

RDFAS

REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ANO 6

JANEIRO/MARÇO 2019

COORDENAÇÃO

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

REVISTA DE
DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES
RDFAS

Ano 6 • vol. 19 • jan.-mar. / 2019

Coordenação

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA
ADFAS – ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES
WWW.ADFAS.ORG.BR

**REVISTA DE
DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES
RDFAS**

Ano 6 • vol. 19 • jan.-mar. / 2019

CONSELHO EDITORIAL

Conselho Editorial Internacional

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

Conselho Editorial Nacional

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy Andrichi

Francisco Eduardo Loureiro

Ives Gandra da Silva Martins

Jorge Shiguemitsu Fujita

Luiz Fernando Salles Rossi

Maria Vital da Rocha

Mônica Bonetti Couto

Nadia de Araujo

Rogério José Ferraz Donnini

Rosa Maria de Andrade Nery

Verônica A. da Motta Cesar-Ferreira

ISSN. 2358-2057

**REVISTA DE
DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES
RDFAS**

Ano 6 • vol. 19 • jan.-mar. / 2019

Coordenação

CARLOS ALBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

Comissão de redação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO
BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI
DUÍLIO SILVA SANTANA DE ARAÚJO

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

Rua Maria Figueiredo, 595 – 5º andar
04002-003 - São Paulo - SP

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CONTATO ADFAS
(atendimento, em dias úteis, das 8h30 às 18h00)
Tel. (11) 3252-2131
E-mail: [contato@adfas.org.br](mailto: contato@adfas.org.br)

e-mail para submissão de originais
rdfas@adfas.org.br

Visite nosso site
www.adfas.org.br

Fechamento desta edição: [11.10.2019]

APRESENTAÇÃO

A RDFAS – Revista de Direito de Família e das Sucessões – é órgão de difusão científica e cultural da ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões.

A ADFAS tem o propósito de estudar e difundir o Direito de Família e das Sucessões, assim como as disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas, e restaurar o estudo dogmático desses ramos do Direito, considerando que a família, como base da sociedade e núcleo essencial à tutela dos direitos da personalidade, necessita de proteção, em razão do desprestígio causado por interpretações dissonantes dos anseios sociais e da ordem constitucional e infraconstitucional, e que é o centro natural da criação e educação de crianças e adolescentes, assim como dos cuidados aos idosos, e que o Direito de Família e das Sucessões envolve o interesse social e não é limitado aos interesses individuais.

Nada obstante, a RDFAS foi concebida como um veículo destinado ao diálogo entre os operadores do Direito das mais variadas vertentes, de modo que está aberta à participação de todas as correntes do pensamento, sem perder de vista a supremacia da segurança jurídica.

Cada um dos autores se posiciona livremente sobre temas atuais e polêmicos, de modo que os artigos não refletem pensamento unívoco, em razão da divergência de opiniões e também porque tocam em assuntos que representam novidades no cenário doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a RDFAS tem o propósito de noticiar as ideias e os debates que surgem no seio do Direito de Família e das Sucessões e desenvolver um espaço de meditação sobre seus reflexos na atividade dos magistrados, promotores, procuradores, advogados e estudantes.

Com periodicidade trimestral, a RDFAS contém artigos e outros textos científicos, como comentários sobre importantes acórdãos dos Tribunais Estaduais e, bem assim, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

PRESENTACIÓN

“RDFAS” Revista de Derecho de Familia y de Sucesiones, es un órgano de difución científica y cultural de “ADFAS” Asociación de Derecho de Familia y de Sucessões.

“ADFAS” tiene como propósito de estudiar y difundir el Derecho de Familia y de las Sucesiones, así como las disciplinas correlativas, jurídicas y no jurídicas, y restaurar el estudio dogmático de esas ramas del Derecho, considerando que la familia, como base de la sociedad es núcleo esencial de la tutela de los derechos de la personalidad, necesita de protección, en razón del desprestígio causado por interpretaciones dissonantes de las ansias sociales que dan orden constitucional e infraconstitucional, y que es el centro natural de creación y educación de los niños y adolescentes, así como de los cuidados de los ancianos.

El Derecho de Familia y de las Sucesiones envuelve el interés social y no es limitado a los intereses individuales.

No obstante, RDFAS fué concebida como un vehículo destinado al diálogo entre los operadores del derecho de las más variadas vertientes, de modo que se encuentra abierta a la participación de todas las corrientes de pensamientos, sin perder jamás de vista el ordenamiento y la supremacía de la seguridad jurídica.

Cada uno de los autores se posiciona libremente sobre temas actuales y polémicos, de modo que los artículos no reflejen pensamiento único, en razón de la divergencia de opiniones y también porque desarrollan de forma independiente, corrientes que representan novedades en el escenario, jurídico, doctrinario y jurisprudencial.

Así, RDFAS tiene como propósito de anoticiar las ideas, pensamientos y los debates que surgen en el círculo del Derecho de Familia y de las Sucesiones y en desenvolver un espacio de meditación sobre sus reflexiones en la actividad de los magistrados, promotores, procuradores, abogados y estudiantes.

Con periodicidad trimestral, “RDFAS” contiene artículos y otros textos científicos, como comentarios sobre importantes acordadas de los tribunales estatales, como así también, del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	4
---------------------------	----------

DOUTRINA NACIONAL

A subsidiariedade dos afetos na união matrimonial

The subsidiarity of the affections in the marriage

Caio Chaves Morau	10
-------------------------	----

Da constitucionalidade no reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar - uma crítica à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 4.277 e ADPF nº 132

The constitutionality in the recognition of homoaffectional unions as a family entity - a criticism of the decision handed down by the Federal Supreme Court in ADI records number 4.277 and ADPF number 132

Daniela Pinheiro Gomes Pessoa	26
-------------------------------------	----

Direito a liberdade de comunicação social: uma análise econômica do direito sobre falta de cumprimento do art. 221 da CF/88

Right to freedom of social communication: an economic analysis of the law on lack of compliance with art. 221 da CF/88

Grazielly dos Anjos Fontes Guimarães e Igor Ranyeri Tavares Guimarães	47
---	----

A desigualdade de gênero e seus reflexos no direito de família brasileiro

The inequality of gender and its reflections in brazilian family law

Luíza Souto Nogueira	66
----------------------------	----

O direito ao conhecimento das origens genéticas na reprodução humana assistida e o princípio do anonimato

The right to know one's genetic origins in the assisted reproduction technology and the anonymity principle

Marta Rodrigues Maffeis Moreira 87

Análise do Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça à luz do princípio constitucional da separação dos poderes e seus reflexos no direito de família brasileiro

Analysis of the Brazilian National Council of Justice Resolution 63 in light of the constitutional principle of the separation of powers and its reflexes in the Brazilian family law

Vitor Storch de Moraes 112

DOUTRINA ESTRANGEIRA

El derecho de identidad a la luz del artículo 624 del CCYCN

María Lorena Chain y Agostina Tula 137

Algumas notas em torno do casamento no ordenamento jurídico português – diversidade religiosa, igualdade, diversidade cultural, étnica e a idade núbil

Some thoughts about marriage in the Portuguese legal framework – religious, cultural and ethnic diversity

Cristina Dias e Rossana Martingo Cruz 156

MEMÓRIA

Nullidade das doações á concubina

Alvino Lima 184

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Multiparentalidade e o princípio do melhor interesse da criança – Comentários ao REsp nº 1.674.849	
Letícia Góes Braga	189
O ensino domiciliar no brasil - Comentários ao RE nº 888.815	
<i>Homeschooling in Brazil</i>	
Yasmin Relvas e Leonardo Relvas	202
NORMAS DE PUBLICAÇÃO	231

REVISTA DE
DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES
RDFAS

Ano 6 • vol. 19 • jan.-mar. / 2019

DOUTRINA NACIONAL

A SUBSIDIARIEDADE DOS AFETOS NA UNIÃO MATRIMONIAL¹

THE SUBSIDIARITY OF THE AFFECTIONS IN THE MARRIAGE

Caio Chaves Morau

Mestre em Direito Civil pela FD/USP. Bacharel em Direito pela FDRP/USP, com período cursado na Université Paris-Sud XI. Professor de Direito Civil da Escola Superior de Direito e da Escola Preparatória para OAB Proordem.

Resumo: Parte considerável da doutrina brasileira afirma, sem hesitar, que os afetos são o elemento estrutural, a mola propulsora, o centro de gravidade das uniões matrimoniais. O presente artigo tem por objetivo analisar criticamente essa visão, procurando, por meio de considerações filosóficas e antropológicas, demonstrar que a afetividade é apenas uma pequena parte do amor que faz os cônjuges se unirem e permanecerem casados.

Palavras-Chave: Casamento, Amor, Afetividade, Família, Subsidiariedade

Abstract: A considerable part of the brazilian doctrine states, without hesitation, that the affections are the main element, the gravity center of the marriage union. The present article aims to analyze this vision with the support of philosophical and anthropological considerations, trying to demonstrate that the affections are just a little part of the love that makes the marriage exist and endure.

Keywords: Marriage, Love, Affections, Family, Subsidiarity

Sumário: Introdução. 1) Os afetos no direito de família contemporâneo. 2) Da necessidade de se recorrer a outras ciências para investigar os afetos. 3) Os afetos como resposta. 4) A efemeridade do amor romântico. Conclusão. Referências bibliográficas

¹ Como citar este artigo: MORAU, Caio Chaves. A subsidiariedade dos afetos na união matrimonial. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodoreto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 10-25.

Introdução

Apesar de ser bastante frequente, nos dias que correm, a associação entre o casamento e os sentimentos que o envolvem, é verdade que nem sempre a união solene de duas pessoas atentou para a importância da subjetividade dos nubentes, isto é, levou em consideração quais afetos nutriam um pelo outro.

Ao longo da Idade Média, o amor romântico era tratado como algo distante, irrealizável na vida terrena, causador de sofrimento pela pessoa amada, efetivamente impossível, sobretudo no seio de um casamento. Abundam as trovas de cavalaria, ditas de amor cortês, que o exaltam com essas características, como a que segue, de autoria de Peire de Rogiers:

"Amargo tormento devo sofrer^[1]
 Pelo penar que ela me causa.^[1]
 Meu coração a tanto me obriga:
 Nenhuma alegria, nem doce, nem boa,
 Posso entrever como promessa;^[1]
 Cem alegrias teria por proeza^[1]
 Mas nada farei, pois só sei querê-la!"²

Como se pode atestar por esses versos, o homem não desconhecia os sentimentos, notadamente os de paixão, que o ligavam idealmente a uma outra mulher. Contudo, apesar de serem cultivadas pelo amante, sequer se cogitava que essas sensações pudessem vir a se concretizar através de um relacionamento efetivo. Aliás, só através da morte é que poderia aquele amor tornar-se realidade.

Tanto na época medieval como no início da idade contemporânea, o casamento se inseria em um contexto de estratégia familiar, tanto visando ao prestígio social das famílias como às questões econômicas, passando a ser submetido a uma mudança gradual, que teve seu ápice no século XIX, com o romantismo, que vislumbrava no cultivo da paixão a afirmação do indivíduo.³

² ROUGEMONT, Denis de. *O amor e o ocidente*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988, p. 76.

³ Cf. DAUMARD, Adeline. *Affaire, amour, affection: le mariage dans la société bourgeoise au XIXème siècle* in *Romantisme*, 1990, n° 68, *Amours et société*, p. 33.

Os sentimentos passaram, ainda que lentamente, a ganhar um lugar de destaque na formulação dos planos dos noivos. A finalidade social e econômica do matrimônio não desvaneceu abruptamente, mas passou a dar lugar a uma crescente consideração dos sentimentos que uniam os que pretendiam se casar.

Essa nova realidade em si, como se procurará demonstrar neste breve trabalho, não é má. Ao contrário, levando-se em conta o fato de que os casamentos até pouco tempo simplesmente ignoravam características tão próprias dos seres humanos, a importância que passou a ser atribuída aos sentimentos dos futuros cônjuges parece ser uma conquista.

O verbo "parecer" da sentença anterior denota certa prudência, nem sempre adotada por parte dos estudiosos do direito de família que, entusiasmados com a relevância de que passou a gozar a afetividade nos últimos séculos, passaram a tratá-la como condição indispensável para a formação e, sobretudo, para a manutenção do vínculo matrimonial.⁴

Diante dessa realidade inegavelmente recente, o presente artigo se propõe, através de elementos de outras ciências, notadamente da filosofia e da antropologia, a procurar compreender porque os afetos são subsidiários e não principais no seio de uma união matrimonial.

Com esse objetivo, inauguram-se os estudos pela apresentação do estado da arte do tema no Brasil. Em seguida, com base nas obras de Dietrich von Hildebrand⁵ e de C.S. Lewis⁶, busca-se compreender o verdadeiro papel dos afetos e o peso que merece ser atribuído a eles pelos que desejam se casar e permanecer unidos.

1) Os afetos no direito de família contemporâneo

Embora não haja nenhuma menção aos afetos no Código Civil ou na Constituição Federal, pouco mais de uma década após a promulgação desta, alguns juristas que se ocupam do direito de família passaram a tratar expressamente da

⁴ Alguns exemplos dessa corrente doutrinária serão citados no tópico seguinte.

⁵ Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón*. Madrid: Ediciones Palabra, 2009.

⁶ Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

afetividade, que seria capaz de simbolizar a superação de um velho direito privado patrimonialista, pouco preocupado com as realidades da vida.⁷

Passou-se a defender sua presença implícita no ordenamento brasileiro, como consequência necessária da aplicação, dentre outros, do princípio da dignidade da pessoa humana, positivado logo no primeiro artigo da Carta Maior.⁸

Os afetos seriam, portanto, a chave de compreensão de um novo direito de família, mais sintonizado com os anseios sociais, apto a responder às demandas de uma sociedade cada vez mais desejosa de proporcionar aos seus integrantes a tão propagada felicidade individual.⁹

Nesse contexto, desponta com naturalidade uma breve pergunta: o que seriam, então, os afetos?

Parte da doutrina apressou-se por conferir-lhes lugar de destaque, com todos os festejos que mereceria um protagonista, cercando-lhe de diversos direitos e princípios consagrados constitucionalmente, mas olvidou o pequeno detalhe de explicar objetivamente em que consistem os afetos e em que medida, também objetiva, poderiam ser incorporados ao ordenamento.

A tarefa em questão foi desempenhada com desídia. Abundaram conceitos vagos ou por vezes muito abrangentes, definições bastante heterogêneas e sem o amparo de outras ciências. Foi nesses termos em que se lançaram alguns estudiosos na missão de incorporar os afetos no ordenamento jurídico brasileiro.

A título exemplificativo, o afeto seria a "mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor"¹⁰ e não um simples fruto da biologia, já que capaz de por "humanidade em cada família".¹¹ Não por outro motivo, diagnosticou-se a lastimável situação: "o rei está nu, mas sem que haja uma criança corajosa, no meio da multidão, para o dizer. Se,

⁷ Para mais detalhes sobre o panorama histórico e os instrumentos utilizados para a gradual tentativa de incorporação dos afetos no ordenamento brasileiro, cf. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. (*In*)viabilidade do princípio da afetividade. *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, pp. 113-125, 2016.

⁸ Cf. CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*, p. 3. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>. Acesso em: 02 jun 2018.

⁹ Cf. HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade*, p. 94. Disponível em:

<<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/2363/3772>>. Acesso em: 03 jun 2018.

¹⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 98.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 68.

como princípio, a afetividade representa tudo o que dela se afirma, ela nada representa."¹²

Não bastassem essas circunstâncias, a tentativa foi ainda mais audaciosa: a afetividade deveria ser prestigiada com o *status de princípio*, como um valor central capaz de interpretar e informar todo o direito de família, a ponto de se dizer que "a família é uma relação que tem como pressuposto o afeto, devendo todas as espécies de vínculos ancorados no afeto terem a proteção do Estado."¹³

Pode-se dizer que o intento de introduzir a afetividade no ordenamento brasileiro logrou razoável êxito, na medida em que muitos tribunais têm acolhido referido princípio em diversos julgados, vários deles paradigmáticos.¹⁴

Feita a breve introdução e considerando-se que o objeto do presente estudo é analisar o papel dos afetos em uma realidade bastante particular, que é a da união matrimonial, avancemos para demonstrar que a sua compreensão deve necessariamente passar por uma seara extrajurídica.

2) Da necessidade de se recorrer a outras ciências para investigar os afetos

As definições de afetos mencionadas no tópico anterior - quando muito limitam-se a elencar os efeitos do afeto, sem no entanto conceituá-los - mostram-se bastante heterodoxas e carentes de substratos científicos que sejam capazes de ratificá-las.

O grande problema dessa constatação é que acabou por se incorporar ao direito um elemento que lhe é estranho, sem que para isso se tenha adotado a cautela de investigá-lo a fundo.

A subjetividade e a complexidade dos afetos, que parecem ter sido subestimadas pelos que se propuseram a integrá-los no mundo jurídico, constituem entraves para o seu estudo fora da seara jurídica.

¹² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*, p. 61. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%B3gico-Direito-civil-contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>>.

¹³ PESSANHA, Jackelline Fraga. *A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar*, p. 2. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 15 jun 2018.

¹⁴ Como exemplos, a ADI nº 4277/DF, julgada conjuntamente com a ADPF nº 132/RJ e o Recurso Extraordinário nº 878.694/MG.

Antonio Malo Pé, autor de um tratado sobre o tema, chamado *Antropología de la afectividad*, faz questão de ressaltar a grande dificuldade que se teve, ao longo do tempo, para se definir o que são os afetos, diante da aludida complexidade e da falta de um método adequado.¹⁵

Dietrich von Hildebrand, cuja obra será analisada no tópico seguinte, sustenta que por muito tempo os afetos foram relegados a um segundo plano nos estudos filosóficos e antropológicos, como se fossem características menos nobres ou relevantes dos seres humanos.¹⁶

A inteligência e a vontade foram sempre objeto de investigação, ao passo que o estudo do fenômeno do coração teria sempre sido postergado e jamais alcançado ao mesmo nível daquelas duas potências.

As razões desse isolamento de que padeceram os afetos são variadas: a) são com muita frequência tratados como sinônimo de paixão, dotados de caráter irracional e não espiritual; b) são identificados de forma reducionista, como sendo o retrato de experiências de tipo inferior; c) compreendem experiências de nível muito diferente, que vão desde os sentimentos corporais até as mais altas experiências de amor.¹⁷

Além dos motivos citados, pode-se elencar mais um, que merecerá detida análise no tópico seguinte: há uma caricatura da afetividade, que se produz ao se separar a experiência afetiva do objeto que a motivou e ao qual responde de modo significativo.¹⁸

Ora, se os próprios filósofos e antropólogos revelam em seus estudos a dificuldade que suas ciências enfrentaram para investigar o tema, como pode o jurista, de maneira simplista e ignorando a complexidade do assunto, pretender incorporar os afetos ao ordenamento jurídico sem, ao menos, esforçar-se por compreendê-los com a profundidade que merecem?

Com esse intento e ainda que dispondo de pouco espaço para tão densa investigação, confiram-se, na sequência, pontos centrais dos pensamentos de Hildebrand¹⁹ e Lewis²⁰ que auxiliam a compreender o papel dos afetos para a vida matrimonial.

¹⁵ MALO PÉ, Antonio. *Antropología de la afectividad*. Navarra: EUNSA, 2004, p. 11.

¹⁶ Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón*. Madrid: Ediciones Palabra, 2009, p. 25.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 33-34.

¹⁸ *Ibidem*, p. 36.

¹⁹ *Ibidem*.

3) Os afetos como resposta

Dietrich von Hildebrand, em seu livro *El corazón*, procura analisar os afetos como elementos relevantes na formação e desenvolvimento da personalidade, que teriam sido por muito tempo tratados com menos destaque em comparação com as demais potências humanas.

Um dos aspectos a que confere mais relevo é o fato de que os afetos sempre possuem a característica de resposta a um objeto, de modo que a depender deste último, poderão ser físicos ou psíquicos.²¹

Como exemplo, somente quando se conhece o objeto do entusiasmo de uma pessoa é que se revela a natureza desse entusiasmo e especialmente a sua razão de ser. Por outro lado, quando se dissocia a experiência do objeto que a motivou, a resposta afetiva se reduz a um mero estado sentimental que, ontologicamente, seria inferior inclusive a estados como o de cansaço ou embriaguez.²²

Quando se ignora o fato de que os afetos são a resposta a um objeto, que pode ser uma pessoa, uma coisa, uma circunstância de modo geral, perde-se a sua substancialidade, dignidade e seriedade, convertendo-se em algo vazio, em um sentimento instável, irracional e incontrolável.²³

A falta de autenticidade afetiva pode ser verificada por uma deformação bastante frequente: ao invés de se colocar o foco no bem que afeta o indivíduo, prefere-se colocar em evidência o sentimento. Em outras palavras, o conteúdo da experiência afetiva se desloca do seu objeto para o sentimento ocasionado por ele, fazendo com que este último seja o fim e aquele seja o meio para alcançá-lo.

É o que sucede com o amor romântico, objeto específico do próximo tópico, que geralmente é o que desponta com mais intensidade no início dos relacionamentos afetivos. Não raro, pode suceder que os amantes estejam

²⁰ LEWIS, C.S. *Os quatro amores*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²¹ Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón*. Madrid: Ediciones Palabra, 2009, p. 60. Os sentimentos físicos seriam uma espécie de voz do corpo, como um prazer que se sente ao tomar um banho gelado em um quente dia de verão. Já os psíquicos são muito mais variados e subjetivos e não dependem estritamente das condições do corpo. Como exemplo, é plenamente possível que se esteja alegre mesmo diante de alguma enfermidade ou padecimento corporal.

²² *Ibidem*, p. 36.

²³ *Ibidem*, p. 37.

contemplando a paixão em si mesma ou o estado de estar apaixonado ao invés do bem que representa a pessoa amada, que acaba por se tornar um simples meio para experimentar aquele sentimento.

O perigo reside exatamente na possibilidade de que duas pessoas nessas condições desejem formalizar uma união que não esteja baseada nas virtudes e no caráter de cada qual, mas apenas no sentimento que uma provoca na outra.²⁴

Essa realidade evidencia um mau uso dos afetos em um momento importantíssimo, em que os futuros cônjuges, mais do que se regozijarem com o sentimento que os envolve, devem atentar para as virtudes - ou a falta delas - apresentadas por cada qual, das quais depende em grande medida a saúde de um casamento.

Tão danosa quanto a compreensão inadequada dos afetos na fase pré-matrimonial, é a sua continuidade já no seio do casamento.

Caso se desconecte o afeto do objeto que o provoca, sem verificar se vale a pena sancionar ou rejeitar a resposta afetiva, pode suceder que um sentimento que tenha como objeto uma terceira pessoa, alheia ao casamento, possa levar um dos cônjuges à quebra do dever de fidelidade. Nessa situação, o que se espera é que esse cônjuge rejeite os afetos que são provocados pela terceira pessoa, já que incompatíveis com o estado matrimonial e, portanto, danosos ao outro cônjuge e aos eventuais filhos.

