âmbito da família desfeita.

Abarcam-se no conceito lato de procedimento indigno não somente os casos de conduta desonesta do ponto de vista moral ou sexual, como outros atos de igual ou mais séria reprovação social, como se dá na prática de violência e de outros delitos graves, desde que repercutam negativamente em relação ao devedor.

Quanto à doação, contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere bens ou vantagens para outra (art. 538 do CC), pode ser revogada por ingratidão do donatário (art. 555 do CC).

As causas de ingratidão são enumeradas no artigo 557 do Código Civil, com a descrição de atos praticados pelo donatário contra o doador, seu cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão (art. 558): I – tentativa de morte ou homicídio doloso; II – ofensa física; III- injúria grave ou calúnia; IV – recusa de assistência alimentar.

---

<sup>10</sup> Desse teor o enunciado n. 345 do Conselho de Justiça Federal: “O ‘procedimento indigno’ do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor.” (disponível em: <[www.cjf.jus.br/enunciados](http://www.cjf.jus.br/enunciados)>).

Essa casuística em muito se aproxima da prevista para as situações de exclusão da herança por indignidade ou deserdação, mas com diferenças relevantes pela inserção da hipótese de homicídio de irmão e ampliação, no tocante a outros atos, de ofensa ao cônjuge e a outros parentes próximos do doador. Não são catalogadas certas práticas delitivas, como os crimes de difamação e de denúncia caluniosa, embora possam aplicar-se pela compreensão genérica de crimes contra a honra.

Nada se fala, também, para justificar a revogação de doação, sobre desvios morais do donatário por relações ilícitas com familiares, que constam no rol das causas de deserdação. Seriam, tais condutas, enquadráveis dentro do conceito amplo de injúria grave, numa análise do caso concreto que permita aferir reflexos danosos à pessoa do doador.

A revogação da doação depende de iniciativa do doador, em ação judicial, no prazo de um ano a contar da ciência do fato (art. 559 do CC). Em caso de homicídio, a ação compete aos herdeiros do doador, salvo se este tiver perdoado o donatário (art. 561 do CC).

## 8. Conclusões

A consideração de efeitos patrimoniais negativos em razão da indignidade, pelas disposições legais que ocasionam a perda do direito de herança, a par de outras sanções em situações análogas de outorga de bens, representa uma tomada de posição do Estado em resguardo aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Desde que a Constituição Federal determina o absoluto respeito à dignidade da pessoa, qualquer ato que atente contra este preceito basilar pode e deve ser coibido e punido na esfera do direito infraconstitucional.

Nesse panorama, situam-se as hipóteses legais de indignidade e de deserdação para a exclusão forçada do direito de herança, e que se confirmam, em outras esferas jurídicas, pelas causas de revogação da doação e da exoneração do dever alimentar.

Trata-se de alcançar o objetivo de um direito que extrapola de seu aspecto puramente normativo para alcançar a justiça como seu alvo derradeiro e supremo, mandando atribuir a cada um o que é seu, desde que se faça merecedor e digno.

## Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Tema, 2000. p. 139.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 7: Direito das sucessões.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6: Família; v. 7: Sucessões.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5: Famílias; v. 6: Sucessões.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen - Forense, 2015. v. 5: Família; v. 6: Sucessões.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de las sucesiones*. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.



**EPM**<sup>30</sup><sub>anos</sub>  
ESCOLA PAULISTA DA  
MAGISTRATURA