Precisamente no seio de um casamento, o uso harmônico e prudente dos afetos é peça chave para o caráter duradouro que se pretende conferir a essa união, devendo ser constantemente interpretados, para que se verifique a sua autenticidade.

Além do exemplo da fidelidade, os desentendimentos naturais em qualquer união podem provocar problemas muito mais graves caso determinada resposta afetiva, como a raiva ou o ressentimento, leve os cônjuges a perpetuarem a discórdia ou a não cederem em prol do bem do casal.

²⁴ Obviamente, é possível que o estado afetivo da paixão esteja acompanhado por uma clara percepção das virtudes da pessoa amada. Nesse caso, a resposta afetiva deve ser ratificada, já que efetivamente corresponde a um bem. As consequências de se considerar apenas o amor romântico (*eros*) serão investigadas no tópico seguinte.

Nesses casos, quando os afetos apontam em um sentido aparentemente errôneo, a inteligência e a vontade levam o indivíduo a rechaçar a resposta dada pela via afetiva, dizendo-lhe que não concorda com a solução.

Cada uma dessas outras potências - inteligência e vontade - desempenha um papel específico e complementar, de modo que no processo de aceitação ou rejeição da resposta afetiva, cada qual deve ser efetivamente considerada. Juntamente com os afetos, estão destinadas a cooperar entre si e fecundar-se mutuamente.²⁵

Se há desequilíbrio em favor de alguma delas, como quando se tende a considerar os afetos como sendo a potência mais relevante, ocorre o fenômeno do "coração tirânico", que desponta como único guia verdadeiro e confiável, deixando de conceder à inteligência e à vontade as funções que a elas competem.²⁶

A utilização adequada e harmônica dos afetos na constância de um casamento faz com que os cônjuges reafirmem a consciência de que o vínculo que os une representa uma responsabilidade efetiva e não um mero sentimento de responsabilidade. Ou seja, devem portar-se sempre de maneira a procurar o bem do outro cônjuge, sobretudo quando os afetos queiram apontar em sentido oposto.

A fragilidade de muitos casamentos contemporâneos reside precisamente na consideração de que a responsabilidade matrimonial seria, em verdade, um mero sentimento, devendo ser levada a cabo somente quando os sentidos levassem o cônjuge a crer que deve ser responsável. Essa maneira de proceder equivale a dissolver a responsabilidade ou a negar a sua existência.²⁷

Nessa linha, quando os sentimentos vêm a faltar, caso a união tenha se baseado exclusivamente ou em grande parte neles, acaba por sucumbir o pacto solene do casamento, com os seus direitos e deveres, com as suas diversas consequências sociais. O que era uma responsabilidade efetiva, pública e pessoalmente assumida, como se transmudou em mero sentimento que parece ter se esvaído, transforma-se em mera faculdade, liberalidade.

Alice von Hildebrand, também filósofa e esposa do autor, resume o espírito da obra: as experiências afetivas, quando são autênticas, devem ser

²⁵ Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón*. Madrid: Ediciones Palabra, 2009, p. 56.

²⁶ *Ibidem*, p. 127.

²⁷ *Ibidem*, p. 38.

sancionadas pela vontade para gozarem de plena validade, ao passo que os sentimentos ilegítimos devem ser desaprovados.²⁸

A lição deixada por Dietrich é a de que não se pode desdenhar dos afetos nem superestimá-los. Deve-se conjugá-los em harmonia com a inteligência e com a vontade, respeitando os espaços de atuação de cada qual.

Para dar mais fundamento ao que se discorreu sobre os afetos enquanto resposta a um objeto e para compreender melhor os traços dos tipos de amor que mais contribuem para a solidez de um casamento, avancemos para o próximo tópico.

4) A efemeridade do amor romântico

C.S. Lewis, no seu livro "Os quatro amores", debruça-se sobre o tema multissecular do amor e procura investigar a fundo as modalidades de amor que unem os seres humanos entre si.

Como o próprio título do livro já prenuncia, são quatro os tipos de amor que pretende estudar, a saber: a amizade, a caridade, o amor romântico (*eros*) e a afeição. Na realidade matrimonial, contudo, interessam-nos sobretudo os três primeiros, a respeito dos quais se tecem breves comentários.

O amor de amizade é o menos ciumento dos amores, já que, ao contrário do amor romântico, nele não se pode dizer que dividir é diminuir, ou seja, dividir a amizade com vários amigos não faz com que perca sua intensidade ou qualidade. A amizade não requer exclusividade. Pelo contrário: quanto mais amigos, mais se descobre a fundo cada amizade.²⁹

O amor de caridade, obra da graça divina, vem em socorro dos demais tipos de amor, sendo a fonte de sua glória, ordenando-os, fazendo com que se resignem a uma condição secundária para continuarem sendo o que querem ser.

²⁸ *Ibidem*, p. 11.

²⁹ LEWIS, C.S. *Os quatro amores*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 87. "[...] se, num grupo de três amigos (A, B e C), A morrer, B perderá não apenas A como também "a parte de A em C", enquanto C perderá não apenas A como também "a parte de A em B". Em cada um de meus amigos existe algo que apenas outro amigo é capaz de trazer à tona plenamente. Eu, sozinho, não sou grande o bastante para pôr uma pessoa inteira em atividade; preciso de outras luzes além da minha para revelar todas as suas facetas. Agora que Charles morreu, nunca mais verei a reação de Ronald a uma determinada brincadeira de Charles. Em vez de ter mais de Ronald - de tê-lo "só para mim" agora que Charles se foi -, eu passo a ter menos de Ronald."

Os outros amores, ditos naturais, "são chamados a tornar-se modos da caridade, ao mesmo tempo que continuam sendo os amores naturais que sempre foram."³⁰

Feitas essas breves notas sobre o amor de amizade e o de caridade, ainda que ignorando a ordem de importância e outros fundamentos necessários para uma compreensão mais ampla e precisa, agora se pode tratar do *eros*, que embora não seja a modalidade de amor mais relevante, é, sem sobra de dúvidas, a mais festejada.

Apesar de ser experimentado por grande parte dos homens e mulheres do nosso tempo, é objeto de um grande paradoxo: o amor romântico é o menos compreendido de todos e, por esse motivo, tantos problemas, grandes e pequenos, tem causado. Dito de modo mais simples, o desconhecimento de suas propriedades essenciais faz perecerem muitas uniões e deixa profundamente insatisfeitas muitas pessoas.

Lewis estuda o amor romântico ou *eros* no sentido de "estar apaixonado", ou seja, aquela espécie de amor em que estão os amantes. Trata-se do amor-paixão, do sentimento geralmente bastante intenso que liga duas pessoas específicas e não quaisquer duas pessoas.³¹

Nesse sentido, uma primeira e marcante característica do *eros* é o seu caráter de exclusividade. Os amantes amam-se entre si e somente entre si, de modo que uma terceira pessoa a gozar desse amor faria com que ele fosse diminuído. Nesse caso, ao contrário do amor de amizade, dividir é diminuir.

Chega a tal ponto a exclusividade e o caráter insubstituível de cada um dos amantes, que cada qual prefere partilhar a infelicidade com a pessoa amada do que ser feliz de outra maneira.³²

Por apresentar características tão intensas, muitas vezes o *eros* é capaz de vivificar um "coração tirânico", subestimando a inteligência e a vontade. Exibe-se, não raro, como um amor indubitavelmente perigoso.

Não se pode prestar obediência incondicional à voz de *eros* quando ele fala como um deus, já que quando é louvado irrestritamente e obedecido incondicionalmente, torna-se um demônio.³³

³⁰ *Ibidem*, p. 185.

³¹ *Ibidem*, p. 127.

³² *Ibidem*, p. 148.

³³ *Ibidem*, p. 153.

De todas modalidades de amor, é o que mais se parece, em seu ápice, com um deus. Por esse motivo, é o que mais tende a exigir que seja adorado, transformando a paixão em uma espécie de religião.

Não há problema em que os amantes se idolatrem mutuamente, mas sim em que idolatrem o próprio *eros*.³⁴

Nesse sentido, afirma Lewis que o amor romântico é o mais mortal dos amores e protagoniza uma brincadeira cruel: sua voz parece vir de um reino eterno, mas sequer é permanente, motivo pelo qual o mundo inteiro se queixa de sua instabilidade frente às suas juras de permanência.³⁵

O apaixonar-se se apresenta com tanta intensidade que leva o amante a rejeitar a ideia de que possa ser transitório. De maneira espontânea e sem necessidade de se esforçar, parece que se consegue cumprir a lei que manda amar ao próximo como a si mesmo.

Como já se mencionou, a união de um casal está ameaçada caso idolatrem o *eros*, que seria dotado do poder de um deus, fazendo com que os cônjuges esperem que o mero sentimento faça por eles, de modo permanente, tudo o que for preciso.³⁶

O amor romântico deve ser, portanto, uma espécie de padrinho, que faz os votos de um bom casamento, mas quem tem de cumpri-los são os próprios cônjuges, que devem fazer as obras de *eros* quando ele não está presente.

Quando o amor romântico vem a faltar, surge o amor em sua forma mais autêntica, representada pelo sacrifício. Já não há mais as facilidades que o amor romântico proporcionava, as coisas que antes não custavam parecem ter ganhado um peso inesperado.

Nesse momento, evidenciam-se as virtudes e os vícios de cada um dos cônjuges. O *eros*, que os deixava temporariamente em segundo plano, quando se torna menos intenso, pede que se aprimore entre os amantes o amor de amizade: "eros pede corpos nus; a amizade, personalidades nuas."³⁷

É justamente nesse contexto que os cônjuges tomam consciência de que o amor romântico foi o grande responsável por tê-los unido, mas que não será o protagonista para a constância de um casamento.

³⁴ *Ibidem*, p. 154.

³⁵ *Ibidem*, p. 157.

³⁶ *Ibidem*, p. 159.

³⁷ *Ibidem*, p. 100.

Conclusão

Pelos argumentos trazidos, pode-se perceber que os afetos extrapolam largamente a esfera jurídica, de modo que qualquer análise unicamente a ela restrita conduziria a uma conclusão incompleta e inverídica. Daí a necessidade de se valer de outras ciências capazes de reunir elementos consistentes para uma compreensão adequada da afetividade.

Embora estejam posicionados em lugar central por grande parte da doutrina, inclusive com ratificação por parte de Tribunais Superiores, os afetos constituem uma pequena parte do amor que é necessário para que duas pessoas se unam e permaneçam casadas, sempre de maneira livre e consciente.

Não se nega que o amor romântico, também chamado de *eros*, tenha um papel de destaque como algo experimentado pelos nubentes - e também pelos futuros cônjuges - que os leva a se aproximarem um do outro e a desejarem estar permanentemente unidos.

Contudo, pela sua própria natureza efêmera, é efetivamente esperado que o amor romântico venha a se transformar, perdendo o vigor e a intensidade que antes apresentava.

Essa realidade não deve causar espanto aos cônjuges. Ao contrário: devem estar cientes de que é absolutamente natural que vá diminuindo o *eros* entre os nubentes para que se dê espaço a um amor de amizade, maduro, objetivo, sacrificado.

Esse amor sacrificado é, portanto, a base de um matrimônio duradouro. É à custa de concessões, da entrega total ao outro cônjuge que se poderá experimentar autenticamente a vida matrimonial.

Nesse sentido, ao invés de se falar em felicidade individual, tão exaltada por diversos juristas, deve-se almejar a felicidade de uma terceira pessoa, que não é nem o homem e nem a mulher, mas sim o casal.

Dessa compreensão muito clara acerca dos afetos dependerão a solidez de muitos casamentos e o bem-estar e a educação dos filhos. De outra forma, caso não se entenda bem o papel que a afetividade deve desempenhar na vida conjugal, pode suceder que uma responsabilidade tão objetiva e solenemente aceita possa dar lugar a um mero sentimento de responsabilidade.

Com esse objetivo, é necessário que os cônjuges trabalhem os seus afetos considerando-os sempre como uma resposta a um determinado objeto. Jamais devem ser dissociados das circunstâncias específicas que os geram, sob pena de perderem toda a sua substância.

Faz-se necessário analisá-los sempre de forma crítica, verificando se possuem um substrato real, fidedigno ou se são apenas uma manifestação dos sentidos que não comunga com a realidade.

Eis a tarefa dos cônjuges com relação aos afetos que permeiam a união conjugal: sancioná-los, dizendo-lhes que são bem-vindos e que portanto podem se instalar ou rejeitá-los, comunicando a eles que não são autênticos.

Se não conjugados de maneira efetiva com a inteligência e a vontade, os afetos conduzem invariavelmente a situações indesejáveis para a solidez de qualquer casamento. Se não rompem a união, vão consumindo-a aos poucos, já que alfinetadas reiteradas ferem a harmonia conjugal assim como o faz uma falha mais intensa, porém isolada.³⁸

O amor romântico, que nas palavras de Lewis promete um reino eterno, mas que sequer é permanente, quando vem a faltar ou tem sua essência transformada, pode conduzir a uma conclusão errônea no sentido que "o amor acabou".

Não há veredito mais desacertado. Os sentimentos podem vir a faltar ou se transformar, mas o amor - que supera em muito os sentimentos, embora possa incluí-los - manifesta-se de modo autêntico quando não são mais tantos os atrativos sensíveis e os cônjuges, com uma vontade livre e decidida, perseveram no cumprimento dos deveres que assumiram, por amor à terceira pessoa (o casal) e aos filhos que possam ter gerado.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour et droit: le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XV^é -XX^é siècles)*. Paris: Lextenso éditions, 2011.

³⁸ CARBONNIER, Jean. *Droit civil. Introduction: les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. Paris: Quadrige, 2004, p. 1293. [...] des piqûres d'épingles renouvelées brisent aussi sûrement l'harmonie conjugale qu'une faute plus éclatante, mais isolée.

- BOLOGNE, Jean-Claude. *Histoire du mariage en occident*. Paris: Calmann-Lévy, 1997.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil. Introduction: les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. Paris: Quadrige, 2004.
- DAUMARD, Adeline. *Affaire, amour, affection: le mariage dans la société bourgeoise au XIXème siècle in Romantisme*, 1990, n° 68, *Amours et société*.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón*. Madrid: Ediciones Palabra, 2009.
- HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade*. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/2363/3772>>.
- LEWIS, C.S. *Os quatro amores*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- MALO PÉ, Antonio. *Antropología de la afectividad*. Navarra: EUNSA, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v.2: direito de família – 42*. ed., rev. e. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família. História do Direito Brasileiro*, v. 7. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família*. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 57-58.
-
- _____, OLIVEIRA NETO, José Weidson de. *(In)viabilidade do princípio da afetividade*. Universitas JUS, v. 27, n. 2, pp. 113-125, 2016.

- PESSANHA, Jackelline Fraga. *A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios.* Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%A9gico-do-Direito-civil-contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>>.
- ROUGEMONT, Denis de. *O amor e o ocidente.* Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>.

**DA INCONSTITUCIONALIDADE NO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES
HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR - UMA CRÍTICA À DECISÃO
PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DA ADI Nº
4.277 E ADPF Nº 132³⁹**

**THE UNCONSTITUTIONALITY IN THE RECOGNITION OF HOMOAFFECTIONAL
UNIONS AS A FAMILY ENTITY - A CRITICISM OF THE DECISION HANDED
DOWN BY THE FEDERAL SUPREME COURT IN ADI RECORDS NUMBER 4.277
AND ADPF NUMBER 132**

Daniela Pinheiro Gomes Pessoa

Formada em Direito pela Universidade de Fortaleza (2004). Pós graduada em Direito e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2008). Juíza do Trabalho (2007). Mestranda do Curso de Pós Graduação em Direito – Mestrado da UNIFOR (2018). Professora convidada dos Cursos de Pós Graduação na Universidade de Fortaleza e Instituto Intelleges em Fortaleza. E-mail: danipgpessoa@hotmail.com

Resumo: O artigo tem por objetivo realizar uma crítica à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. A proposta é, por meio do estudo do conceito de família na seara constitucional brasileira, inadmitir-se a atribuição de efeitos jurídicos matrimoniais às uniões homoafetivas. Defende-se o reconhecimento de efeitos societários civis às uniões homoafetivas, valorizando o afeto, porém, sem reconhecimento do direito ao instituto do casamento aos pares do mesmo sexo, uma vez que, pela leitura do artigo 226 da Constituição Federal, a família deve ser formada por homem e mulher.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Uniões homoafetivas. Entidade familiar. Casamento. Efeitos Jurídicos. Sociedade civil.

³⁹ Como citar este artigo: PESSOA, Daniela Pinheiro Gomes. Da inconstitucionalidade no reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar - uma crítica à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodoreto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 26-46.

Abstract: *The purpose of this article is to criticize the decision handed down by the Federal Supreme Court in ADI nº 4.277 and ADPF nº 132. The proposal is, through the study of the concept of the family in the Brazilian constitutional legislation, to ignore the attribution of matrimonial effects to homosexual unions. It is defended the recognition of civil societal effects to homoaffectionate unions, valuing the affection, however, without recognition of the right to the marriage institute to same-sex couples, since, by reading article 226 of the Federal Constitution, the family must be formed by man and woman.*

Keywords: *Unconstitutionality. Homoaffectionate unions. Family entity. Marriage. Legal Effects. Civil society.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica do conceito de família. 3. Conceito de família na constituição federal brasileira – o reconhecimento da família como base da sociedade.4. Da inconstitucionalidade no reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar – da não subsistência jurídica dos argumentos utilizados no julgamento da ADI nº 4.277 e ADPF nº 132 pelo Supremo Tribunal Federal. 5. Conclusão. 6. Referências

Introdução

O presente artigo tem por objetivo desenvolver uma crítica jurídica aos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento na ADI nº 4.277 e ADPF nº 132 que culminou no reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, sendo os efeitos da decisão exteriorizados por intermédio da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça⁴⁰. A respectiva resolução regulamentou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Inicia-se o trabalho com a análise da evolução histórica do conceito de família até a época contemporânea e com o estudo de suas bases jurídicas. Em seguida, aborda- se a positivação da tutela estatal protetiva à família no plano

⁴⁰ Resolução Nº 175 de 14/05/2013. Ementa: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

constitucional nacional, consagrando o instituto como base da sociedade. Ainda no tópico da positivação, menciona-se a disciplina legal no plano internacional destinada à família no corpo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Na última abordagem, discorremos especificamente acerca dos argumentos jurídicos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que concluíram pelo reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares, atribuindo-lhes os efeitos jurídicos do casamento.

O enfoque a ser dado no presente trabalho é jurídico, defendendo-se a inconstitucionalidade latente no reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares constituídas pelo casamento.

Entende-se pela inaplicabilidade, ressalvados os balizados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, da técnica de interpretação conforme a Constituição Federal na leitura do artigo 226 da Constituição Federal.

Pretende-se com o presente artigo admitir a existência das relações homoafetivas enquanto fato social, cabendo a estas o merecido respeito. No entanto, nega-se, no plano jurídico, sua equiparação a entidades familiares nascidas por meio do matrimônio.

Mantem-se firme a convicção de que a família é formado por homem e mulher, podendo sua exteriorização ocorrer por intermédio do casamento ou da união estável, nos exatos termos do artigo 226 da Constituição Federal Brasileira, mas não extensível aos casais do mesmo sexo.

A pesquisa é qualitativa e dedutiva, servindo de fonte jurídica a doutrina brasileira e a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. O autor incursionou-se também na história e evolução da sociedade para embasar o artigo.

1. Evolução histórica do conceito de família

A família enquanto base da sociedade sempre foi pensada como um agrupamento de pessoas unidas por relações de afeto, descendência, e munida de obrigações e direitos recíprocos entre seus membros. Desde a época mais remota da civilização sempre se pensou a formação da família tendo como centro o homem e a mulher em razão da procriação e continuidade da raça humana.

A união de pessoas por intermédio de laços familiares precede

inclusive à existência do Estado, encontrando-se tal tipo de sociedade nas épocas de selvageria e barbárie. Segundo Noé de Medeiros⁴¹ a família firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Em sede evolutiva, surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em hordas promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem vínculo civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido, sendo o nome da mãe definidor da descendência.

Se pegarmos as lições bíblicas podemos visualizar o papel do homem e da mulher na constituição familiar em Gêneses, capítulo 1, versículo 28⁴²: *"Sejam férteis e multipliquem-se! Encham e subjuguem a terra! Dominem sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todos os animais que se movem pela terra."*

Assim nos primórdios consentia-se a organização familiar por meio da união de seus membros independente do parentesco, onde a autoridade era vinculada inicialmente à mãe. Segundo Friedrich Engels os sistemas de parentesco e formas de família difere dos dias de hoje no seguinte vez que cada filho tinha vários pais e uma mãe.

Nesta época, correspondente ao período de selvageria e barbárie vige como regra a poligamia⁴³ e poliandria⁴⁴. Registre-se porém que as relações afetivas eram travadas entre homens e mulheres, pesando a questão da descendência. Não se tinha certeza quem era o pai, mas a mãe era sempre conhecida.

Posteriormente, ainda na fase bárbara, foram sendo proibidas as relações sexuais entre pais e filhos, irmãos e irmãs, de modo que o traço característico da família era a comunidade familiar mas não decorrente de irmãos carnais. É nesse momento que nasce a categoria de primos e sobrinhos.

⁴¹ Medeiros, Noé. Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

⁴² Bíblia Sagrada: Nova Versão Transformada. 1. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2016, pg. 36.

⁴³ Entende por poligamia a multiplicidade simultânea de mulheres para um marido. Neste aspecto, o homem poderia conviver maritalmente com várias mulheres, tendo estas atribuições definidas, e sem existência de conflitos de convivência.

⁴⁴ Entende-se por poliandria a multiplicidade simultânea de homens para uma mulher. Tal forma de constituição familiar mostra-se mais rara, requerendo-se a definição do papel de cada homem, sendo os poderes matriarcais no interior da família.

Consequentemente, há a formação da gens que pela definição de Friedrich Engels⁴⁵:

"Constitui-se num círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina que não se podem casar uns com outros; e, a partir de então este círculo se consolida cada vez mais por meio de instituições comuns, de ordem social e religiosa, que o distingue das outras gens da mesmo tribo."

No decorrer da evolução sociocultural, a união por grupos foi substituída pela família sindiásmica, modelo no qual as relações entre parentes foram proibidas, permitindo-se o enlace entre os homens e mulheres de gens diferentes, de modo que, por exclusão, restasse só o homem e a mulher pertencente a gens originária. Pode-se dizer que tal modelo foi o precursor da monogamia, não por afeto mas por exclusão.

Como marco da civilização propriamente dita surge a monogamia. Esta apresenta-se como um regime marcado pela união entre um único homem e uma única mulher com a finalidade precípua de procriação, sendo a paternidade indiscutivelmente conhecida em razão da transmissão da herança.

Em que pese prevalecer a crítica de que nessa época a mulher era submissa ao homem, destinada aos serviços de procriação, o que interessa ao presente estudo é a finalidade deste tipo de união: procriar. Assim foi e assim tem sido. Tal modelo sem dúvida alguma ainda se apresenta como fato social moralmente aceito nas sociedades contemporâneas, havendo um desvio no que tange à legalização da poligamia em alguns países do Oriente.

Percebe-se, diante de tal evolução histórica, que a marca da família, seja por grupo ou hordas, seja na forma sindiásmica e ou na monogamia, sempre foi a formação de vínculo entre pessoas de sexos diferentes, muitas vezes sem que o afeto assim influenciasse.

Outrossim, importante esclarecer que a evolução do conceito de família não é estático e não marca a superação de uma forma de constituição familiar em virtude de outra. Ao contrário, ainda podemos encontrar sociedades contemporâneas que pratiquem a poligamia, mas o dado que chama a atenção é que a conexão estabelecida permanece entre homem e mulher.

Coloca-se que a família é constituída por homem e mulher e encontra

⁴⁵ Engels, Friedrich. A Origem da família, da propriedade privada e do estado. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

nas pessoas de sexos diferentes sua justificação fundamentada na procriação. Logo, esta é a forma normal e socialmente aceita de constituição da entidade familiar, sendo os modelos de conexão entre pessoas do mesmo sexo exceção ao padrão moralmente aceito.

E em que ponto da história apareceram os relacionamentos envolvendo pessoas do mesmo sexo - homossexualismo? Na verdade, de uma forma oculta, desde a Roma antiga tem-se notícia de tal envolvimento cujo exemplo clássico é trazido na pessoa do imperador Júlio César nos idos dos anos 110-44 antes de Cristo. Ocorre que esse tipo de relacionamento não produzia qualquer efeito jurídico e não tinha qualquer expressão cultural. Permite-se dizer que esse tipo de relacionamento não era aceito socialmente e era inexpressivo no sentido de ser biologicamente impossível a procriação.

A família monogâmica sempre foi associada à prosperidade uma vez que a acumulação de riqueza vem junto com seu aparecimento, havendo a necessidade precípua de repassar o patrimônio ao herdeiro natural. Sob a perspectiva da herança natural (ao filho de pai e mãe) já estariam afastados os efeitos jurídicos do matrimônio e das uniões estáveis atribuíveis aos casais homossexuais.

Não se concebe que pessoas do mesmo sexo não possam conviver, experimentando o real afeto e o amor. Acredita-se é que histórica e moralmente tal relação nunca integrou o conceito de família. Pessoas do mesmo sexo podem se relacionar mas não a título de entidade familiar, não há espaço civil e legal para tanto no plano nacional conforme se pontua a seguir.

2. Conceito de família na constituição federal brasileira – o reconhecimento da família como base da sociedade

A história das Constituições Brasileiras sempre foi marcada pelo reconhecimento da família como base da sociedade, havendo desde o império regulamentação positiva no que tange à descendência.

O artigo 117 da Constituição do Império, disciplinando a família real, estabeleceu que: “*Sua Descendencia legitima succederá no Throno, Segundo a ordem regular do primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha, o gráo mais proximo ao mais remoto; no mesmo*

gráo, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha á mais moça.”

A primeira Carta da República (1891) positivou: “*A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.*” A inovação primordial a ensejar a tutela estatal à entidade familiar surgiu com a Constituição de 1934, onde todo um capítulo acerca da família foi inserido no corpo constitucional, destacando-se:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. (...) Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. (...) Art. 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e aherança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

Nesse contexto, merece destaque a especial proteção estatal que a família passa a ter com a Carta Magna de 1934. Enrijece-se de vez o conceito de que a família é a base da sociedade posto ser a primeira forma de constituição societária (ainda que simples) e a única apta a garantir a descendência e a perpetuação da espécie humana. Segundo Jorge Pereira Júnior⁴⁶ essa visão continua sólida até os dias atuais, pontuando o autor que:

Há um elemento que a Constituição Federal julga necessário para o reconhecimento da natureza jurídico familiar de uma associação pessoal: ser base da sociedade civil. Tal concepção está alicerçada na antropologia e na ética social. Ser base da sociedade civil é um atributo objetivo. Pode-se reconhecer que o casamento, a união estável e a família monoparental são bases da sociedade, na medida em que tais estruturas associativas têm o efetivo potencial de criar e recriar,

⁴⁶ Pereira Júnior, Jorge. Direito e Dignidade da Família: do começo ao fim da vida. São Paulo: Almedina, 2012, pg. 58.

naturalmente, o tecido social completo: compõem a tessitura constitutiva e são fontes de perpetuação da sociedade civil. As uniões homoafetivas, por sua vez, não gozam naturalmente desse potencial.

Todas Cartas Constitucionais posteriores a 1934 incrustaram o conceito de família enquanto base da sociedade mantendo o critério biológico de perpetuação da espécie, o que só acontece por intermédio do ato sexual havido entre homem e mulher. Coadunando com tal ideia a Constituição da República de 1937 fixou o critério de descendência biológica, estabelecendo que:

Art. 124 que: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Art. 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

No mesmo sentido a Carta de 1946 reproduziu que: “*Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.*” Já a Carta de 1967, consolidou que: “*Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.*”

Reafirmando todos os conceitos já impregnados nos textos anteriores, nossa atual Constituição, a mais democrática de todas, promulgada em 1988 com plena legitimação do povo brasileiro, estatuiu:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A Constituição Federal de 1988 não abriu margem para qualquer

dúvida no sentido de reconhecer que a família, enquanto base da sociedade, é formada pelo homem e mulher. Isto dito retratando o anseio da sociedade e tendo como base epistemológica o Direito Natural⁴⁷.

Não bastasse a positivação no plano constitucional, encontramos a mesma regulamentação no plano internacional. O instrumento legal mais denso de consagração dos direitos humanos entre os povos, qual seja, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prevê:

Artigo 16º

1.A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.

2.O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3.A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.

Conclui-se, diante de tal positivação, que a família enquanto base da sociedade, somente admite sua constituição entre homem e mulher, seja na esfera do Direito Natural, seja pela expressa vontade do coletivo, seja pela necessidade procriação ou ainda pela manutenção da ordem social vigente que acredita na evolução da espécie humana. Segundo as lições de André Gonçalves Fernandes⁴⁸:

É decisivo entender uma consequência do fato de o matrimônio ser, antes de tudo, uma realidade natural: sua essência e sua estrutura básica não são inventadas pelo legislador, mas derivam da própria natureza do ser humano, da distinção dos seres psicológicos (homem e mulher), da complementação recíproca sexual e das exigências inatas de sua condição e dignidade. Com efeito o matrimônio é fincado na diversidade e na complementariedade de sexos.

⁴⁷ O Direito Natural é intrínseco à natureza humana impondo um padrão de comportamento baseado na racionalidade e equidade. Ele precede ao direito positivo uma vez que os padrões de comportamento são aceitos em uma determinada sociedade e em um determinado tempo, objetivando o bem comum e a manutenção da convivência societária harmônica. O Direito Natural é movido pela racionalidade, corresponde à norma inscrita na própria natureza humana, ao modo de ser do homem e a uma ordem natural das coisas, acessível pelo uso da razão. O direito natural implica subsistência e paz social. Em relação ao matrimônio o direito natural apresenta-se como fundamento da instituição, retratando a legislação positiva o estado natural das relações entre homem e mulher enquanto componentes no grupo familiar.

⁴⁸ Pereira Júnior, Antonio Jorge (Org.). Direito e Dignidade da Família. Do começo ao fim da vida. Homossexuais: Direito ao matrimônio?. São Paulo: Almedina, 2012, pg. 89.

Oportuno registrar que não estamos alheios aos novos fatos sociais, dentre os quais a conexão de pessoas do mesmo sexo cujo liame é o afeto e a felicidade. Não negamos essa realidade, e de nenhuma forma preconceituosa pretende-se rejeitar a convivência comum de pessoas do mesmo sexo. É um fato social inconteste.

Questiona-se, no entanto, a atribuição de efeitos jurídicos equiparáveis ao matrimônio e à união estável aqueles relacionamentos entre homossexuais e ainda o reconhecimento destes como entidade familiar pela jurisprudência nacional. Entende-se que não há respaldo jurídico para tanto seja com fundamento no direito natural ou ainda com fundamento nas legislações positivas (constitucional e infraconstitucional), segundo os argumentos a seguir expostos.

Insista-se que as Cartas Magnas brasileiras sempre valorizaram o casamento como forma de legalização da família, sendo este restrito ao homem e mulher, já que cumprem papéis bem definidos em termos de procriação e educação dos filhos.

3. Da inconstitucionalidade no reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar – da não subsistência jurídica dos argumentos utilizados no julgamento da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132 pelo Supremo Tribunal Federal

Judicializada a questão no âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, por votação unânime, reconheceu as uniões homoafetivas como núcleo familiar⁴⁹ em 05 de maio de 2011.

⁴⁹ Publicação: Dje-198, 14/10/2011. Ementa: 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal.. Homenagem ao pluralismo como valor sociopolítico e cultural. Liberdade para dispor sobre a própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia da vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sociocultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. União estável. Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial atenção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano.

Os fundamentos da decisão reposam, em suma: a) na proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo; b) na homenagem ao pluralismo como valor sócio político cultural; c) na interpretação não reducionista do artigo 226 da Constituição Federal; d) na normatização constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última nas relações familiares e d) na interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição Federal.

Considerando-se os fins acadêmicos do presente estudo, ousa-se contrapor os argumentos elencados na ementa do acórdão, concluindo-se que estes não servem de subsídio jurídico para reconhecer as uniões homoafetivas como núcleos familiares aptos a produzirem efeitos jurídicos tal qual o matrimônio ou ainda a união estável.

Observe-se o disposto no artigo 226 da Constituição Federal:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

De início, sem qualquer esforço interpretativo, destaca-se que a autorização constitucional é para o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, sendo os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Pela simples leitura do caput do artigo 226 da Constituição Federal em consonância com os parágrafos, o legislador não deixou qualquer margem de

Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. (...) 6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (Técnica da interpretação conforme). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações.

dúvida de que a família, enquanto base da sociedade, é formada pelo homem e mulher.

Dentre os pedidos meritórios constantes da ADI nº 4.277 tem-se a pretensão da aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas de modo a imprimir interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil. Interpretação que, segundo o autor da ação, resulta na não-proibição do regime jurídico da união estável entre heteroafetivos às uniões de traço homoafetivo.

Ocorre que o impasse proposto no bojo na ADI nº 4277 não possui fundamento jurídico já que o artigo 1.723 do Código Civil não comporta a técnica de interpretação conforme a Constituição Federal. Insista-se que o corpo do artigo 226 da Carta Magna não abre espaço para tal técnica hermenêutica, já que apresenta texto claro e inequívoco.

Nesse trilhar de idéias, em mera reprodução do texto constitucional dispõe o artigo 1.723 do Código Civil 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.

Reitere-se, em que pese o pensamento do Supremo Tribunal Federal, não ser a hipótese de se aplicar a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme à Constituição Federal, posto que não há qualquer dúvida ou lacuna extraída da exegese constitucional do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

O artigo 1.723 do Código Civil é mera reprodução do texto constitucional, sendo tanto o legislador originário como o legislador infraconstitucional inequívocos em definir como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. Dessa leitura, não há espaço para qualquer outra interpretação senão aquela já extraída da vontade do legislador. Ou seja, para a exata compreensão do texto do artigo 1.723 do Código Civil, basta a leitura teleológica e literal do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

Nesse contexto, o professor Paulo Bonavides⁵⁰ atenta para o aspecto negativo da interpretação conforme à Constituição, abrindo-se um espaço (equivocado) para se admitir como constitucional um entendimento flagrantemente inconstitucional, uma vez que não se trata de um princípio de interpretação da

⁵⁰ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Constituição, mas de um princípio da lei ordinária de acordo com a Constituição.

O mesmo autor ensina-nos que:

A interpretação conforme a Constituição tem um aspecto negativo e um aspecto positivo. Com efeito, visto pela dimensão contrária, é de temer-se venha o método a engendrar artifícios ou subterfúgios que possam fazer prevalecer incólumes no ordemanento constitucional normas inconstitucionais, afrouxando assim as cautelas e a vigilância do legislador contra a emissão de semelhantes normas. Convém, todavia, que o intérprete não se afaste daquele princípio estabelecido pelo Tribunal Constitucional da Áustria de que “a uma lei, em caso de dúvida, nunca se lhe dê uma interpretação que possa fazê-la parecer inconstitucional”. Corre-se não raro com o emprego desse método o risco de transformar a interpretação da lei conforme a Constituição numa interpretação da Constituição conforme a lei.

Tal distorção é percebida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (muito embora este conclua por outro argumento – vertente proibitiva – pelo reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares) que em seu voto⁵¹ pontuou:

A eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

Quando o legislador constitucional equiparou a união estável para fins de proteção estatal da entidade familiar entre homem e mulher, intrinsecamente descharacterizou qualquer outro tipo de união como familiar. O argumento de que a fixação dos substantivos homem e mulher deriva da necessária proteção à mulher nas relações familiares também não se sustenta, uma vez que tal proteção é positivada no artigo 5º da própria Constituição Federal prevendo que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Padece de qualquer sentido pretender o Supremo Tribunal Federal que a proteção supra seja reforçada no artigo 226 do mesmo texto. Ao contrário, a

⁵¹ ADI nº 4.277. Voto, PÁGINA 5. Acesso ao site <http://www.stf.jus.br> em 20 de março de 2018.

proteção prevista no artigo 5º é muito mais ampla e efetiva daquela que se quer reconhecer por intermédio de uma interpretação conforme à Constituição Federal no artigo 226.

Insista-se ser latente a vontade constitucional impregnada no texto de que as relações familiares sejam firmadas entre homem e mulher. Coincide com o desejo da sociedade contemporânea, sendo reflexo de anos de história. Manifesta-se de tal maneira o Direito Natural, justificando a própria proteção Estatal, estando longe de uma interpretação conforme à Constituição alterar tal realidade. No caso, a melhor hermenêutica constitucional a ser utilizada é a literal e teleológica (conforme já sustentado), impregnada na vontade do legislador.

Devemos observar também que a interpretação literal e teleológica do artigo 226 da Constituição Federal não constitui ofensa ao princípio da igualdade ou da liberdade, constitucionalmente previstos, conforme se quer paracer da peça inicial da ADI nº 4.277.

Isto porque o princípio da não-discriminação está inserido no bojo constitucional enquanto direito fundamental, com positivação no artigo 5º da Carta Suprema. Tal princípio encontra conexão com a evolução do conceito de igualdade que prega serem todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Em sede evolutiva, traduz-se a não discriminação no princípio da igualdade material cujo fundamento é o tratamento igual para situações fáticas similares e a utilização do discrimen para regular situações fáticas que apresentem peculiaridades que justifiquem o tratamento desigual. Para Ingo Wolfgang Sarlet⁵²:

A igualdade formal, portanto, como postulado da racionalidade prática e universal, que exige que todos que se encontram numa mesma situação, recebam idêntico tratamento (portanto, compreendida como igualdade da aplicação da lei), passou a ser complementada pela assim chamada igualdade material, embora se deva notar que as noções de igualdade formal e material não são sempre compreendidas do mesmo modo. [...] Igualdade em sentido material, além disso, significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja a vedação da utilização, para o efeito de estabelecer relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da

⁵² Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2017, pg. 102.

pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico-constitucional, opera como exigência de critérios e justos para determinados tratamentos desiguais.

Trazendo os conceitos para o âmbito de nossa discussão não se concebe que uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo e uniões afetivas entre pessoas de sexo distintos estejam em pé de igualdade fática para fins de equipará-las indistintamente como entidades familiares atribuindo-lhes os mesmos efeitos matrimoniais.

O voto do relator na ADI nº 4.277 justifica a atribuição de efeitos jurídicos aos enlaces homoafetivos similares aos da união estável, sob o argumento de que a noção de família esboçada no caput do artigo 226 da Constituição Federal⁵³ é entendida:

“em seu sentido coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico).”

Ocorre que a Corte Suprema, na voz do relator, olvidou-se do fato de que a Constituição Federal é legitimada pelo povo e expressa sua vontade. Desta feita, cumpre-nos ressaltar que as uniões homoafetivas, no plano nacional, nunca foram aceitas como modelos de família. Podemos, sem dúvida, admiti-las como fato social, mas para fins equiparáveis às sociedades civilistas e nunca como entidades familiares com efeitos patrimoniais.

Outrossim, não há como se afastar da interpretação da definição de família o critério biológico decorrente do direito natural. O próprio Supremo Tribunal Federal admite a necessária descendência para a perpetuação da espécie humana⁵⁴.

Dentro desse contexto, entende-se que não há qualquer igualdade material a ser tutelada entre tais uniões (homossexuais) se comparadas ao casamento entre heterossexuais, justificando-se no plano constitucional o tratamento

⁵³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁵⁴ ADI nº 4.277. Página 26 do Voto do relator. Acesso ao site <http://www.stf.jus.br> em 20 de março de 2018.

diferenciado.

Destaca-se que as uniões homoafetivas possam ter efeitos jurídicos mas não equiparáveis aos do casamento ou das uniões estáveis, e tal entendimento não configura situação de discriminação. Sobreleva-se o afeto, o amor, se for o caso a fidelidade e o direito à felicidade entre tais casais mas não como família constituídas por meio do casamento. E com isso, concretiza-se o que prima o princípio da igualdade material: tratar os desiguais na medida de sua desigualdade (no caso, a desigualdade é latente nas diferenças dos sexos do homem e da mulher).

A desigualdade ora apresentada é de cunho biológico e sociológico em razão da procriação e perpetuação da espécie humana. Não há paridade entre a união heterossexual e o casamento homoafetivo, uma vez que não há consumação efetiva do matrimônio, sendo biologicamente impossível o ato carnal. Segundo a professora Regina Tavares Beatriz da Silva⁵⁵:

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 226, §7º, atribui ao Estado a função de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito à liberdade do casal de decidir sobre o planejamento familiar. Esse dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei n. 9.263, de 12-1-1996 que prevê o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais, e constituição limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homens ou pelo casal. [...] Logo a procriação também é direito constitucional.

Ratifica-se que não há qualquer discriminação no ato do Estado deixar de reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares diante da importante questão biológica pontuada. Acredita-se que a discriminação seria latente se o ordenamento jurídico, sob hipótese alguma, atribuisse efeitos jurídicos a tal tipo de relacionamento, o que não é o caso, já que tal lacuna pode ser preenchida pelos tipos de sociedades civilistas estabelecidas no Código Civil.

Em reforço aos argumentos supra, rechaça-se qualquer ofensa ao pluralismo político enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, outrora alegada no voto do relator.

Isto porque o respeito ao pluralismo enquanto fundamento de um

⁵⁵ Tavares da Silva, Regina Beatriz. Grandes temas de direito de família e das sucessões. Volume II. Editora Saraiva. 2014, pg. 117.

Estado Democrático de Direito implica no reconhecimento das minorias, na abolição de qualquer tipo de preconceito, na aceitação das mais diversas crenças e opiniões políticas. Discorreu a ministra Carmen Lúcia⁵⁶ no acórdão ora impugnado que:

(...) 10. Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político. E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções. Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social. E o pluralismo não apenas se põe, expressamente, no art. 1º, inc. IV, da Constituição, como se tem também em seu preâmbulo, a sinalizar a trilha pela qual há de se conduzir o intérprete. As escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas.

O pluralismo constitucional garante o respeito e reconhecimento das relações homoafetivas enquanto modelo social minoritário. Nesse aspecto coaduna-se com o trecho do voto ressaltado. A ministra de fato conclui que é de interesse de todos a extirpação de qualquer tipo preconceito em relação aos ditos parceiros do mesmo sexo. Por isso mesmo acreditamos na perfeita convivência e respeito ao fato social minoritário.

Porém, quando se questiona sobre a produção de efeitos jurídicos a tal fato social é que transparece o caráter não jurídico desse tipo vinculação afetiva como entidade familiar, e sem que isso implique em ofensa ao pluralismo. Explica-se.

As relações homoafetivas devêm ser respeitas em plena consonância com a garantia dos direitos da minoria pregada pelo pluralismo constitucional, mas o Estado possui liberdade para regulamentar os efeitos jurídicos decorrentes destas relações, sem que implique ofensa ao princípio constitucional do pluralismo.

O pluralismo não fundamenta, como insiste a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento como entidade familiar da união de pessoas do mesmo sexo, mas o respeito e não discriminação a tais relações

⁵⁶ ADI nº 4.277. Voto, página 93. Acesso ao site <http://www.stf.jus.br> em 20 de março de 2018.

enquanto exercício de opção de cada convivente (princípio da liberdade).

Ou seja, tal qual a previsão constitucional do pluralismo, há também a baliza do Poder Constituinte no que deve ser definido como entidade familiar sem que isso cause qualquer desequilíbrio na interpretação constitucional de forma literal do artigo 226 da Constituição Federal.

Logo, se é certo que as uniões homoafetivas não podem juridicamente serem reconhecidas como entidades familiares (uma vez que o artigo 226 da Constituição Federal não comporta a interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil), também se mostra inequívoco existência de laços afetivos entre pessoas do mesmo sexo enquanto fato social.

Inequivocamente a sociedade não possui interesse em mudar o conceito de família, uma vez que em 2010 o artigo 226 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional nº 65 e o legislador nada dispôs acerca do parágrafo 3º. Ora, se supostamente as uniões estáveis já eram qualificadas como fato social, questiona-se o motivo pela opção legislativa em manter o conceito de união estável como relação havida entre homem e mulher. A resposta somente pode ser encontrada no anseio da sociedade, ou seja, ainda continua impregnado o conceito clássico de família com base na procriação como alhures sustentado.

Agora é de se questionar se uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, enquanto fato social, estão aptas a produção de efeitos jurídicos. Reconhece-se que sim. E a resposta quanto ao instrumento jurídico a ser utilizado para a consolidação de tais efeitos há de ser encontrada nos moldes societários civilistas.

Nesse sentido dispõe o artigo 981 do Código Civil que celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. No que tange à sociedade não personificada o artigo 988 do mesmo código afirma que os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum.

Considerando-se que a procriação não é finalidade das uniões homoafetivas, nada obsta que estas sejam reconhecidas como verdadeiras sociedades não personificadas, sociedades simples, onde duas pessoas se unem no intuito de prover material e espiritualmente cada uma. Logo, em termos patrimoniais, há a configuração do patrimônio único que, em caso de dissolução da sociedade,

pode ser divido e volta a cota parte a integrar o acervo individual de cada sócio.

Em abono a tal entendimento partilha-se o entendimento esboçado no acórdão de nº Resp 1284566 / RS de origem da 3^a turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 26/06/2015, cujo ementa transcreve-se:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. EQUIPARAÇÃO A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA.

1. Relações estáveis homoafetivas. Decisão que fez coisa julgada formal, reconhecendo a existência de "sociedade de fato" e não de "união estável".
2. Nessa hipótese, os reflexos patrimoniais são os mesmos do período anterior à legislação que estabeleceu a união estável no direito pátrio.
3. A partilha dos bens restringe-se àqueles que foram adquiridos pelo esforço comum, durante o período em que vigorou a sociedade.
4. Recurso especial conhecido e provido em parte.

Note-se que o presente estudo não possui qualquer finalidade de reprimir ou não identificar a associação de pessoas do mesmo sexo com finalidades afetivas. Sustenta-se, no entanto, que juridicamente (até que a Constituição venha a ser modificada) não é possível o reconhecimento destas uniões como entidades familiares, mas sim como sociedades civis. Não se trata de qualquer conduta discriminatória mas sim de análise fundamentada no ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o tema ainda, não bastasse o reconhecimento das uniões homoafetivas como núcleos familiares segundo votação unânime pelo Supremo Tribunal Federal, em flagrante constitucionalidade, o Conselho Nacional de Justiça, extrapolando a competência prevista no parágrafo 4º do artigo 103-B da Constituição Federal, por intermédio da Resolução nº 175 de 14/05/2013⁵⁷ dispôs sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

Destaca-se inicialmente que a competência constitucional do CNJ é pautada no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, não tendo este órgão competência para dispor sobre regras de direito civil.

⁵⁷ Art. 1º. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

O artigo 22 da própria Constituição Federal prevê que compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Logo, somente a lei ordinária poderia dispor sobre regras de habilitação inerente ao casamento civil ou união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Pautados nos argumentos jurídicos expostos, percebe-se que o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, respeitados os posicionamentos em contrário, não se fundamenta na melhor técnica de interpretação constitucional das prescrições contidas no artigo 226, extrapolando ainda o Conselho Nacional de Justiça a sua competência constitucional na regulamentação do referido entendimento, o que deságua na nítida ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Conclusão

Como fruto do presente trabalho, revendo-se criticamente a decisão do colegiado do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, conclui-se que podem coexistir as famílias formadas entre homens e mulheres e as sociedades civis constituídas por pessoas do mesmo sexo sem que isso implique em discriminação ou preconceito.

Assenta-se a conclusão supra na interpretação literal do artigo 226 da Constituição Federal que define a família, enquanto base da sociedade, como entidade composta por homem e mulher com fins de procriação, positivação esta repetida no artigo 1.723 do Código Civil. Logo, o casamento é instituto aplicável restritivamente às uniões formadas entre homem e mulher.

Entende-se também que o pluralismo constitucional implica em respeito às minorias, o que se alcança no plano das uniões homoafetivas por meio da atribuição de efeitos jurídicos a título de sociedades civis.

Destaque-se ainda ser desejo da sociedade contemporânea a reafirmação do conceito de entidade familiar como associação formada entre homem e mulher, mantendo-se a Constituição Federal de 1988 firme e atual em tal propósito.

Por fim, reitere-se que a análise jurídica ora proposta distancia-se de qualquer preconceito, assumindo um caráter estritamente jurídico no enquadramento legal de uma situação fática exectiva (uniões homoafetivas) enquanto fato social

minoritário e que não dispõe de regulamentação constitucional.

Assim sendo, até que sobrevenha alteração no texto do artigo 226 da Constituição Federal, entende-se como inconstitucional o reconhecimento das uniões homoafetivas enquanto entidades familiares, bem como a atribuição de efeitos jurídicos a estas equiparáveis ao casamento ou união estável.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.
- ENGELS, Friedrich. *A Origem da família, da propriedade privada e do estado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEDEIROS, Noé. *Lições de Direito Civil*. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros; Tavares, Regina Beatriz da Silva. *Curso de Direito Civil*. 43 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil. Direito de Família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Org.); GOZZO, Débora (Org.); LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família: do começo ao fim da vida*. São Paulo: Almedina, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. (Coord.); Camargo Neto, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

**DIREITO A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: UMA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO SOBRE FALTA DE CUMPRIMENTO DO ART. 221 DA
CF/88⁵⁸**

**RIGHT TO FREEDOM OF SOCIAL COMMUNICATION: AN ECONOMIC
ANALYSIS OF THE LAW ON LACK OF COMPLIANCE WITH ART. 221 DA CF/88**

Grazielly dos Anjos Fontes Guimarães

Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas FDL- Lisboa, Mestre Direito Constitucional UFRN e Professora de Direito. Rua Eduardo Farias, 211, Torre C, Ponta Negra, 59030-190, Natal/RN, (84) 99902-8400, fontes.grazielly@gmail.com

Igor Ranyeri Tavares Guimarães

Bacharelando em Direito pela Universidade Potiguar. Rua Eduardo Farias, 211, Torre C, Ponta Negra, 59030-190, Natal/RN, (84) 999652124,
igor.ranyeri@gmail.com

Resumo: A investigação destaca a comunicação social como veículo que educa, doutrina e age como incentivador de comportamentos, o que merece uma análise econômica do direito para verificar o cumprimento pelas empresas que prestam esse serviço quanto a finalidade constitucional. A constituição vigente conceitua comunicação social como a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, ressalva a que não sofrerá restrição, observado a Constituição. Ainda, deverá ser observado os princípios do art. 221 da CF/88, além das garantias constitucionais do art. 5º. Ocorre, que a comunicação social, como opera, radiodifusão e mídias, merecem críticas, pois não garantem o propósito constitucional. Nesse contexto, a análise econômica do direito serve para identificar as justificativas da fuga do propósito, e por consequente o favorecimento de interesses privados.

⁵⁸ Como citar este artigo: GUIMARÃES, Grazielly dos Anjos Fontes; GUIMARÃES, Igor Ranyeri Tavares. Direito a liberdade de comunicação social: uma análise econômica do direito sobre falta de cumprimento do art. 221 da CF/88. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodoreto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 47-65.

Palavra-chave: Direito, Estado, Comunicação Social, Análise Econômica, Democracia.

Abstract: *The investigation highlights the social communication as a vehicle that educates, teaches and acts as an incentive for behaviors, which deserves an economic analysis of the right to verify compliance by companies that provide this service with the constitutional purpose. The current constitution conceptualizes social communication as the manifestation of thought, creation, expression and information, except that it will not be restricted, in accordance with the Constitution. Still, the principles of art. 221 of CF / 88, in addition to the constitutional guarantees of art. 5th. It occurs that social communication, such as opera, broadcasting and media, deserve criticism, as they do not guarantee the constitutional purpose. In this context, the economic analysis of the law serves to identify the justifications of the escape of the purpose, and consequently the favoring of private interests.*

Keyword: Law, State, Social Communication, Economic Analysis, Democracy.

Sumário: 1.Introdução; 2. A comunicação social: um direito fundamental necessário à ordem democrática; 3. A dignidade como fundamento do direito de liberdade de comunicação social; 4. Os custos de transação para o propósito constitucional da comunicação social; 5. Considerações finais

1. Introdução

No contexto da disseminação da informação, a comunicação social se destaca como o veículo que educa, doutrina e age como incentivador de comportamentos, o que merece uma análise a luz da análise econômica do direito quanto ao cumprimento, pelas empresas que prestam serviço de comunicação social, da finalidade constitucional.

A tecnologia caminha lado a lado com a comunicação social e o direito não pode deixar de acompanhar as plataformas tecnológicas, em que operam as transmissões das informações, o direito à informação, a liberdade de imprensa e liberdade de expressão.

A ordem constitucional vigente conceitua comunicação social como a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, e ressalva a premissa de que não sofrerá restrição quanto o seu processo ou veículo, observado o disposto na Constituição.

Assim, apesar da proibição do embaraço, deverá ser observados os princípios instituídos no art. 221 da CF/88, além das garantias constitucionais do art. 5º, quais sejam: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, o que significa que há limites, bem como um propósito constitucional.

Ocorre que a comunicação social, veículo para a informação, expressão e entretenimento, da forma como se encontra operando, radiodifusão e mídias, merecem grandes críticas, pois não garantem o propósito constitucional quanto às preferências com as finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; promoção da cultura nacional e regional, bem como respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, princípios esses previstos constitucionalmente no art. 221.

Assim, o que existe de fato é a comunicação que denominamos no presente artigo de “comunicação infernal”, ou seja, aquela que causa desordem, disputa e insatisfação diante das preferências ideológicas, interesses econômicos e interesse comportamentais, além da alienação causada pela insegurança social proporcionada.

O presente artigo visa evidenciar a violação constitucional que os meios de comunicação, radiodifusão, estão causando à sociedade, já que não obedecem a ordem constitucional, confundindo a liberdade e a vedação de censura com a possibilidade de manipulação da sociedade e geração do caos.

É de uma evidência lógica que a comunicação social ferramenta democrática. E nesse contexto, a análise econômica do direito serve para identificar

as justificativas da fuga do propósito constitucional dos meios de comunicação, e por consequente o favorecimento de interesses privados em face do público.

2. A comunicação social: um direito fundamental necessário à ordem democrática

A comunicação social integra a ordem social, capitulado na Título VIII da Constituição Federal, sendo também referenciada pelos direitos: da livre manifestação do pensamento, do direito de resposta, da honra, da privacidade, da informação.

A valorização de tal direito decorre da presença histórica de censura política no país, que atingiu o ápice durante a ditadura militar, não interessando a presente investigação valorizar os aspectos ideológico e/ou de conteúdo artísticos, mas tão somente citá-los.

Para compreender esse direito, mister uma análise sob a ótica dos direitos fundamentais, especificamente se é um direito fundamental.

A comunicação social pode ser compreendida sob dois sentidos, lato e estrito. O lato senso abarca a liberdade de comunicação por meio de qualquer forma de exteriorização do pensamento escrito ou oral. O estrito senso restringe os canais de manifestações tais como: jornais, revistas, rádios ou televisões e comunicação digital. Todavia, a Carta Magna contemplou a comunicação social em seu sentido lato.

A liberdade de comunicação social decorre do direito da liberdade de livre manifestação do pensamento, abrangendo criação, expressão e informação em qualquer forma, incluindo-se a era digital, conforme art. 220 da CF/88.

Assim, no contexto da evolução dos direitos fundamentais, primeiro surge a liberdade de livre manifestação do pensamento, sendo a comunicação social a criação, necessária à ordem democrática, portanto integrando o rol dos direitos fundamentais.

Corrobora com essa evolução Norberto Bobbio em seu livro “A Era dos Direitos” que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais,

desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”⁵⁹.

Apesar do enquadramento como direito de terceira dimensão, podendo ainda denominar de sociais, dado que decorrem da necessidade de vida em sociedade, a indivisibilidade dos direitos fundamentais é característica intrínseca e prevista na Declaração Universal de Direito Humanos de 1948.

Assim, os Direitos Humanos devem ser estudados na sua integralidade, ou seja, como direitos individuais e sociais. Trata-se de um raciocínio de complementação e integração, confirmado a necessidades do ser humano de ser tutelado pelo Estado.

Ocorre que no curso histórico, antes da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, se fazia presente a distinção entre as liberdades públicas e os direitos sociais, pois acreditavam que os direitos de segunda geração negavam os de primeira e vice-versa.

A Guerra fria, posterior à segunda guerra mundial, apesar de fomentar, por meio de apelo promocional, a paz, dividiu o mundo em dois blocos “econômicos e ideológicos, respectivamente capitalista e socialista”, separando os direitos fundamentais, posto que o bloco dos socialistas utilizou os direitos sociais como fachada, enquanto os capitalistas pregaram o liberalismo, o que repercutiu em sequelas nos direitos humanos fundamentais, antes tido como indivisíveis.

Com o término da Guerra Fria surgem novas perspectivas dando-se conta de que “seres humanos têm necessidades políticas, civis, econômicas, sociais e culturais que devem ser alcançadas mediante a definição de direitos”.⁶⁰ Com isso volta-se a proceder com a indivisibilidade na aplicação desses direitos, surgindo novos.

Ainda, corrobora Norberto Bobbio quando afirma que os “direitos humanos fundamentais são de uma classe heterogênea, havendo pretensões diversas entre si, até mesmo incompatível”.⁶¹ Assim, podem existir vários fundamentos para os direitos humanos, posto que um direito de uma dimensão não pode suprir o de outra, sendo os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Ed. Campus, 2004, p.50

⁶⁰ LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. *O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e Exigibilidade*. Disponível: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32248-38486-1-PB.pdf>

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Ed. Campus, 2004, p. 39).

uma necessidade indivisível.

3. A dignidade como fundamento do direito de liberdade de comunicação social

A conceituação da expressão direitos humanos fundamentais, é resultado de uma evolução de pensamentos filosóficos, sociológicos, políticos e jurídicos. Contudo, não existe uma homogeneidade quanto a sua conceituação, tendo em vista as várias concepções de sua origem, além das diversas nomenclaturas atribuídas à expressão como: direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais dos homens.⁶²

Segundo a autora Lúcia Barros Freitas de Alvarenga:⁶³ “a expressão direitos humanos, para alguns autores, presume-se de uma constante histórica cujas raízes remontam às instituições e ao pensamento do mundo clássico (Lions apud Antonio Enrique Perez Luño), para outros, nasce como uma afirmação cristã da dignidade moral do homem enquanto pessoa (Battaglia apud Perez Lume).”

Desta forma, percebe-se que o conceito de direitos fundamentais está intrinsecamente ligado à sua origem, além de seu fundamento.

Interessante se faz levantar o debate atual sobre as concepções filosóficas jurídicas que justificam os direitos fundamentais, ou seja, a razão de ser do fundamento desses direitos, pois muitos tendem a afastar essa discussão centrando o foco na proteção e efetivação desses direitos. No entanto, percebe-se que a discussão destas concepções é que acaba por influenciar as fórmulas de proteção dos direitos fundamentais, não podendo o homem ser entendido como objeto.

A premissa que o Estado foi criado para servir ao homem, pois é protetor e garantidor dos direitos fundamentais, assume o papel através da regulação do exercício dos direitos, criando oportunidades, interferindo em litígios, solucionando conflitos.⁶⁴

⁶²SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Positivo*. São Paulo, Ed. Revista M, 1998, p. 174.

⁶³ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas. *Uma dimensão hermenêutica para realização Constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p 36.

⁶⁴OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Lisboa: Almedina, 2007, p 487.

Assim, importa a análise da comunicação social sob o prisma da fundamentalidade dos direitos, já que consiste no questionamento se os mesmos seriam verdadeiros direitos fundamentais e qual seu enquadramento na dimensão desses direitos, e por consequência análise da sua acepção material.

Quanto aos aspectos da materialidade como fundamento dos direitos sociais, que decorrem da vida em sociedade, a doutrina brasileira distingue essa fundamentalidade como: formal e material. A primeira diz respeito à positivação constitucional, podendo as normas de direitos fundamentais serem hierarquicamente superiores as demais; as normas constitucionais estarem submetidas a limites formais e materiais estabelecidos nas cláusulas pétreas, além da aplicação imediata decorrente da própria redação do texto constitucional. O fundamento material seria a relação dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.⁶⁵ Há quem defenda, contudo, que a materialidade estaria voltada para o curso histórico dialético das condições econômicas, essas responsáveis pelo surgimento de novos direitos⁶⁶.

Assim, entende a doutrina majoritária⁶⁷ que concepção material se relaciona diretamente com a dignidade da pessoa humana. Inclusive a Constituição Federal faz previsão expressa da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, de forma a influenciar não só os direitos fundamentais, mas toda ordem constitucional. É o princípio de maior valor hierárquico. Por isso a vinculação de todos os órgãos públicos e atividade estatal.

A doutrina majoritária brasileira utiliza a dignidade da pessoa humana como legitimadora de toda ordem estatal, denominando a Constituição como da pessoa humana. Assim, apesar da Constituição Federal adotar o critério formal, a dignidade compreende uma natureza material.

Entende que os direitos fundamentais formais são aqueles previstos pela constituição, e o conceito de materialidade permite a não fixação em rol taxativo na Constituição, reconhecendo outros direitos fora do catálogo do Título II.

Quanto a comunicação social, essa se enquadra no âmbito dos direitos de terceira dimensão, aqueles reflexos da Segunda Guerra Mundial, decorrentes das necessidades surgidas pós massacres de milhares de judeus e

⁶⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direito Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005 p. 86-87.

⁶⁶SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Positivo*. São Paulo, Ed. Revista M, 1998, p. 173.

⁶⁷Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Gilmar Ferreira Mendes.

outras etnias, o período bélico, o período da Guerra Fria, em paralelo ao desenvolvimento industrial e tecnológico.

Então, foi a partir desse período drástico que a humanidade se voltou para a fraternidade e a solidariedade entre os povos. Nas palavras de Paulo Bonavides, são direitos: “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeraram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.”

Assim, os direitos de terceira dimensão confirmam que os direitos humanos são direitos históricos, pois os primeiros são produtos de um processo histórico de construção e conquista, ou seja, emergem gradualmente das lutas que o homem trava, esse entendimento é pregado por Norberto Bobbio e pacificado na doutrina.

Podemos ainda conceituar como direitos transindividuais,⁶⁸ não taxativos, destinados à proteção do homem. Trata-se de um direito direcionado à preservação da qualidade de vida, tendo em vista modernização, globalização, desenvolvimento tecnológico da sociedade.

A comunicação social compreende as necessidades humanas, não se diferenciando dos direitos das liberdades. Basta analisar a perspectiva de que a comunicação social guarda correlação com a liberdade de manifestação do pensamento, de informação, de imprensa.

A Emenda Constitucional nº 8/95 foi um grande marco para o direito da liberdade da comunicação social, pois estabeleceu tratamento diferenciado aos

⁶⁸ “embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008,

serviços de telecomunicação e radiodifusão, até aquela época tratada de forma idêntica.

A comunicação social está diretamente ligada ao serviço de radiodifusão, compreendendo uma competência administrativa da União, prevista no art. 21,XII, que aduz: explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Ainda compete privativamente à União legislar sobre radiodifusão, conforme art. 22. Além disso, o art. 66 das Atos Dispositivos Constitucionais Transitórios disciplinou sobre a manutenção das concessões de serviços públicos de telecomunicações que estavam em vigor à época, posto que até 1995, as telecomunicações e radiodifusão recebiam o mesmo tratamento.

Essa manutenção fomentou um mercado oligopolizado⁶⁹, pois um grupo pequeno de empresas passou a controlar todo o processo de produção e distribuição dos produtos da comunicação, sem possibilidade de competição e melhoria.

O Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4.117 de 1962, conceituou comunicação social como telecomunicação, conforme art. 4º: “constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.”

Explica a lei que o serviço de radiodifusão seria aquele destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão.

A Lei Geral de Telecomunicações de 1997 regulamentou o tratamento diferenciado entre telecomunicações e radiodifusão, conforme ressalva do art. 211 da mencionada lei que aduz: “a outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive,

⁶⁹ ARAUJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Almedina, 2007

os aspectos concernentes à evolução tecnológica.", bem como, disciplinou, conforme art. 215, que a Lei 4.117 de 1962 permaneceria quanto aos preceitos de radiodifusão.

Interessa ao presente artigo os serviços de radiodifusão, os quais compreendem: Rádio (radiodifusão sonora) e TV (radiodifusão de sons e imagens), esses executados diretamente pela União ou através de concessão, autorização ou permissão.

A Lei 13.424 de 2017 alterou o serviço de radiodifusão quando reduziu as restrições para as novas concessões ou permissões, precedendo de edital, publicado com sessenta dias de antecedência pelo órgão competente do Poder Executivo, convidando as entidades interessadas a apresentar suas propostas em prazo determinado. Ainda previu no § 1º, do art. 34 que a outorga da concessão ou permissão é prerrogativa do Presidente da República, depois de ouvido o órgão competente do Poder Executivo sobre as propostas e requisitos exigidos pelo edital e de publicado o respectivo parecer.

O serviço de radiodifusão foi regulado pela Lei 4.117 de 1962 e seu art. 53, incluído pelo Decreto-Lei 236 de 1968, previu que constitui abuso, no exercício de liberdade da radiodifusão, o emprego do meio de comunicação para : "a) incitar a desobediência às leis ou decisões judiciais; b) divulgar segredos de Estado ou assuntos que prejudiquem a defesa nacional;c) ultrajar a honra nacional;d) fazer propaganda de guerra ou de processos de subversão da ordem política e social; e) promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião;f) insuflar a rebeldia ou a indisciplina nas forças armadas ou nas organizações de segurança pública ;g) comprometer as relações internacionais do País;h) ofender a moral familiar, pública, ou os bons costumes;i) caluniar, injuriar ou difamar os Poderes Legislativos, Executivo ou Judiciário ou os respectivos membros;j) veicular notícias falsas, com perigo para a ordem pública, econômica e social;l) colaborar na prática de rebeldia desordens ou manifestações proibidas.

Além disso, em 2002, a Lei 10.610, trouxe como cláusula para as concessionárias, permissionárias ou quem detém autorização para explorar serviços de radiodifusão, a destinação de no mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso, devendo cumprir sua finalidade informativa. Previu ainda que os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade

das empresas de radiodifusão estariam subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País.

Portanto, a legislação infraconstitucional sobre radiodifusão guardou coerência com o propósito constitucional, tanto que foi recepcionada.

Nesse sentido, a comunicação social, independentemente de se propagar por rádio ou televisão, acaba sendo um serviço prestado de natureza indispensável à participação popular, compreendendo a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão. Logo, apresenta-se como liberdade necessária à autodeterminação dos seres humanos em todos os aspectos da vida social, atribuindo ao direito à informação uma natureza de dever com relação ao bem comum.⁷⁰

4. Os custos de transação para o propósito constitucional da comunicação social

Considerando a comunicação social como direito fundamental, bem como sua relação com vários outros direitos, verifica-se conforme já comentado, que o próprio texto constitucional limita a liberdade em questão. Contudo, o que de fato existe para que esses limites não sejam respeitados pelas autorizadas, permissionárias e concessionárias é o que indaga o presente capítulo.

Parte-se da premissa que a não observância dos limites previstos no art. 221 da CF/88 se justifica pelos elevados custos de transação. A propagação de informações verídicas, de utilidade para o bem comum, restringe os ganhos dos agentes privados investidores na prestação desses serviços que dependem de audiência popular, interessando os assuntos que geram curiosidade e temor na população, pois causam dependência, além dos financiamentos com recursos públicos.

Os custos de transação estão relacionados ao direito de proibição de censura do Estado para com os agentes exploradores da comunicação social e a exploração econômica e social desses agentes, partindo da violação do propósito constitucional.

⁷⁰Apud FERREIRA, Aluizio. *Direito à Informação, Direito à comunicação – direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: celso Bastos Editor, 1997, p141.

Interessa a análise econômica para detectar as razões da violação do propósito constitucional.

A teoria acerca dos custos de transação foi iniciada pelo economista Ronald Coase em um artigo em 1937, quando estudou a natureza da firma.⁷¹ O autor buscou tratar da análise da existência da firma, justificando sua existência através da presença de baixos custos de produção.

Os Custos de Transação são todos os custos envolvidos em uma transação, inclusive o da fase pré-contratual como: custo de busca de informação, custo de negociação, custo de custos com a redação de um contrato. Bem como, o pós- contratual como: o preço, os custos do cumprimento do contrato, e os possíveis custos com solução de controvérsias.⁷²

O mecanismo de preço é a chave para definição da natureza da atividade econômica, além disso, quanto mais relações contratuais baseada no preço, maior a completude dos sistemas e, consequentemente, menores os custos de transação.⁷³

Os princípios listados no art. 221 da Constituição Federal assegurou juridicamente à sociedade que os agentes exploradores da comunicação social se comprometeriam com o propósito. Entretanto, a circunstância também constitucional da proibição de censura levou ao descontrole do propósito constitucional, confundindo a liberdade de comunicação com qualquer propósito de interesse.

Assim, a mera previsão constitucional não tem o condão de imperativo fático, ou melhor, não se pode atribuir ao direito uma possível diminuição do risco jurídico, já que o fator econômico é definidor dos incentivos dos agentes exploradores desses serviços que, como já informado, é composto por mercado oligopolizado.

O cenário da comunicação social pode ser corrigido pela regulação do mercado através da presença ou não do Estado.

A comunicação foca nas informações que imperam fragilidades humanas, sob o álibi da proibição da censura, proporcionando maiores ganhos econômicos, dado a comercialização do tempo para as pautas de interesses de

⁷¹COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. Economica, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

⁷²ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica dos Contratos. Coimbra: Almedina, 2007, p.199-200.

⁷³Ibidem, p. 386-405.

grupos que financiam o setor, além de outras arrecadações financeiras inerentes a comunicação social.

Após a segunda grande guerra com o desenvolvimento tecnológico, a propagação e a ampliação dos direitos fundamentais, a comunicação social, se consolidou como ferramenta política de influência. No Brasil, o art. 66 da ADCT permitiu a manutenção das concessões de serviços públicos de telecomunicações que estavam em vigor à época.

É um serviço que está diretamente ligado ao progresso tecnológico, pois depende de investimentos em alta tecnologia, o que desperta interesses por benefícios financeiros.

Tudo compreende um complexo de desincentivos para o cumprimento do propósito constitucional.

Interessa-nos, para a presente análise, os estudos dos custos de transação de Williamson (1975), que desenvolveu a teoria dos custos de transação entre as firmas, baseado em alguns pressupostos comportamentais: racionalidade limitada e o comportamento oportunista dos agentes econômicos.⁷⁴

A racionalidade limitada caracteriza-se, segundo Simon apud Adilson Aderito da Silva e Eliane Pereira Zamith Brito, “como uma categoria residual – a racionalidade é limitada quando lhe falta onisciência. E a falta de onisciência é fruto, principalmente, de falhas no conhecimento das alternativas, incerteza a respeito de eventos exógenos relevantes e inabilidade no cálculo de suas consequências.⁷⁵ Ou seja, o comportamento dos agentes econômicos não pode ser padronizado, de forma que existem várias variáveis que não apenas a econômica que inovam o conceito de comportamento a partir da década de 80, nesse sentido assimetria informativa, risco moral, bem como seleção adversa influenciam na escolha racional.”⁷⁶

⁷⁴ HOFFMANN, Valmr Emil. *Incerteza, racionalidade limitada e comportamento oportunista: um estudo na indústria brasileira*. Ed. Seção, 2012, p. 176-201.

⁷⁵Ibidem, p. 176-201.

⁷⁶Em 1978 Herbert Simon é laureado com o prêmio Nobel de economia e do final dos anos setenta até meados dos anos oitenta o debate sobre a racionalidade ganha novas perspectivas. Autores heterodoxos, como Williamson, Nelson e Winter afirmam nas suas teorias a ideia de racionalidade limitada de Herbert Simon de forma explícita. A exposição de Simon nas demais teorias heterodoxas foi validada pela sua notoriedade como Nobel de economia, mas também como forma de diferenciação da racionalidade neoclássica e da teoria das expectativas racionais que ganhou força na década de 80. A racionalidade limitada foi cunhada como uma alternativa à racionalidade substantiva neoclássica, mas tornou-se um dos pressupostos das teorias heterodoxas que buscavam se diferenciar, justamente, da vertente neoclássica. A *racionalidade limitada de Herbert Simon na*

A escolha racional é aquela em que o agente, ao ter ciência da utilidade de cada objeto, escolhe o que lhe trará maiores benefícios. Afirma Jeremy Benthan: “o indivíduo atingiria a felicidade ao obter o que lhe seria útil, afastando-a da dor e o aproximando o mais possível do prazer”.⁷⁷

Assim, o campo da racionalidade limitada vai implicar a realização de contratos incompletos, ensejando a revisão e renegociação desses contratos em virtude da falta de racionalidade perfeita. Essa revisão implica em custos mais baixos do que a busca por um contrato completo.

A ausência de definição dos limites de censura, aliado ao mercado concentrado dos grupos empresariais, funcionam como assimetria informativa para Poder Executivo que, por racionalidade limitada, não provoca nenhum tipo de fiscalização nas empresas exploradoras da comunicação social.

O comportamento oportunista decorre da racionalidade limitada, uma vez que a presença de assimetria informativa na relação contratual entre as partes acarreta oportunismos de rompimento ou não cumprimento de deveres futuro, no presente, o descumprimento propósito constitucional pelos serviços de rádio e televisão.

Segundo Williamson Adilson Aderito da Silva e Eliane Pereira Zamith Brito, o comportamento oportunista é “uma ação intencional em que os agentes econômicos buscam os seus próprios interesses nas transações, agem em benefício próprio aproveitando-se de lacunas ou omissões contratuais em detrimento dos parceiros.”⁷⁸

Assim, quanto maior o nível de oportunismo, e quanto menos informações estejam disponíveis para a tomada de decisão, mais aumenta o risco de se fugir do planejamento.

Tais comportamentos devem ser combatidos pelas firmas através da criação de regras contratuais que inibam esse tipo de comportamento, o que implica em aumento dos custos de transação.

Microeconomia. STEINGRABER, Ronivaldo; FERNANDEZ, Ramon Garcia. São Paulo: Revista Soc. Bras. Economia Política, v. 34, 2013, p. 123-162.

⁷⁷(FARACO; SANTOS, 2003, p. 32).

⁷⁸HOFFMANN, Valmir Emil. *Incerteza, racionalidade limitada e comportamento oportunista: um estudo na indústria brasileira.* Ed. Seção, 2012, p. 176-201.

O aumento da regulação da comunicação social enseja em crise política, passível até de questionamento constitucional, pois haveria a necessidade de conceituação dos limites para cesurar.

A Agência Nacional de Telecomunicações e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, desempenham o papel de fiscalização do conteúdo para garantir a prestação de serviços de radiodifusão de acordo com as normas legais e regulamentares aplicáveis.

Conforme dados estatísticos oficiais do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, no período de 2014 à 2018, restou registrado 3.446 penalidades, entre advertências, multas, suspensões, revogações e cassações, conforme tabela⁷⁹ abaixo:

	Revogação	Cassações	Suspensões	Advertências	Multas	Valores
2014			7	52	565	R\$ 2.094.088,39
2015			19	11	453	R\$ 1.862.042,54
2016			20	86	993	R\$ 4.631.381,32
2017	11	8	2	89	834	R\$ 5.335.181,84
2018 (até maio/2018)		1		35	260	R\$ 1.389.748,20
Total	11	9	48	273	3105	R\$ 15.312.442,29

O que se traduz em um número pequeno e sem estímulo algum para o cumprimento constitucional, comprovando o elevado custo para fiscalização por parte do poder público.

Em 2017, somente 3,3% dos 70.382 mil domicílios particulares permanentes do País não havia televisão. Isso corrobora com a expansividade do serviço de radiodifusão, entretanto, as mídias sociais também vem alcançando índices elevados, conforme também comprovam os estudos do IBGE, em que o

⁷⁹ Ministério de Ciência Tecnologia e Inovação. Disponível em:
https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/comunicacao/SERAD/radiofusao/detalhe_tema/radiodifusao_fiscalizacao.html:

percentual de domicílios que utilizava a Internet, estava em 75,0%, em 2016, e aumentou para 80,1%, em 2017, e, em área rural, subiu de 33,6% para 41,0%.⁸⁰

Assim, a participação da comunicação social na sociedade é unanime, o que implica em manipulação comportamental. Daí que as pautas denominadas “infernais”, sem propósito constitucional, criam conflitos sociais, dependência informativa, afastando as pessoas da busca pelo conhecimento e por experiências.

A intervenção do Estado no estabelecimento dos limites da censura, conforme já relatado, é uma seara superada pelo contexto da democracia.

Entretanto, a privatização da radiodifusão com a criação de um mercado competitivo, inclusive com a presença das mídias digitais, são os estímulos necessários para o cumprimento do propósito constitucional.

Basta lembrar que as empresas que prestam serviços mantiveram suas concessões desde a década de 60, com financiamentos públicos.

Muitos dos problemas do mercado da comunicação social são intrínsecos ao modelo de regulação adotado pelo Brasil, o que gera discussão quanto à sua eficiência, razão pela qual se faz necessário discutir a viabilidade do sistema vigente, inclusive, defendendo uma genuína desestatização, permitindo a transparência e publicidade.

Várias teorias econômicas⁸¹ explicam esse fenômeno pela teoria da captura regulatória. Conforme essa teoria, tem-se que setores que se encontram sob estrita regulamentação governamental, acabará capturando o governo para agir conforme seus interesses pessoais, no sentido de garantir que sejam aprovadas leis, com regras de regulação que só visam favorecer o setor que já está regulado. Em troca de concessão de benefícios, os políticos ganhariam contribuições, financiamentos de campanha e votos. Conforme a teoria da captura, o governo sempre agiria desta forma, uma vez que teria contrapartida, isto é, troca de favores.

O dilema atual da comunicação social é o serviço de radiodifusão e as mídias sociais, ganhando essa última credibilidade em face da primeira, que não cumpre o propósito constitucional e vem sofrendo retaliação por parte da população.

⁸⁰ IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016/2017*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html>

⁸¹ SENNHOLZ, Hans F. *Regulações protegem os regulados e prejudicam os consumidores*. Mises, 17 ago. 2013 .Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1647>.

Nesse sentido, interessa um marco regulatório que amplie o acesso ao sistema de radiodifusão, que amplie o pluralismo e a liberdade de expressão, não se restrigindo aos agentes que exploram desde a década de 60.

5. Considerações finais

A comunicação social é, portanto, um veículo para informação, expressão e entretenimento. O propósito constitucional é um dever, não podendo os canais de comunicação ficarem isentos da obrigação constitucional.

Nesse contexto, os limites da censura andam lado a lado com os deveres constitucionais, devendo estar em sintonia com a ordem democrática e plural.

O despropósito constitucional da informação, por mais que conte, para os ofendidos um direito de resposta, somente é praticada de forma individual, não abrangendo quando se trata de violação coletiva, que atinge ouvintes e telespectadores, e nesse caso o governo deveria fiscalizar.

O papel da comunicação social não pode ser esquecido, tendo em vista as mudanças políticas, econômicas e sociais que o país vem passando. Pelo contrário, esse direito de liberdade de comunicação social é ferramenta participativa dos agentes econômicos privados e da sociedade para a consolidação da democracia participativa e representativa.

Devem, portanto, os envolvidos na comunicação social respeitar os princípios da moralidade, imparcialidade, transparência e a laicidade do Estado, não sendo sua missão servir a grupos de interesses, que pela psicologia comportamental, tende a desestabilizar o pluralismo político, princípio fundamental da República Federativa do Brasil

Um novo marco regulatório com maior liberdade de exploração deve ser necessário para garantia constitucional do direito à comunicação e a liberdade de expressão de todos os cidadãos, pois só havendo um espaço livre para permitir que diferentes ideias, opiniões e pontos de vista possam se manifestar em igualdade.

O recente Decreto nº 9.138/2017, apesar de reduzir a burocratização para exploração do serviço, fomentou a renovação das concessões, das permissões e das autorizações, inclusive renovando com as que estavam com prazo vencido,

fortalecendo ainda mais o oligopólio dos meios de comunicação e fomentando uma prestação de serviço como moeda de troca para manipular a sociedade.

Referências

- ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas. *Uma dimensão hermenêutica para realização Constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica dos Contratos*, ed. Almedina 2007
 _____ . *Introdução à Economia*. 3. ed. Almedina, 2007
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos* . São Paulo: Ed. Campus, 2004, p.50
- COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.
- FERREIRA, Aluizio. *Direito à Informação, Direito à comunicação – direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: celso Bastos Editor, 1997
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direito Fundamentais*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FILHO, João Oliveira. *Origem Cristã dos Direitos Fundamentais do Homem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. Ed. Saraiva , 2002.
- HOFFMANN, Valmr Emil. *Incerteza, racionalidade limitada e comportamento oportunista: um estudo na indústria brasileira*. Ed. Seção, 2012
- IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016/2017*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html>
- LAFER, Celso. *Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed Companhia das Letras, 1998.
- LIMA Jayme Benvenuto. *O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e Exigibilidade*. Disponível:
<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32248-38486-1-PB.pdf>
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª edc. Principia. Lisboa, 2004

MINISTÉRIO DE CIÊNCIA TECNOLOGIA E INOCAVAÇÃO. Disponível em:

https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/comunicacao/SERAD/radiofusao/detalhe_tema/radiodifusao_fiscalizacao.html:

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Positivo*. São Paulo, Ed. Revista M, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direito Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Positivo*. São Paulo, Ed. Revista M, 1998, aulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Lisboa: Almedina, 2007

SMITH, Adam. *A riqueza das nações investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo, Abril Cultural.1983.

STEINGRABER, Ronivaldo; FERNANDEZ, Ramon Garcia. *A racionalidade limitada de Herbert Simon na Microeconomia*. São Paulo: Revista Soc. Bras. Economia Política, v. 34, 2013

SENNHOLZ, Hans F. *Regulações protegem os regulados e prejudicam os consumidores*. Mises, 17 ago. 2013 .Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1647>.

A DESIGUALDADE DE GÊNERO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO⁸²

THE INEQUALITY OF GENDER AND ITS REFLECTIONS IN BRAZILIAN FAMILY LAW

Luíza Souto Nogueira

Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Advogada. luizasnogueira@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho visa analisar os reflexos da desigualdade de gênero socialmente consagrada no âmbito do Direito de Família, bem como a gradual modificação de suas normas, para identificar em que ponto foram conquistados direitos que garantem a igualdade, bem como as falhas até hoje existentes que dificultam a plena emancipação da mulher na seara das relações familiares.

Palavras-chave: igualdade; gênero; casamento; família; sociedade conjugal.

Abstract: This paper aims to analyze the reflexes of socially consecrated gender inequality within the scope of Family Law, as well as the gradual modification of its norms, in order to identify the extent to which equality rights have been achieved, as well as the existing flaws that hinder the full emancipation of women in the field of family relations.

Keywords: equality; gender; marriage; family; marital society.

Sumário: 1. Introdução. – 2. Evolução legislativa. – 2.1. Código Civil de 1916. – 2.2. Estatuto da Mulher Casada – Lei nº 4.121/62. – 2.3. Lei do Divórcio – Lei 6.515/77. – 2.4. Constituição Federal de 1988. – 2.5. Código Civil de 2002. – 3. O princípio da igualdade como informador das relações matrimoniais. – 4. Problemas de

⁸² Como citar este artigo: NOGUEIRA, Luíza Souto. A desigualdade de gênero e seus reflexos no direito de família brasileiro. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodoreto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 66-86.

desigualdade de gênero ainda existentes no Direito de Família. – 5. Conclusão. – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A existência dos sexos feminino e masculino se deve a uma série de características biológicas e fisiológicas que se definem no momento da formação da vida humana. São distinções que concernem ao funcionamento do corpo humano e à função biológica assumida por mulheres e homens.

Isso, entretanto, não faz com que um deles seja superior ao outro, uma vez que essas diferenças se limitam ao campo da biologia, no qual, em muitas das funções, eles são idênticos e, em outras, complementares.

Ocorre que, ao longo dos anos, a sociedade se organizou de maneira a dividir os papéis a serem exercidos por homens e mulheres, consagrando diferenças de tratamento entre eles tão somente em razão de pertencerem ao sexo identificado como masculino ou feminino. É aqui que surge a noção de gênero.

O vocábulo gênero denota o conjunto de características atribuídas (e esperadas) a homens e mulheres em decorrência de uma construção sociocultural que pretende justificar a necessidade de serem-lhes dispensados tratamentos diferenciados. Vejamos:

“O conceito de Género é um conceito social que remete para as diferenças existentes entre homens e mulheres, diferenças essas não de carácter biológico, mas resultantes do processo de socialização. O conceito de género descreve assim o conjunto de qualidades e de comportamentos que as sociedades esperam dos homens e das mulheres, formando a sua identidade social”⁸³.

Mais recentemente, inclusive, o Decreto 8.727/2016 trouxe o conceito de identidade de gênero em seu art. 1º, parágrafo único, I, *in verbis*:

“Identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as

⁸³ Porque é importante falar em igualdade de género actualmente?. Disponível em: <www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/caritas/CadernoCaritas_Fasciculo_I.pdf>. Acesso em 28.06.2016.

representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”.

A existência de gêneros diferentes, entretanto, não deveria ser relevante no momento de determinar a participação do feminino e do masculino na sociedade, já ambos são capazes de atuar igualmente nos âmbitos público e privado.

Ocorre que ainda não conseguimos superar as barreiras socioculturais que impedem a adoção de tratamentos efetivamente igualitários entre homens e mulheres, principalmente em relação a seu papel na sociedade e aos direitos que possuem.

As desigualdades consagradas tão somente em razão do gênero estão presentes em todos os setores sociais, não ficando o ramo do Direito alheio a elas. Pelo contrário, o ordenamento jurídico positivado reflete os pensamentos vigentes na sociedade ao longo dos anos, sendo regulamentado em conformidade com eles.

O presente trabalho se ao Direito de Família, no qual é possível perceber um tratamento extremamente diferenciado entre os gêneros feminino e masculino na legislação passada, bem como uma lenta e gradual modificação das normas positivadas com vistas a atingir a igualdade entre eles.

Nesse ponto, cabe destacar que por igualdade de gênero deve-se entender uma igualdade entre mulheres e homens em todos os setores de atuação na sociedade, tanto no âmbito público como no privado⁸⁴.

Em razão da grande influência exercida pelos direitos Romano e Germânico nas primeiras regulamentações brasileiras sobre Direito de Família, prevaleceu, inicialmente, o domínio absoluto do homem sobre a família e, consequentemente, sobre a mulher, assumindo ele a posição de chefe. Nesse sentido explicava Pontes de Miranda: “Mulher, filhos e tutelados não teriam

⁸⁴ “A Igualdade entre Mulheres e Homens, ou Igualdade de Género, significa igualdade de direitos e liberdades para a igualdade de oportunidades de participação, reconhecimento e valorização de mulheres e de homens, em todos os domínios da sociedade, político, económico, laboral, pessoal e familiar”. In: Porque é importante falar em igualdade de género actualmente?. Disponível em: <www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/caritas/CadernoCaritas_Fasciculo_I.pdf>. Acesso em 28.06.2016.

prestações a satisfazer, - submeter-se-iam ao poder de outrem”⁸⁵, outrem esse que nada mais era do que o homem.

Consagrou-se, portanto, uma patente desigualdade de gêneros no âmbito das relações familiares, tendo sido os papéis distribuídos sob a influência de ideais patriarcais de superioridade do homem sobre a mulher. Nessa toada é a lição de Martha Saad:

“A relação conjugal imitava a relação estatal com os cidadãos, de natureza hierárquica e moldada sobre o binômio autoridade-submissão, e tinha como palavras de ordem: poder doméstico, controle marital, obediência da mulher, impostos sob a escusabilidade do manto da proteção jurídica”⁸⁶.

O que se pretende com o presente trabalho, portanto, é analisar os reflexos da desigualdade de gênero no âmbito do Direito de Família, bem como a gradual modificação de suas normas, para identificar em que ponto foram conquistados direitos que garantem a igualdade, bem como as falhas até hoje existentes que dificultam a plena emancipação feminina no seio familiar.

2. Evolução legislativa

2.1. Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 foi editado em um momento histórico no qual vigoravam na sociedade brasileira os ideais machistas e patriarcais de superioridade do homem sobre a mulher, o que, inevitavelmente, refletiu na regulamentação acerca do papel feminino no âmbito familiar.

O tratamento conferido aos cônjuges era radicalmente desigual tão somente em razão do gênero, privilegiando o homem em detrimento quase absoluto da mulher. Nesse sentido é o ensinamento de Maria Berenice Dias:

⁸⁵ MIRANDA, Pontes. Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 263.

⁸⁶ SAAD, Martha Solange Scherer. A evolução jurídica da mulher na família. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Org.). Mulher, sociedade e direitos humanos. São Paulo: Rideel, 2010. p. 10.

"O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois Clóvis Bevilaqua foi encarregado de elaborá-lo o ano de 1899. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua força física foi transformada em poder pessoal, em autoridade. Detinha o comando exclusivo da família, sendo considerado o chefe da sociedade conjugal e o cabeça do casal"⁸⁷.

Dentre as marcantes desigualdades impostas às mulheres naquela época, estava a previsão legal que impunha às casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, a condição de relativamente incapazes (Código Civil de 1916, art. 6º, II).

Ou seja, ao optar por se casar, a mulher adulta, que havia atingido a plena capacidade com a maioridade civil (à época, 21 anos) regredia à posição de pessoa relativamente incapaz, dependendo da anuência do marido para a realização de diversos atos da vida civil e negócios jurídicos.

Com o matrimônio, privava-se a mulher casada da plena liberdade de atuação na sociedade que era conferida aos homens (independentemente do estado civil) e às mulheres solteiras maiores de idade. Ficava ela, a partir do momento do casamento, subjugada a uma dominação por parte do seu marido, a quem cabia decidir quais atos ela poderia praticar, dentre os quais, como exemplo, se lhe autorizava o exercício da profissão.

Ao mesmo tempo, os homens, a partir do momento em que se casavam, tornavam-se chefes da sociedade conjugal, responsáveis pela sua administração pessoal e financeira⁸⁸. Isto é, deixavam de ser donos apenas de sua própria vida para também passar a decidir acerca das questões de sua mulher e dos eventuais filhos que viesssem a nascer dessa relação.

A distinção entre a mulher relativamente incapaz e o homem chefe da família se devia ao entendimento da sociedade da época no sentido de que, em razão das características peculiares a cada um dos gêneros, a mulher não detinha

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 101.

⁸⁸ Código Civil de 1916. Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar, em virtude do regime matrimonial adoptado, ou do pacto antenupcial. III. O direito de fixar e mudar o domicílio da família. IV. O direito de autorizar a profissão da mulher, e a sua residência fora do tecto conjugal. V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

condições para arcar com as obrigações atinentes à administração da família, sendo o homem naturalmente mais apto a fazê-lo. A esse respeito explicava Clóvis Bevilaqua:

“Ninguém ignora que, na organização fisiológica do homem e da mulher, há diferenças notáveis, mas essas diferenças não nos autorizam a declarar que o homem é superior à mulher; autorizam-nos, simplesmente, a dizer que é um chamado a exercer, na sociedade e na família, funções diferentes das do outro. Em tudo aquilo que exigir mais larga e mais intensa manifestação de energia intelectual, moral e física, o homem será mais apto do que a mulher, mas em tudo aquilo em que se exigir dedicação, persistência, desenvolvimento emocional delicado, o homem não se pode equiparar à sua companheira”⁸⁹.

O que se observa é que o ordenamento privado da época nada mais fazia do que refletir o pensamento então vigente na sociedade, segundo o qual o homem, tão somente por ser homem, estaria mais apto a tomar decisões e administrar a família, não sendo essa uma função que poderia ser assumida pela mulher.

A função feminina era voltada ao âmbito doméstico. Devia a esposa, por ser mulher, cuidar do lar e dos filhos, obedecendo às diretrizes passadas por seu marido (chefe) e se relegando a uma posição de inferioridade e incapacidade que era vista como intrinsecamente relacionada ao gênero ao qual pertencia.

Justamente por isso, à mulher somente competia a direção e a administração da vida do casal em situações excepcionais, tais como a ausência do marido ou a sua interdição.

Entretanto, mesmo diante dessas situações vigoravam algumas limitações nunca impostas aos homens: havendo a necessidade de alienação de bens imóveis comuns ou do marido, por exemplo, exigia o Código Civil de 1916 que a mulher obtivesse uma autorização especial de um juiz para tanto⁹⁰.

⁸⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado. Rio de Janeiro: Rio, 1977, vol. I. p. 183.

⁹⁰ Destaque-se que, por muitos anos depois da edição do Código Civil de 1916 os juízes eram somente homens. Isso porque a primeira mulher a se tornar juíza no Brasil foi Thereza Grisória Tang, que ingressou na magistratura de Santa Catarina em 1954. Disponível em: <<http://m.migalhas.com.br/quentes/95383/desembargadora-thereza-grisolia-tang-primeira-mulher-a-tornar-se-juiza>>. Acesso em 28.06.2016.

Percebe-se que, como bem pontuou Leila Barsted, que: “[...] esse Código Civil regulava e legitimava a hierarquia de gênero e o lugar subalterno da mulher dentro do casamento civil”⁹¹.

Não fazia o ordenamento jurídico da época, portanto, mais do que consagraria normas que refletiam o entendimento da sociedade de então acerca das posições que deveriam ser assumidos por homens e mulheres nas relações familiares.

2.2. Estatuto da Mulher Casada – Lei nº 4.121/62

Em 1962 entrou em vigor a Lei nº 4.121/62, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada. Referida norma teve por objetivo alterar dispositivos do Código Civil de 1916 com vistas a melhorar a posição legal da mulher no âmbito do casamento e das relações familiares. Explica Martha Saad:

“Após várias décadas de vigência do Código Civil, um anseio feminino foi atendido com a publicação da Lei nº 4.121/1962, o Estatuto da Mulher Casada. Este diploma legislativo procedeu a diversas alterações no Código Civil, elevando a mulher casada à plenitude da capacidade jurídica, conferindo-lhe a direção moral e material da família, permitindo-lhe escolher pelo acréscimo do sobrenome e igualando, com o marido, as situações em que se fazia necessária a autorização conjugal”⁹².

A mais expressiva modificação introduzida pela supracitada lei foi a retirada da mulher casada do rol das pessoas relativamente incapazes. A partir de então a mulher, solteira ou casada, desde que maior de 21 anos, passava a ser plenamente capaz para realizar atos da vida civil⁹³.

⁹¹ BARSTED, Leila Linhares. A Legislação civil sobre família no Brasil. In: As Mulheres e os Direitos Civis. Coletânea Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero. Rio de Janeiro: Cepia, 1999. p. 17.

⁹² SAAD, Martha Solange Scherer. A evolução jurídica da mulher na família. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Org.). Mulher, sociedade e direitos humanos. São Paulo: Rideel, 2010. p. 28.

⁹³ “Foi o Estatuto da Mulher Casada – Lei n. 4.121/62 – que concebeu o fim da incapacidade relativa para as mulheres casadas, que passavam a possuir direitos de colaboração com o chefe da sociedade conjugal – o marido”. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A mulher nas relações familiares: a desconstrução de gêneros para a edificação da igualdade como garantia do desenvolvimento humano e social. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). Manual dos direitos da mulher. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 373.

O casamento, portanto, não mais lhe suprimia a capacidade conquistada com a maioridade.

Também passou a constar do ordenamento pátrio que, ao casar, a mulher assumia a posição de colaboradora dos encargos da família. Porém, o homem permaneceu na posição de chefe da sociedade conjugal, ainda detendo direitos mais amplos.

Percebe-se que a colaboração que deveria ser prestada pela mulher continuava subjugada às diretrizes do marido, uma vez que ainda não havia qualquer disposição legal que estabelecesse um regime de igualdade entre eles.

E a ausência de normatização implicava, inevitavelmente, na manutenção desse comportamento no âmbito das famílias brasileiras, uma vez que as leis funcionavam como legitimadoras do pensamento desigual.

A norma em questão, portanto, a despeito de diminuir as limitações impostas às mulheres, não acabou com a sua posição hierarquicamente inferior à do homem no âmbito das relações familiares⁹⁴. Isso porque o papel de colaboradora ainda não significava possibilidade de atuação em igualdade de condições.

2.3. Lei do Divórcio – Lei 6.515/77

A Lei nº 6.515/77, a despeito de ter sido editada com o principal objetivo de regular a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio, também acabou por inovar no âmbito dos direitos reconhecidos aos cônjuges após o fim do casamento.

Dentre as mudanças percebidas nessa seara, está a alteração do então Código Civil no que tange à adoção do patronímico do marido pela mulher quando do casamento. Até a entrada em vigor da referida lei, tratava-se de situação obrigatória. Após, com a alteração do artigo 240 do Código Civil, passou a ser opção conferida à mulher.

⁹⁴ “O Estatuto da Mulher Casada, embora considerado diploma legal avançado para sua época, estava longe de estabelecer a efetiva igualdade jurídica, que só veio ocorrer anos depois, com a Constituição Federal de 1988, cujos princípios foram incorporados ao novo Código Civil de 2002”. In: PENA, Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães. A Desigualdade de Gênero. Tratamento Legislativo. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_63.pdf>. Acesso em 11.07.2016. p. 77.

Ou seja, somente em 1977 passou a ser possível à mulher, no ato do matrimônio, escolher se adotaria, ou não, o sobrenome de seu futuro marido. Nesse sentido leciona Maria Berenice Dias:

“A Lei do Divórcio (L 6.515/77), em vez de regular somente a dissolução do casamento substituiu a palavra desquite pela expressão separação judicial, mantendo as mesmas exigências para sua concessão. Mas trouxe alguns avanços em relação à mulher. Tornou facultativa a adoção do nome do cônjuge. Estendeu ao marido o direito de ele pedir alimentos, que antes só era assegurado à mulher “honesto e pobre”. Outra alteração significativa foi a mudança do regime legal de bens. No silêncio dos noivos, em vez da comunhão universal passou a vigorar o regime da comunhão parcial de bens”⁹⁵.

Destaque-se que, a despeito de passar a ser faculdade a adoção do nome do cônjuge varão, não havia qualquer menção a eventual possibilidade de o marido adotar o de sua esposa, situação que somente com o Código Civil de 2002 passou a ser normatizada.

A evolução, portanto, foi tímida, uma vez que a mulher continuava sendo apenas colaboradora do marido, sendo-lhe assegurada, tão somente, a possibilidade de não adotar o patronímico do cônjuge.

2.4. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 é um marco histórico no que concerne à positivação de direitos e garantias fundamentais. Informada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a Carta Constitucional operou mudanças em todos os setores do direito brasileiro.

No âmbito privado, inaugurou o chamado processo de constitucionalização do Direito Civil, que se caracterizou pela necessidade de se compatibilizar os institutos da codificação privada com os novos princípios constitucionais.

Esse processo implicou, também, a necessidade de adequação do Direito de Família a esses princípios. Foram deixados de lado conceitos que

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 102

advinham do Código Civil de 1916, abrindo a possibilidade para uma nova conceituação acerca do que se entende por família, conforme leciona Paulo Lôbo:

“O modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988”⁹⁶.

As alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988 também refletiram no tratamento jurídico conferido à mulher no âmbito das relações familiares. Nesse sentido explica Maria Berenice Dias:

“A chamada Constituição Cidadã patrocinou a maior reforma já ocorrida no direito das famílias. [...] Além da igualdade de todos perante a lei (CF 5º), pela primeira vez é enfatizada a igualdade entre os homens e mulheres, em direitos e obrigações (CF 5º I)”⁹⁷.

Tendo em vista a necessidade de erradicação das desigualdades impostas à mulher no seio familiar em razão do gênero, o art. 226 da Constituição Federal trouxe um parágrafo estabelecendo expressamente a igualdade de direitos entre o homem e a mulher. Vejamos:

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

Foi a partir desse momento que passou a constar do ordenamento brasileiro norma vedando desigualdades no contexto familiar tão somente em razão do gênero. Sobre o tema explica Flávia Piovesan:

“Pela primeira vez na história constitucional brasileira, consagra-se a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental, nos termos do art. 5º, inciso I do texto. O princípio da igualdade entre os gêneros é endossado no âmbito da família, quando o texto vem a estabelecer que os direitos e

⁹⁶ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 103

deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelos homens e pelas mulheres, em conformidade com o art. 226, § 5º. A Carta de 1988 ainda reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, de acordo com o § 3º do mesmo dispositivo constitucional. Acrescenta ainda que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º)⁹⁸.

Destaca-se, aqui, que as mudanças legislativas foram influenciadas, em grande parte, pelo movimento feminista brasileiro, que tem exigido a consagração da igualdade de direitos entre homens e mulheres, conforme destaca Leila Barsted:

“O movimento feminista brasileiro foi um ator fundamental nesse processo de mudança legislativa e social, denunciando desigualdades, propondo políticas públicas, atuando junto ao Poder Legislativo e, também, na interpretação da lei. Desde meados da década de 70, o movimento feminista brasileiro tem lutado em defesa da igualdade de direitos entre homens e mulheres, dos ideais de Direitos Humanos, defendendo a eliminação de todas as formas de discriminação, tanto nas leis como nas práticas sociais. De fato, a ação organizada do movimento de mulheres, no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, ensejou a conquista de inúmeros novos direitos e obrigações correlatas do Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivos, etc.”⁹⁹.

Entretanto, a despeito das importantes mudanças introduzidas pela Carta Constitucional, a legislação privada não sofreu imediata alteração, permanecendo vigentes uma série de disposições que consagravam desigualdades entre homens e mulheres dentro do casamento e em relação aos filhos.

No período que transcorreu entre a Constituição de 1988 e a entrada em vigor do Código Civil de 2002 ficaram as mulheres sujeitas a uma interpretação

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. Disponível em: <www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>. p. 14. Acesso em 28.06.2016.

⁹⁹ BARSTED, Leila. Lei e realidade social: igualdade x desigualdade. In: As mulheres e os direitos humanos. Coletânea Traduzindo a Legislação com a perspectiva de gênero. Rio de Janeiro: Cepia, 2001. p. 35.

das normas em conformidade com a constituição, mas sem a garantia de que a igualdade estabelecida seria deveras efetivada.

2.5. Código Civil de 2002

Somente com a edição do Código Civil de 2002 a legislação privada encampou os novos ideais aplicáveis ao Direito de Família trazidos pela Constituição de 1988.

Introduziu o novo Código disposição expressa acerca da igualdade entre os cônjuges¹⁰⁰ e extirpou do ordenamento jurídico brasileiro muitas das normas que positivavam desigualdades em razão do gênero. Nesse sentido leciona Flávia Piovesan:

“O novo Código Civil introduz avanços significativos no que tange à proteção dos direitos civis da mulher, sob a perspectiva da igualdade entre os gêneros. Elimina, assim, as normas discriminatórias até então vigentes, como, por exemplo, as referentes à chefia masculina da sociedade conjugal; à preponderância paterna no pátrio poder e à preponderância do marido na administração dos bens do casal, inclusive dos particulares da mulher; à anulação do casamento pelo homem, caso ele desconheça o fato de já ter sido a mulher deflorada e à deserdação de filha desonesta que viva na casa paterna”¹⁰¹.

Percebe-se que o Código Civil de 2002 igualou os cônjuges, estabelecendo que os deveres em relação ao casal e aos filhos devem ser exercidos em regime de colaboração entre eles, não havendo qualquer superioridade do homem em relação à mulher¹⁰².

¹⁰⁰ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. Disponível em: <www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>. Acesso em 28.06.2016. p. 16.

¹⁰² CC, Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

O sobrenome do cônjuge passou a ser opção tanto para a mulher quanto para o homem¹⁰³ e a direção da sociedade conjugal uma incumbência de ambos, em regime de igualdade e colaboração.

Deixou de haver a antiga superioridade do marido sobre a mulher antes materializada sob a forma de chefia da família pelo marido.

A partir do Código Civil de 2002 não há mais a figura de um chefe, mas sim a de dois cônjuges, iguais em direitos e deveres, que devem agir no âmbito familiar de maneira a um colaborar com o outro na busca dos interesses comuns, tanto do casal quanto dos filhos.

3. O princípio da igualdade como informador das relações matrimoniais

O princípio da igualdade encontra previsão no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].”

O preceito constitucional em questão objetiva impedir que a legislação estabeleça critérios que impliquem em desigualdades entre os indivíduos que a ela estão sujeitos. Nesse sentido explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos”¹⁰⁴.

Nessa linha de pensamento, entende-se por um tratamento igualitário aquele que, observando a medida das diferenças existentes, trate de

¹⁰³ CC, Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. 16. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 10.

maneira igual aqueles que são iguais e desigual aqueles que são desiguais. Somente assim será possível atingir um patamar em que todos se encontrarão em posição igualitária.

Ao lado dessa previsão constitucional, o artigo 3º da Carta Magna, em seu inciso III, estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Percebe-se que tais previsões constitucionais não se limitam, entretanto, a regular a atuação do legislador. São, porém, preceitos que devem ser observados por todos os ramos do nosso ordenamento, inclusive pelas relações particulares reguladas pelo Direito Civil.

Tal princípio, percebe-se, atua como balizador da autonomia privada das partes e trabalha lado a lado com o princípio da boa fé objetiva. Isso porque, em que pese a liberdade de autorregulamentação dos interesses privados, não se admite que ela seja utilizada de modo a concretizar abusos nas relações particulares.

Indiscutível a incidência desse princípio como informador das relações matrimoniais, uma vez que nelas as partes da relação (cônjuges) devem exercer direitos e deveres em nível de igualdade. Nesse sentido é a lição de Cibele Tucci:

“Por aplicação de tal princípio garante-se tratamento paritário aos cônjuges, colocando-os em pé de igualdade perante a lei. O que vale para um, aplica-se ao outro. As restrições impostas ao primeiro devem operar igualmente para o segundo. O princípio da isonomia, em matéria de família, sofreu verdadeira releitura a partir da promulgação do Código Civil, uma vez que a mulher deixou de ser mera colaboradora com a administração do marido, para ser cogestora da sociedade conjugal, ombreada ao marido. Produzem-se, a partir daí, relevantes modificações das normas que regulam a administração dos bens da sociedade conjugal e união estável”¹⁰⁵.

A aplicação deste princípio visa muito mais do que garantir que os efeitos advindos do casamento não contrariem os ditames constitucionais.

¹⁰⁵ TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Aspectos patrimoniais do Direito de Família no Brasil. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. v. 1 (jul./ago. 2014). Porto Alegre: Magister, 2014. p. 44.

Trata-se de concretizar constitucional e infraconstitucionalmente a mudança da concepção patriarcal de família para a concepção igualitária e de solidariedade entre os cônjuges, acabando com a ideia antigaamente consagrada em nosso ordenamento de que o homem figurava como parte principal e dotada de autoridade no casamento, ao passo que a mulher nada mais era do que uma figura a ele acessória e dependente, que não detinha autonomia para escolher os rumos da família.

4. Problemas de desigualdade de gênero ainda existentes no Direito de Família

Em que pese a normatização atual do Direito de Família estar em consenso com a previsão constitucional no sentido de que homens e mulheres são iguais perante a lei, a sociedade e a família, não é essa a realidade de todas as famílias brasileiras.

Infelizmente a legislação não é capaz de mudar o pensamento de toda a sociedade no momento em que uma lei nova entra em vigor. E, com isso, nem sempre as alterações legislativas são aplicadas de maneira efetiva nas relações interpessoais.

É isso o que ocorre nas relações familiares. A lei está de acordo com a necessidade de se estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, buscando extirpar a desigualdade de gêneros nas relações familiares. Porém, a existência de previsão legal não tem efeito automático sobre a sociedade.

Ainda são muitos os homens que se portam como se fossem verdadeiros chefes de suas famílias, únicos responsáveis por todas as decisões a serem tomadas nesse contexto. Comportamento esse nem sempre questionado por suas esposas.

Ao mesmo tempo, muitas famílias ainda educam seus filhos sob uma perspectiva machista e patriarcal, ensinando-lhes que deve, sim, haver uma diferença entre homens e mulheres tão somente em razão do gênero. Com isso muitas meninas ainda são criadas para aprender desde cedo os afazeres domésticos, enquanto os meninos para se divertir e desenvolver profissionalmente.

Ainda vige o pensamento de que o feminino é delicado e frágil, com emoções mais afloradas e, em alguns períodos do mês, descompensadas; enquanto o masculino traz, juntamente com suas características biológicas, uma maior

racionalidade e força, com aptidão para o trabalho externo e aversão às atividades domésticas.

Com a manutenção desse pensamento na sociedade, a desigualdade de gêneros persiste em suas diversas esferas. Nesse sentido destacam Carolina Ferraz e Glauber Leite:

“[...] apesar da emancipação garantida constitucionalmente pela imposição da igualdade entre todos os cidadãos, segundo prevê o art. 5º da Carta Magna, a mulher brasileira ainda luta por direitos e prerrogativas idênticos aos dos homens, pelo direito de permanecer viva após o término de uma relação afetiva, de ter relacionamentos sexuais pela sua livre escolha (antes do casamento, sem casamento, durante o casamento e depois de findo o casamento), de ter acesso ao mercado de trabalho, de ter filhos sem abrir mão da sua atividade laboral, de ter um sistema de saúde que contemple as especificidades femininas. A luta é tão extensa, apesar das muitas vitórias já alcançadas, que só demonstra o quanto há de desigualdade na vida social brasileira para ser combatida”¹⁰⁶.

Os filhos ainda são tidos por muitos como responsabilidade da mulher, bem como os deveres referentes à manutenção da residência, à alimentação, à economia doméstica.

Como reflexo dessa responsabilização da mulher pela prole pode-se apontar a visão ainda muito comum no Judiciário de que é a mãe naturalmente a melhor pessoa para ficar com a guarda dos filhos em caso de divórcio.

Também pode-se mencionar diferença gritante entre as licenças maternidade e paternidade. Enquanto a lei confere à mulher o período de 120 dias, que pode ser de até 180 dias em alguns casos; aos homens são conferidos apenas 5 dias, que poderão ser estendidos para 20 em determinadas situações.

Ainda há muitas famílias que educam seus filhos ensinando-lhes que, por serem homens, eles têm necessidades a suprir (entre elas, necessidades性uais) e que sua obrigação para com a família já está completa com o trabalho realizado externamente à residência que garante o sustento da mulher e dos filhos, não havendo qualquer dever de realizar atividades relativas ao âmbito doméstico.

¹⁰⁶ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *A mulher nas relações familiares: a desconstrução de gêneros para a edificação da igualdade como garantia do desenvolvimento humano e social*. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 376-377.

Sobre a persistência da cultura machista e patriarcal nas relações familiares, leciona Flávia Piovesan:

"Não obstante os significativos avanços obtidos na esfera constitucional e internacional, reforçados, por vezes, mediante legislação infra-constitucional esparsa, que refletem as reivindicações e anseios contemporâneos das mulheres, ainda persiste na cultura brasileira uma ótica sexista e discriminatória com relação às mulheres, que as impedem de exercer, com plena autonomia e dignidade, seus direitos mais fundamentais"¹⁰⁷.

Também no âmbito do Judiciário se percebe, ainda hoje, uma resistência em reconhecer a necessária igualdade entre homens e mulheres frente às questões que são levadas à apreciação do juiz.

Dentre as situações ainda discriminatórias, veja-se o ensinamento de Maria Berenice Dias:

"Em se tratando de guarda de filhos, muitas vezes, é desconsiderada a liberdade da mulher. É feita uma avaliação comportamental da adequação a determinados papéis sociais. Inúmeros julgados estabelecem certa confusão entre a vida sexual da mulher e sua capacidade de ser boa mãe, não considerando aspectos afetivos e culturais para o pleno desenvolvimento dos filhos"¹⁰⁸.

Somente em 2015¹⁰⁹ passou a ser aceito que a mulher, após o divórcio, realize a alteração de seu nome no registro de nascimento dos filhos.

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil*. Disponível em: <www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>. p. 19. Acesso em 28.06.2016.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 107.

¹⁰⁹ É admissível a averbação, no registro de nascimento do filho, da alteração do sobrenome de um dos genitores que, em decorrência do divórcio, optou por utilizar novamente o nome de solteiro, contanto que ausentes quaisquer prejuízos a terceiros. O art. 57 da Lei 6.015/1973 - Lei de Registros Públicos - admite a alteração do nome civil, excepcionalmente e de forma motivada, com a devida apreciação judicial, sem descurar da ausência de prejuízo a terceiros. Dessa forma, é justificável e plausível a modificação do sobrenome constante da certidão de nascimento, situação que prima pela contemporaneidade da vida, dinâmica por natureza (e não do momento da lavratura do registro). A função do sobrenome é identificar o núcleo familiar da pessoa e deve retratar a verdade real, fim do registro público, que objetiva espelhar, da melhor forma, a linhagem individual. Assim, é direito subjetivo da pessoa retificar seu sobrenome no registro de nascimento de seus filhos após divórcio. Ademais, a averbação do sobrenome no registro de nascimento do filho em decorrência do

Sobre referida situação era a explicação de Maria Berenice Dias:

“Injustificada também é a tendência, que felizmente vem sendo abandonada, de impedir que seja corrigido, na certidão de nascimento do filho, o nome da genitora, alterado em face do divórcio. Nada, absolutamente nada, impõe essa restrição, sendo a motivação de todo preconceituosa e com certo conteúdo punitivo”¹¹⁰.

A perpetuação desses ideais machistas e misóginos colabora para a violência sofrida por muitas mulheres no âmbito da família. Violência essa que não se limita às agressões físicas, mas que se exerce também pelas vias psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Também colabora para que, a despeito da existência de normas que extirparam as diferenças de gênero, elas ainda estejam presentes em diversos setores da sociedade e, inevitavelmente, em muitas relações familiares.

5. Conclusão

A construção social diferenciando homens em mulheres e atribuindo-lhes diferentes papéis na sociedade tão somente em razão do gênero repercute tanto no setor público como no privado.

A consagração da desigualdade de gênero, como algo natural em nosso ambiente social, acabou por levar à positivação de normas estabelecendo diferenças e, pior, consagrando uma superioridade do homem sobre a mulher.

Essas normas positivando desigualdades foram editadas em diversos ramos jurídicos, inclusive no Direito de Família.

casamento (art. 3º, parágrafo único, da Lei 8.560/1992) atrai, à luz do princípio da simetria, a aplicação da mesma norma à hipótese inversa, qual seja, em decorrência do divórcio, um dos genitores deixa de utilizar o nome de casado. Além disso, não se coaduna à razoabilidade exigir que um dos genitores e seus filhos portem diariamente consigo cópia da certidão de casamento dos pais com a respectiva averbação para fins de identificação, em prejuízo do exercício do poder familiar. Além do mais, não seria coerente impor a alguém utilizar-se de outro documento público para provar a filiação constante de sua certidão de nascimento. Por isso, havendo alteração superveniente que venha a obstaculizar a própria identificação do indivíduo no meio social, resta indubitável a possibilidade de posterior retificação do registro civil. Por fim, registre-se que não se verifica impedimento legal para modificação do sobrenome dos filhos quando há alteração do nome de um dos genitores por ocasião do divórcio, conforme se verifica na legislação de regência: art. 54 da Lei 6.015/1973, arts. 20 e 27 do ECA, art. 1.565 do CC e art. 3º, parágrafo único, da Lei 8.560/1992. STJ. 3ª Turma. REsp 1.279.952-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 3/2/2015.

¹¹⁰ Idem. p. 108.

Durante décadas de vigência do Código Civil de 1916 o homem casado se tornava chefe, ao passo que a mulher passava a ser pessoa relativamente incapaz, ao lado dos pródigos, dos silvícolas e dos menores de 21 anos e maiores de 16 anos.

Foram editadas leis minorando as gritantes diferenciações entre homens e mulheres, mas somente a Constituição Federal de 1988 consagrou o que deveria ser regra desde sempre: a igualdade entre eles.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a normativa estabelecendo a igualdade passou a fazer parte, também, da legislação infraconstitucional.

A partir de então, do ponto de vista legal não haveria mais razão para a permanência da desigualdade de gênero no âmbito das relações familiares.

Ocorre, entretanto, que a previsão legal não é suficiente para alterar o pensamento durante tantos anos arraigado em nossa sociedade. E, mesmo diante de normas claras estabelecendo a igualdade, o oposto ainda é realidade em muitas das famílias brasileiras.

A evolução ainda é lenta e gradual.

Percebe-se que, em muitos momentos as normas são editadas em consonância com a vontade da sociedade, refletindo seus pensamentos e ideais; em outros, entretanto, ela é consequência da necessidade de mudança, mas, nesses casos, não consegue alterar, com a mesma rapidez da alteração legislativa, o comportamento social.

6. Referências bibliográficas

BARSTED, Leila Linhares. A Legislação civil sobre família no Brasil. In: *As Mulheres e os Direitos Civis*. Coletânea Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero. Rio de Janeiro: Cepia, 1999.

_____. Lei e realidade social: igualdade x desigualdade. In: *As mulheres e os direitos humanos*. Coletânea Traduzindo a Legislação com a perspectiva de gênero. Rio de Janeiro: Cepia, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, vol. I.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

_____. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016.

_____. Estatuto da mulher casada. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.

_____. Lei do divórcio. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A mulher nas relações familiares: a desconstrução de gêneros para a edificação da igualdade como garantia do desenvolvimento humano e social. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 16. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 10.

MIRANDA, Pontes. *Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial*. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PENA, Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães. *A Desigualdade de Gênero. Tratamento Legislativo*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_63.pdf>. Acesso em 11.07.2016.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil*. Disponível em: <www12.senado.leg.br/publicações/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituição-de-1988/princípios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-gênero-na-constituição-federal-os-direitos-civis-e-políticos-das-mulheres-do-brasil>. p. 14. Acesso em 28.06.2016.

PORTUGAL. *Porque é importante falar em igualdade de género actualmente?*. Disponível em: <www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/caritas/CadernoCaritas_Fasciculo_I.pdf>. Acesso em 28.06.2016.

- SAAD, Martha Solange Scherer. A evolução jurídica da mulher na família. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Org.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.
- TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Aspectos patrimoniais do Direito de Família no Brasil. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. v. 1 (jul./ago. 2014). Porto Alegre: Magister, 2014. p. 44.

O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O PRINCÍPIO DO ANONIMATO¹¹¹

THE RIGHT TO KNOW ONE'S GENETIC ORIGINS IN THE ASSISTED REPRODUCTION TECHNOLOGY AND THE ANONYMITY PRINCIPLE

Marta Rodrigues Maffeis Moreira

Resumo: O direito ao conhecimento das origens genéticas é um direito da personalidade, pelo qual toda pessoa tem o direito de conhecer sua ascendência biológica. Ele se mostra em evidência pela procura crescente da reprodução humana assistida. Trata-se de um direito não reconhecido de forma expressa pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas que possui fundamentos tanto no princípio da dignidade da pessoa humana, como em outros direitos da personalidade. De outro lado, a legislação brasileira garante ao doador de gametas o anonimato, de modo que sua identidade não pode ser revelada. Esse conflito jurídico foi resolvido por vários países pela revogação do anonimato para dar efetividade àquele direito. O debate é oportuno, pois tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que visam normatizar a reprodução humana assistida e, com ela, o anonimato, ou não, do doador de gametas.

Palavras-chave: origem genética, direito da personalidade, reprodução humana assistida, anonimato e filiação

Abstract: *The right to know one's genetic origins is a right of personality, by which an individual has the right to know their biological ancestry. It seems to be currently relevant, due to the increased search for assisted human reproduction procedures. This right is not expressively recognized by the Brazilian legal system, but it has its basis not only in principles of dignity, but also in other rights of personality. On the*

¹¹¹ Como citar este artigo: MOREIRA, Marta Rodrigues Maffeis. O direito ao conhecimento das origens genéticas na reprodução humana assistida e o princípio do anonimato. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 87-111.

other hand, the Brazilian legal system guarantees gamete donors anonymity, so that their identity cannot be revealed. This juridical conflict has been solved in several countries by the removal of anonymity, in order to provide effectivity to that right. The debate is quite opportune, as the National Congress has been discussing law projects aiming to legalize assisted human reproduction and the anonymity or not of gamete donors.

Keywords: *genetic origins, personality right, assisted reproduction technology, anonymity and filiation.*

Sumário: Introdução. 1 - Conceito e natureza jurídica do direito ao conhecimento das origens genéticas. 2 - Fundamentos jurídicos do direito ao conhecimento das origens genéticas. 3 - Contexto Internacional. 3.1 - Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950). 3.2 - Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (1989). 3.3 - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face as Aplicações da Biologia e da Biomedicina, Oviedo (1997). 3.4 - Recomendação nº 1.443 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa intitulada “Adopção internacional: respeitando os direitos das crianças” de 26.1.2000. 3.5 - Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2004). 3.6 - Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, UNESCO (2006). 4 - Relação de conflito entre o direito ao conhecimento das origens genéticas e o princípio do anonimato do doador de gametas. 5 – Conclusão. Referências

Introdução

O avanço da biotecnologia e com ela o aperfeiçoamento das técnicas de reprodução humana assistida têm, dentre outros fatores, impulsionado a procura pelas clínicas médicas que oferecem esse serviço. A Resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017 do Conselho Federal de Medicina, que trata da reprodução humana assistida, garante ao doador de gameta o direito ao anonimato¹¹², podendo seus dados genéticos ser revelados apenas por motivação médica e direta e exclusivamente para esse profissional.

¹¹² A Resolução menciona o termo “sigilo”, mas nesse trabalho será usada a expressão “anonimato” por ser a mais corrente encontrada na literatura.

Entretanto, vislumbra-se, de outro lado, o direito da pessoa concebida por uma de suas técnicas de conhecer suas origens genéticas, o que coloca em xeque o princípio do anonimato. Surge, nesse ponto, um conflito jurídico o qual precisa ser discutido para averiguar qual interesse deveria prevalecer: se o da pessoa gerada que tem pretensão de conhecer sua ancestralidade biológica ou o interesse da pessoa doadora do gameta.

No Brasil não existe ainda uma lei para regulamentar a reprodução humana assistida, a qual é normatizada pela resolução acima mencionada. Tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei, de números 4.892/2012¹¹³ e 115/2015¹¹⁴, os quais instituem o Estatuto da Reprodução Assistida. Tais projetos de lei têm o objetivo de regular a aplicação e utilização das técnicas de tal reprodução e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Ambos os projetos apresentam a mesma redação e, em seu art. 13, mantém o princípio do anonimato. “Todas as informações relativas a doadores e receptores devem ser coletadas, tratadas e guardadas no mais estrito sigilo, não podendo ser facilitada, nem divulgada informação que permita a identificação civil do doador ou receptor”.

Diante desse contexto, mostra-se oportuna a discussão acerca da manutenção ou revogação do anonimato, sendo certo que um dos desafios da sua revogação é deixar claro que a busca pelo genitor biológico não significará estabelecimento de filiação, pois o direito ao conhecimento das origens genéticas representa unicamente um direito da personalidade sem consequências jurídicas no tocante ao parentesco.

1. Conceito e natureza jurídica do direito ao conhecimento das origens genéticas

O direito ao conhecimento das origens genéticas consiste na possibilidade de todo ser humano ter acesso à identidade dos seus genitores

113 Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>. Acesso em 22 mai. 2018.

114 Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em 22 mai. 2018.

biológicos, isto é, de conhecer sua ascendência¹¹⁵. Segundo REIS¹¹⁶, trata-se da descoberta da própria identidade, de buscar resposta à pergunta “quem sou eu?”, da plena realização do indivíduo como pessoa.

Por isso, esse direito se insere dentre os direitos da personalidade, também chamados “direitos do homem”, “direitos fundamentais da pessoa”, “direitos inatos”, por se referirem especificamente ao ser humano como tal, ou seja, são *direitos inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem.*^{117/118}

Segundo BITTAR,¹¹⁹ nem sempre esses direitos são reconhecidos expressamente na Constituição Federal. Observa-se, na verdade, que apenas parte dos direitos da personalidade são positivados, sendo os outros direitos subsistentes por si, pois são inerentes à natureza humana e, desse modo situam-se num plano superior àquele do direito positivo.

Ademais, o Código Civil brasileiro consolidou, no início de seu texto, de forma expressa, os direitos da personalidade, diferentemente do Código anterior que não os mencionava, demonstrando assim, a pessoa humana e os bens de sua personalidade como merecedores de proteção especial. Ainda que se trate de uma regulamentação não imune a críticas, pois não seria possível adotar uma sistematização completa, uma vez que os próprios direitos da personalidade sofrem mutação constante, por se tratar de uma noção *inacabada, transitiva, ou, cultivável.*¹²⁰ Nessa esteira, é claramente possível e desejável incluir o conhecimento das origens genéticas como um bem da personalidade a ser tutelado, pois visualiza-se aqui, a amplitude atribuída à personalidade a qual, devido aos

¹¹⁵ NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise do ordenamento jurídico brasileiro e português. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012. p. 333.

¹¹⁶ REIS, Rafael Vale e. O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). Direitos da Personalidade. Op. Cit. p. 195.

¹¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 7^a ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. pp. 22-23.

¹¹⁸ Para um maior aprofundamento sobre a tutela da personalidade humana, cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 106 e ss.

¹¹⁹ Os Direitos da Personalidade. Op. Cit., pp. 24-25.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, Personalidade, Dignidade (ensaio de uma qualificação). Tese de Livre-Docência em Direito Civil apresentada à congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003. pp. 106-107.

avanços tecnológicos e científicos, possibilitou o alcance desse conhecimento da própria genética humana.

O direito ao conhecimento das origens genéticas, sendo um direito que busca possibilitar a descoberta da própria identidade, é um direito personalíssimo voltado aos aspectos íntimos da pessoa, como ser único e individualizado na sociedade. Tutelam-se, dessa forma, os valores mais íntimos da pessoa como ente concreto e identificado. O direito ao conhecimento das origens genéticas refere-se a um direito pessoal o qual trata a pessoa como indivíduo e como membro de uma família¹²¹, na medida em que permite o conhecimento de sua ancestralidade. Representa um *jura in se ipsum*, por se referir à própria pessoa, *tendo como objeto seus atributos substanciais e, como fundamento, a própria essencialidade do ser.*¹²²

Na qualidade de direito da personalidade, o direito ao conhecimento das origens genéticas não se confunde com o direito ao reconhecimento de filiação, decorrente do direito de família e tem natureza cultural, na medida em que cada povo e cada ordenamento jurídico definem as relações de filiação, alterando-as, conforme sua cultura e tradição. Trata-se, assim, de um conceito cultural, ao contrário do direito ao conhecimento das origens genéticas, configurado por ser um direito da natureza.¹²³

2. Fundamentos jurídicos do direito ao conhecimento das origens genéticas

No Brasil o direito ao conhecimento das origens genéticas não foi reconhecido de forma expressa, mas nem por isso pode deixar de ser considerado, pois na qualidade de direito da personalidade, sua tutela independe ser ter sido positivado.

O art. 5º da Constituição Federal elenca diversos direitos da personalidade, rol esse que não é exaustivo, pois a própria Carta Magna faz a seguinte ressalva, no §2º do mesmo dispositivo legal: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

121 BITTAR. Os Direitos da Personalidade. Op. Cit., p. 30.

122 Ibidem, p. 31.

123 LOBO, Paulo. Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em 27 abr. 2018.

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Nesse sentido, em primeiro lugar deve-se considerar que o direito ao conhecimento das origens genéticas tem por fundamento o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Esse mesmo fundamento é considerado por outros sistemas jurídicos, como o alemão¹²⁴ e o português.¹²⁵

Segundo CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹²⁶, a dignidade da pessoa humana é a base da República e relaciona-se com a garantia constitucional dos direitos fundamentais. Dessa forma, o "poder" ou "domínio" da República deve considerar a dignidade da pessoa humana, a demonstrar esta como o primeiro pressuposto da República e deve ser tratada como sujeito, como fim último das relações jurídicas e não como mero objeto.

Por conseguinte, sustentam referidos doutrinadores, a dignidade da pessoa humana eleva-se como um "valor-limite" a evitar atos de totalitarismo, sejam políticos, sociais ou religiosos, bem como práticas de extermínio da pessoa humana ou que levem a própria negação da dignidade.

CANOTILHO e VITAL MOREIRA ainda sustentam que além de configurar um princípio-limite, a dignidade da pessoa humana também se caracteriza por ter um "valor" e uma "dimensão normativa" própria. É por meio de tal princípio que se concretizam muitos outros direitos fundamentais, tais como direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética.

O princípio da dignidade da pessoa humana abrange dois conceitos fundamentais: a pessoa humana e a dignidade. Ambos decorrem da filosofia kantiana.¹²⁷

¹²⁴ ENDERS, Christoph. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. NJW (*Neue Juristische Wochenschrift*). 1989, pp. 881-884.

¹²⁵ REIS, Rafael Vale e. Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas? In LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla. Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, vol. 4. Coimbra: Almedina, 2016. p. 162.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. 1, 1 ed. Brasileira, 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. p. 195.

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39.

Para KANT¹²⁸, o homem é um ser racional, e como tal existe como fim em si mesmo, e não simplesmente como meio. Por isso os seres racionais são chamados pessoas, ao contrário das “coisas”, que são seres desprovidos de razão e, portanto, têm valor relativo e condicionado, servindo de meio.

Com esse raciocínio, o filósofo formulou o seguinte imperativo categórico: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente fim em si e nunca simplesmente como meio”.¹²⁹

A dignidade da pessoa não se limita ao fato de a pessoa ser um fim em si mesma. “Ela se mostra também no fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ela próprio edita”, de modo que toda pessoa tem dignidade, enquanto cada coisa tem um preço.¹³⁰

Prosseguindo nesse raciocínio kantiano, segundo o qual a pessoa é um ser racional dotado de dignidade, COMPARATO¹³¹ afirma que a concepção de pessoa traz em sua essência a noção de consciência, atribuindo ao homem, diferentemente dos animais, a noção da correlação entre tempo e espaço, considerando-se como o centro dessa relação infinita espaço-tempo, relação que, a rigor, só existe, concretamente, para o homem e em função dele.

Enquanto dimensão individual, a consciência representa a unicidade da pessoa, seu caráter único e irrepetível, o que foi confirmado pela ciência com a descoberta da estrutura do DNA por Watson e Crick em 1953, os quais foram responsáveis por desvendar um patrimônio genético próprio, trazido, em si, por cada pessoa. É certo que a esse património genético somam-se os fatores do meio orgânico, social e do próprio indivíduo sobre si mesmo.

De outro lado, a dimensão social da consciência humana transmite a ideia segundo a qual a pessoa jamais pode sentir-se e enxergar-se como um ser isolado no mundo, dissociada da realidade relacional da vida. Aliás, o próprio vocabulário explica-se: *cum + sciencia* = saber conjunto.

¹²⁸ KANT, Immanuel, Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Martin Claret, 2002. pp. 58-59.

¹²⁹ Ibidem, p. 59.

¹³⁰ Ibidem, pp. 65-66.

¹³¹ Ética. Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno, 3 ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2006. pp. 459-463.

Por conseguinte, o direito ao conhecimento das origens genéticas encontra fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que facilita a toda pessoa concebida com gameta de terceiro ter acesso à informação genética formadora de sua identidade pessoal, se julgar importante e necessária essa informação, conforme seu sistema de valores, garantindo-se, com isso, o exercício de sua autonomia.

Além do fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao conhecimento das origens genéticas também encontra fundamento em outros direitos fundamentais e personalíssimos.

O direito à identidade genética pode se assentar no direito à identidade pessoal, o qual representa aquilo que identifica uma pessoa, abrangendo não só o direito ao nome, mas também o direito à “historicidade pessoal”.¹³² Para CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a historicidade pessoal “designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores” e, nesse sentido, o direito à identidade genética.

Segundo BITTAR,¹³³ o direito à identidade é um direito de cunho moral e possui as funções de individualizar a pessoa e evitar confusão com outra, no que o direito ao conhecimento das origens genéticas cumpriria exatamente esse mister. Tutela-se aqui o bem jurídico identidade, como atributo ínsito da personalidade humana.

O direito ao conhecimento das origens genéticas também tem como base o direito à integridade pessoal, responsável por garantir o direito à incolumidade física e psíquica.¹³⁴

Nesse sentido, ANTUNES VARELA afirma que o direito ao conhecimento das origens genéticas baseia-se num valor ético-jurídico de direito à verdade.¹³⁵

Por fim, afirma-se que o direito ao conhecimento das origens genéticas encontra fundamento no direito ao desenvolvimento da personalidade.

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Op. cit., p. 462

¹³³ Os Direitos da Personalidade. Op. Cit., pp. 128-129.

¹³⁴ REIS, Rafael Vale e. Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas na Procriação Medicamente Assistida? Op. Cit., p. 163.

¹³⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro”. Revista Brasileira de Direito Comparado. v. VIII. n. 15. Rio de Janeiro, 1993. pp. 34-35.

Esse direito foi positivado na Constituição Portuguesa pela Revisão nº 4 de 1997, sendo inserido no art. 26, 1: “A todos são reconhecidos os direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal de quaisquer formas de discriminação”.

Também a Constituição da República Federativa Alemã reconheceu expressamente esse direito em seu Artigo 2, I: Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não viole direitos de outrem, a ordem jurídicas e os bons costumes (tradução nossa).¹³⁶

No tocante ao sentido e alcance desse direito, CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹³⁷ afirmam que o direito português não reconheceu a mesma amplitude reconhecida pelo direito alemão, ao consagrar o direito ao desenvolvimento da personalidade como fundamental e personalíssimo. Isso porque a expressão “direito ao livre desenvolvimento da personalidade” da Constituição alemã elevaria tal direito a uma categoria de “direito englobante” ou “direito mãe”. De outro lado, a Constituição portuguesa não o reconheceu de forma expressa, de modo a apresentar uma função complementar ou subsidiária de outros direitos, sendo considerado uma espécie de “direito geral de liberdade”.

Na verdade, prosseguem os constitucionalistas portugueses, o direito ao desenvolvimento da personalidade garante a toda pessoa o direito subjetivo fundamental à livre formação de sua personalidade, bem como um direito de liberdade de ação como pessoa autônoma e autodeterminada. Nisso se insere perfeitamente o direito ao conhecimento das origens genéticas, como o direito de toda pessoa conhecer seus pais biológicos e receber informações sobre sua identidade genética e, a partir desse conhecimento, formar livremente sua personalidade e sua integridade físico-psíquica.

Nesse sentido foi um julgamento emblemático do Tribunal Constitucional Alemão - *Bundesverfassungsgericht* - que em 31.1.1989 confirmou o direito ao conhecimento das origens genéticas como um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não se fundamentando apenas na dignidade da pessoa humana, na medida em que se refere a um desenvolvimento autônomo da

¹³⁶ Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst.

¹³⁷ Constituição da República Portuguesa Anotada. Op. cit., p. 463.

personalidade e a uma garantia da individualidade. Por meio desse direito da personalidade, cuida-se de proteger os bens da autodeterminação e da percepção de si mesmo ou autoconhecimento. Não importa exatamente o conhecimento da ascendência como fenômeno natural, mas sim, a caracterização de uma individualidade, a consciência do indivíduo como ser único.¹³⁸

CANOTILHO e VITAL MOREIRA sustentam que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade se subdivide em três dimensões: i) *formação livre da personalidade*, pela qual o Estado deve se abster de impor ou planejar qualquer tipo de modelo de personalidade; ii) *proteção da liberdade de ação*, garantindo o sistema de valores e projeto de vida de cada pessoa e iii) *proteção da integridade da pessoa* que, juntamente com a primeira dimensão, formam o direito da criança ao desenvolvimento integral.

Nesse sentido, dispõe o art. 69º, 1 da Constituição portuguesa: “As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, *com vista ao seu desenvolvimento integral*, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”. (grifo nosso)

A Constituição Federal do Brasil dispõe de forma semelhante no art. 227 o qual, embora tenha redação bastante ampla e genérica, engloba os principais direitos personalíssimos garantidos à criança, ao adolescente e ao jovem, sobretudo para lhes proteger o livre desenvolvimento de sua personalidade: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Ademais, também o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 15, reconhece à criança e ao adolescente o direito ao desenvolvimento de sua personalidade, na medida em que os considera pessoas humanas em processo de

¹³⁸ ENDERS, Christoph. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Op. Cit. O autor critica o termo “individualidade” usado pelo Tribunal, observando que individualidade, tradicionalmente, não se refere àquilo que se desenvolve ou que necessita ser preservado, mas aquilo que distingue a pessoa como tal. Melhor teria sido a expressão “identidade”.

desenvolvimento, devendo ter respeitados seus direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade.¹³⁹

Conforme ensina CAPELO DE SOUSA,¹⁴⁰ os direitos da personalidade são tutelados considerando a pessoa humana em suas várias fases de vida, desde a concepção¹⁴¹ até sua morte, por se tratar de um ser em constante evolução. Nessa evolução dinâmica, a criança e o adolescente devem ser tratados como personalidades em formação e devem receber da família, da sociedade e do Estado proteção e respeito, a fim de verem resguardado seu desenvolvimento integral.

Tanto assim que a melhor legislação, como será exposto, exige uma determinada idade para a pessoa formular um pedido ao órgão competente para conhecer suas origens genéticas, por se tratar de tema relevante e delicado, necessitando de certa maturidade por parte do jovem para lidar com as informações que vier a receber.

De fato, os menores gozam de direitos da personalidade e, em princípio, podem exercer, por si mesmos, esses direitos, tais como o direito à vida, à integridade física, de liberdade, ao nome, dentre outros, conforme ensina o jurista português, observando-se, contudo, o regime das incapacidades.¹⁴² Na verdade, as incapacidades são instituídas em função do próprio interesse do menor e para tutelar sua personalidade. A maioridade legal, equivalente ao reconhecimento de maturidade tanto física, como psíquica e moral de cada pessoa, também é um bem jurídico e, como tal, considerado um pressuposto para a prática de certos aos jurídicos.¹⁴³

Ademais, o direito ao desenvolvimento da personalidade é um dos fins da promoção da educação e cultura. Nesse sentido, art. 73º-2 da Constituição da República Portuguesa: “O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o *desenvolvimento da personalidade*

¹³⁹ A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (grifo nosso)

¹⁴⁰ O Direito Geral de Personalidade. Op. Cit., p. 155.

¹⁴¹ Embora tangencie o tema, não faz parte desse trabalho discutir a personalidade jurídica do nascituro.

¹⁴² Ibidem, pp. 170-171.

¹⁴³ Ibidem, pp. 171-172.

e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva". (grifo nosso)

Segundo CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁴⁴, o direito ao desenvolvimento da personalidade ainda remete à “possibilidade de interiorização autônoma da pessoa ou o direito a auto-afirmação em relação a si mesmo, contra quaisquer imposições heterônimas (de terceiros ou dos poderes públicos)”. Sob esse aspecto, é possível vislumbrar o direito ao conhecimento das origens genéticas, em que se preza a pessoa como sujeito autônomo e capaz de agir em prol de sua auto-afirmação sem ser proibido por terceiros, inclusive poder público, pois como afirmam os referidos doutrinadores,¹⁴⁵ é possível incluir, aqui, vários outros direitos de personalidade inominados. Nesse sentido, importante salientar o papel do Estado-legislador em formalizar esse direito regulamentando-o para garantia de seu efetivo exercício.

Por fim, o direito ao conhecimento das origens genéticas também encontra fundamento no direito à liberdade, pois como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, a liberdade humana pode ser conceituada como “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”.¹⁴⁶

Nesse conceito, liberdade significa poder de atuação com o objetivo de atingir a felicidade pessoal. Considerando a felicidade pessoal como algo subjetivo, próprio de cada pessoa, percebe-se que a liberdade está em consonância com a vontade consciente de cada um. Dessa forma, conclui o constitucionalista, “toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe”.

Finaliza-se o presente item questionando se o princípio do anonimato na reprodução humana assistida heteróloga não viola o direito subjetivo daquele que foi concebido por uma de suas técnicas de conhecer suas origens genéticas, configurando esse princípio, ainda que não estipulado por lei, mas pela Resolução nº 2.169/2017 do CFM, uma limitação ilícita ao direito de liberdade da pessoa em conhecer sua própria identidade. Assim, prejudica-se o livre

¹⁴⁴ Constituição da República Portuguesa Anotada. Op. cit., p. 464.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 464.

¹⁴⁶ Comentário Contextual à Constituição. Op. cit., p. 71.

desenvolvimento de sua personalidade e, em última instância, atenta-se contra sua dignidade.

3. Contexto internacional

Embora não haja um diploma internacional reconhecendo o direito ao conhecimento das origens genéticas de forma específica, afirma-se que as seguintes legislações apresentam fundamentos suficientes para tutelá-lo, considerando-se ora a tutela da dignidade da pessoa humana, ora ao direito à vida privada e ora ao direito ao desenvolvimento da personalidade.^{147/148}

3.1. Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950):¹⁴⁹

“Artigo 8º: 1. qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros”.

No conceito de “tutela da vida privada e familiar” o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem considerado implícitas as dimensões que tutelam o direito ao conhecimento das origens genéticas.¹⁵⁰

3.2. Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (1989)¹⁵¹

147 LIMA, Natacha Salomé. Narrative Identity in Third Party Reproduction: Normative Aspects and Ethical Challenges. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11673-017-9823-8>>. Acesso em 20 abr. 2018.

148 NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O direito ao conhecimento das origens genéticas. Op. Cit., pp. 336-337.

149 Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 19 abr. 2018.

150 REIS, Rafael Vale e. O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. Op. Cit., p. 197.

151 Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convdir_crianca.pdf. Acesso em 7 mai. 2018.

“Artigo 7. 1. A criança será registrada imediatamente após o seu nascimento e terá, desde o seu nascimento, direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, direito de conhecer seus pais e ser cuidada por eles. 2. Os Estados-partes assegurarão a implementação desses direitos, de acordo com suas leis nacionais e suas obrigações sob os instrumentos internacionais pertinentes, em particular se a criança se tornar apátrida.

Artigo 8. 1. Os Estados-partes se comprometem a respeitar o direito da criança, de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas. 2. No caso de uma criança se vir ilegalmente privada de algum ou de todos os elementos constitutivos de sua identidade, os Estados-partes fornecer-lhe-ão assistência e proteção apropriadas, de modo que sua identidade seja prontamente restabelecida”.

3.3. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face as Aplicações da Biologia e da Biomedicina, Oviedo (1997)¹⁵²

“Capítulo III - Vida privada e direito à informação - Artigo 10º. Vida privada e direito à informação. 1 - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde. 2 - Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada. 3 - A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2”.

3.4. Recomendação nº 1.443 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa intitulada “Adopção internacional: respeitando os direitos das crianças” de 26.1.2000¹⁵³

“1.A Assembleia afirma que toda criança tem direitos, nos termos consagrados pela Convenção da ONU sobre os direitos

152 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>>. Acesso em 19 mai. 2018. Cabe informar que referida Convenção foi ratificada pelo Brasil em 3 de janeiro de 2001.

153 Disponível em: <<http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbncveG1sL1hSZWYyWDJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0xNjc3NSzsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdc9QZGYvWFJZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xslparams=ZmlsZWlkPTE2Nzc1>>. Acesso em 12 jun. 2018.

da criança, e tem nomeadamente o direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e a ser criada por eles (...).¹⁵⁴ (tradução nossa).

5.7. (...) garantir o direito da criança adotada a conhecer as suas origens, o mais tardar ao tempo da sua maioridade e eliminar da legislação nacional qualquer disposição em sentido contrário.”¹⁵⁵ (tradução nossa)

3.5. Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2004)¹⁵⁶

“Artigo 1º: Objectivos e âmbito: (a) A presente Declaração tem por objectivos: garantir o respeito da dignidade humana e a protecção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na recolha, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos, dos dados proteómicos humanos e das amostras biológicas a partir das quais eles são obtidos, daqui em diante denominadas «amostras biológicas», em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade e tendo em devida conta a liberdade de pensamento e de expressão, incluindo a liberdade de investigação; definir os princípios que deverão orientar os Estados na formulação da sua legislação e das suas políticas sobre estas questões; e servir de base para a recomendação de boas práticas nestes domínios, para uso das instituições e indivíduos interessados. (b) A recolha, o tratamento, a utilização e a conservação dos dados genéticos humanos, dos dados proteómicos humanos e das amostras biológicas devem fazer-se em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. (c) As disposições da presente Declaração aplicam-se à recolha, ao tratamento, à utilização e à conservação dos dados genéticos humanos, dos dados proteómicos humanos e das amostras biológicas, excepto na investigação, detecção e julgamento de casos de delito penal, e de testes de paternidade, que se regem pelas leis internas em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos”.

“Artigo 3º: Identidade da pessoa. Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos

¹⁵⁴ The Assembly affirms that all children have rights, as set out in the United Nations Convention on the Rights of the Child, and, in particular, the right to know and be brought up by their parents in so far as this is possible (...)

¹⁵⁵ (...) ensure the right of adopted children to learn of their origins at the latest on their majority and to eliminate from national legislation any clauses to the contrary. (tradução nossa)

¹⁵⁶ Aprovada por unanimidade e aclamação no dia 16 de Outubro de 2003 pela 32ª sessão da Conferência Geral da UNESCO. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_geneticos.pdf>. Acesso em 20 abr. 2018.

factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade”.

“Artigo 4º: Especificidade: (a) A especificidade dos dados genéticos humanos decorre do facto de: (i) Serem preditivas de predisposições genéticas dos indivíduos; (ii) poderem ter um impacto significativo sobre a família, incluindo a descendência, ao longo de várias gerações, e em certos casos sobre todo o grupo a que pertence a pessoa em causa; (iii) poderem conter informações cuja importância não é necessariamente conhecida no momento em que são recolhidas as amostras biológicas; (iv) poderem revestir-se de importância cultural para pessoas ou grupos. (b) É necessário prestar a devida atenção ao carácter sensível dos dados genéticos humanos e garantir um nível de protecção adequado a esses dados e às amostras biológicas”.

3.6 Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, UNESCO (2006)¹⁵⁷

“Artigo 16º - Protecção das gerações futuras. As repercussões das ciências da vida sobre as gerações futuras, nomeadamente sobre a sua constituição genética, devem ser adequadamente tomadas em consideração”.

4. Relação de conflito entre o direito ao conhecimento das origens genéticas e o princípio do anonimato do doador de gametas

Considerando o aumento do uso das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, põe-se cada vez com mais força o questionamento sobre a revogação do princípio do anonimato do doador de gametas, pois o direito da pessoa assim concebida clama pelo conhecimento de suas origens genéticas. Não há consenso entre os *experts* em afirmar se a revogação do anonimato seria a melhor opção. Também as legislações dos países tratam do assunto de forma díspare¹⁵⁸. No Brasil, assim como em Portugal e na França, por exemplo, vigora o princípio do anonimato do doador de gametas na reprodução humana assistida, conforme se observa do item IV.4 da Resolução nº 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina: “Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos

¹⁵⁷ Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 20 abr. 2018.

¹⁵⁸ MACHIN, Rosana. Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v25n1/1984-0470-sausoc-25-01-00083.pdf>>. Acesso em 13 abr. 2018.

dadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a)".

De início, importante salientar que anonimato não se confunde com segredo.

O termo "segredo" refere-se à preferência daqueles que fazem uso da prática de reprodução humana assistida, tanto os beneficiários (casal ou pessoa solteira), como o doador, de não revelar o uso da técnica. De outro lado, o termo "anonimato" refere-se à ocultação mútua da identidade das pessoas envolvidas na técnica, principalmente quanto ao doador, sendo que somente o médico possui essas informações.¹⁵⁹

A Resolução pauta-se, por conseguinte, pelo direito ao anonimato dos doadores de gametas, abrindo uma exceção apenas por necessidade médica, caso em que as informações sobre o doador poderão ser transmitidas unicamente para médicos, resguardando-se, dessa forma, a identidade civil do doador que acaba por nunca ser revelada.

Em Portugal também se adotou posição semelhante. A Lei de Procriação Medicamente Assistida, Lei nº 32/2006, de 26 de julho, também adotou a regra do anonimato do doador de gametas. Tal diploma normativo excepciona, apenas, a revelação de dados genéticos do doador por necessidade de saúde do beneficiário, ou para se obter informação sobre a existência de impedimento legal a um casamento planejado, mantendo-se, de qualquer forma, o sigilo da identidade civil daquele.¹⁶⁰

Porém, a lei portuguesa deu um passo adiante: possibilita a revelação da identidade civil do doador "por razões ponderosas reconhecidas por

159 SALEM, Tania. O Princípio do Anonimato na Inseminação Artificial com Doador (IAD) – Physis – Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro. v. 5. n. 1, 1995. pp. 33-65.

160 REIS, Rafael Vale e. Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas na Procriação Medicamente Assistida? Op. cit., p. 160.

Nesse sentido, cf. ainda, a Lei nº32/2006: Art. 15:

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gametas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.
3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir.

sentença judicial”, embora essa expressão seja criticada por sua abrangência e falta de concretude.¹⁶¹

A França também consagrou o direito ao anonimato do doador de gametas desde 1994.¹⁶² No entanto, vê-se que a sociedade francesa volta a retomar a discussão sobre o tema, mostrando a necessidade de aprofundá-la, conforme matéria intitulada “Don de gamètes: ‘Il est temps de lever l’anonymat’” do jornal *Le Monde* de 07 de março de 2018.¹⁶³

Judicialmente também a questão mostra-se tormentosa. O Conselho de Estado da França, em decisão de 28 de dezembro de 2017, recusou abrir o anonimato do doador de gametas a um homem que propôs a ação baseado nos artigos 8 e 14 da Convenção Europeia de Direitos do Homem. O Conselho invocou várias razões, dentre elas, a salvaguarda do equilíbrio das famílias, o risco maior de polemizar o caráter social e afetivo da filiação, o risco de uma diminuição substancial de doadores de gametas.¹⁶⁴

Diante desse contexto, mostra-se evidente a colisão entre o princípio do anonimato do doador de gametas e o direito ao conhecimento das origens genéticas da pessoa concebida pelas técnicas de reprodução humana assistida heteróloga.

Diversos países já suplantaram essa questão, revogando o anonimato em prol do direito da pessoa de conhecer suas origens genéticas.¹⁶⁵

A Suécia foi o primeiro país a alterar sua legislação para permitir que as crianças nascidas pela doação de esperma conhecessem seu doador. A lei entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1985. No caso de doação de ovócito, a mesma lei estendeu esse direito após a legalização da doação de ovócitos em 1º de janeiro de 2003.

Na Suíça, a Constituição já assegurava desde 1992 o princípio pelo qual todas as pessoas têm acesso aos dados relativos aos seus ascendentes.

161 Art. 15, 4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

162 Tréry, Irène. *L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment « éthique » ?* La Revue des Droits de l'Homme. Nanterre. n. 3, 2013. Disponível em : <<https://journals.openedition.org/revdh/193>>. Acesso em 15 mai. 2018.

163 Disponível em: <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/03/07/don-de-gametes-il-est-temps-de-lever-l-anonymat_5267116_3232.html>. Acesso em 15 mai. 2018.

164 Disponível em: <<http://www.genethique.org/fr/anonymat-du-don-de-gametes-pas-dexception-possible-selon-le-conseil-detat-68924.html#.WvssguYrLIU>>. Acesso em 15 mai. 2018.

165 Tréry, Irène. *L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment « éthique » ?* Op. Cit. A autora observa que o rol de países apresentado não pretende ser exaustivo.

Entretanto, o referido princípio foi positivado também em uma lei infraconstitucional, editada em 1998 sobre procriação medicamente assistida, a qual é aplicada desde 1º de janeiro de 2001.

A Áustria permite, desde 1992, o acesso aos dados do doador de esperma às crianças nascidas pelas técnicas de reprodução humana assistida.

O Estado de Victoria, na Austrália, permitiu, em 1995, que informações nominativas sobre o doador poderiam ser comunicadas a partir da maioridade da criança assim concebida.

A Islândia adotou, em 1996, um sistema duplo de doadores de gametas (sistema de “double track”), ou seja, ao lado daqueles que preferem o anonimato, há doadores que consentem com a revelação de sua identidade.

A Noruega permite apenas a doação de esperma, revogou por lei o anonimato em 2003. Os Países Baixos revogaram o anonimato dos doadores de gametas em junho de 2004, após 15 anos de debate. Vigorava o sistema “duble track”, o qual acabou sendo suplantado pelo direito de revelar a identidade do doador.

A Nova Zelândia também aboliu o anonimato em 2004. Foi criado um registro para permitir o estabelecimento voluntário de liame entre doador, donatário e criança nascida pelas técnicas de reprodução humana assistida.

O Reino Unido aboliu o anonimato em 1º de abril de 2005. Embora essa revogação não retroaja, abriu-se a possibilidade àqueles que fizeram a doação antes de 2005 para se inscreverem num registro de doadores voluntários, caso desejem revelar sua identidade.

Na Finlândia também vigorou o sistema de “double track”, o qual foi revogado por lei em 15 de outubro de 2006, permitindo à pessoa conhecer a identidade do doador a partir de sua maioridade.

Mais recentemente, a Alemanha publicou uma lei em 17 de julho de 2017 para criar um registro de doadores de sêmen e regulamentar a concessão de informação sobre o doador de sêmen no uso heterólogo – *Samenspenderregistergesetz* (SaRegG) - que entrará em vigor em 1º de julho de 2018.¹⁶⁶ Uma das finalidades da lei é formar um serviço centralizado de dados das

pessoas utilizadoras do serviço médico de reprodução humana assistida, para permitir aos concebidos por uma de suas técnicas dirigir suas demandas com escopo de conhecimento de suas origens genéticas. Isso facilitará o exercício de tal direito, pois até o momento, a documentação permanece descentralizada nos diversos serviços que coletam o material biológico humano e realizam o procedimento. Para tanto, será criado um Registro Central de Doadores de Sêmen pelo Instituto Alemão de Documentação e Informação Médica (*Samenspenderregister beim Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information - DIMDI*).

A referida lei dispõe¹⁶⁷ sobre diversos deveres dos serviços de coleta de sêmen para fertilização artificial heteróloga e o primeiro deles refere-se ao dever de informação ao doador de sêmen. Assim, é dever do serviço de coleta de sêmen, antes de proceder a referida coleta, informar o doador que a pessoa concebida com o respectivo material genético, terá direito de conhecer suas origens genéticas ao completar 16 anos, conforme dispõe o § 10 do artigo 1 da lei. Deverá, ainda, ser esclarecido ao doador as consequências de uma doação de sêmen.

Outro dever do serviço de coleta é armazenar todos os dados do doador de sêmen e repassá-los ao Instituto Alemão de Documentação e Informação Médicas. Tais dados são: o sobrenome e o prenome; data e local de nascimento, nacionalidade e endereço.

A clínica que utilizará o sêmen no procedimento de reprodução assistida heteróloga deve informar à paciente destinatária do material biológico, antes do procedimento, sobre o direito da pessoa concebida por tal método à informação de suas origens genéticas quando completar 16 anos, nos termos do já citado §10 do artigo 1 da lei. Ainda, deverá esclarecer a ela o significado desse direito no tocante ao desenvolvimento da personalidade do ser concebido (Artigo 1, §4).

Essas informações são tão importantes, que a lei determina à destinatária do sêmen a certificação, por escrito, à clínica de reprodução assistida, do recebimento das informações acima mencionadas e que as compreendeu de forma integral. Ela está obrigada a informar a clínica sobre dados do nascimento e

%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s2513.pdf%27%5D__1526674947927>. Acesso em 11 mai. 2018.

167 Artigo 1, §2.

data de nascimento da criança ou crianças no prazo máximo de 3 meses após o nascimento. A destinatária deverá assinar um termo de compromisso do cumprimento dessa obrigação (Artigo 1, §4).

Dispõe a lei que os mesmos dados acima mencionados do doador de sêmen, os quais devem ser armazenados, devem ser solicitados à destinatária do respectivo material (Artigo 1, §5).

Por conseguinte, quando a clínica de reprodução humana assistida receber informações sobre o nascimento da criança ou crianças, ela deverá repassar os dados ao Instituto Alemão de Informação e Documentação Médicas. Esses dados são: o prenome e sobrenome da destinatária do sêmen, sua data e local de nascimento e endereço; data de nascimento da criança ou das crianças e número de crianças (Artigo 1, §6 (1)).

Caso a clínica de reprodução humana assistida não receba informações sobre o nascimento de crianças, conforme acima explicitado, ela deverá, no prazo máximo de quatro meses, a contar do possível nascimento, transmitir os dados da destinatária do sêmen e o prazo de nascimento previsto. Porém, esses dados não precisam ser transmitidos quando a clínica de reprodução humana assistida tiver conhecimento de que a reprodução não surtiu efeito (Artigo 1, §6 (2)).

Dispõe a lei que uma pessoa, a qual presuma ter sido concebida pelo uso heterólogo de sêmen numa inseminação artificial, pode propor uma ação diretamente ao Instituto Alemão de Documentação e Informação Médicas para receber informações sobre a identidade do doador. Essa pretensão deverá ser exercida pela própria pessoa quando completar 16 anos de idade, pois antes dessa idade a pretensão deverá ser formulada por seus representantes legais, sejam seus pais ou outras pessoas (Artigo 1, §10).

Na justificação que consta no projeto de lei¹⁶⁸, a idade de 16 anos foi utilizada em analogia à lei regulamentadora do direito de adoção – *Personenstandsgesetz* (PStG) §63 (1)¹⁶⁹ - pois, na Alemanha, a partir dessa idade, o adotado pode ter acesso aos documentos e registros relacionados ao seu processo de adoção. Nesse sentido, a lei (SaRegG) considerou que a pretensão à

¹⁶⁸ Disponível em: <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/112/1811291.pdf>>. Acesso em 12 mai. 2018.

¹⁶⁹ Estatuto da Pessoa.

informação pressupõe uma determinada maturidade da pessoa em lidar com essas informações. Antes dessa idade, os pais podem propor a pretensão como representantes legais do filho, no exercício do poder familiar. Não se reconhece ao doador de sêmen um direito à informação semelhante face à pessoa concebida.

Por fim, a lei dispõe no artigo 2 sobre a alteração do §1600 d, Abs. 4 do Código Civil alemão para que passe a constar a seguinte redação: “Se a criança foi concebida por reprodução humana assistida numa clínica médica nos termos do § 1 nº9 da Lei de Transplantes, sob uso heterólogo de sêmen, o qual foi doado nos termos do §2 Abs. 1, Satz 1 da Lei de Registro de Doadores de Sêmen (*esta lei*), então o doador de sêmen não pode ser estabelecido como pai dessa criança”.¹⁷⁰ (Observação e tradução nossas)

Essa disposição normativa evita toda e qualquer polêmica em torno de eventual arguição de paternidade na qual se poderia questionar do doador de sêmen em relação à criança concebida pelas técnicas de fertilização heteróloga, demonstrando que se trata, unicamente, de um direito da personalidade.

Conclusão

Os direitos da personalidade têm enfrentado desafios diante do avanço da tecnologia. A reprodução humana assistida tem sido aprimorada e procurada cada vez mais pelas pessoas por diversas razões. Atualmente trava-se o debate entre o direito ao conhecimento das origens genéticas daquele que foi concebido por uma de suas técnicas e o direito ao anonimato do doador de gametas. Uma pessoa que deseja conhecer sua ancestralidade pode ser movida por inúmeras razões, desde médicas, psicológicas ou apenas para conhecer sua origem biológica. Não se deve limitar esse direito, mas sim, tutelá-lo juridicamente para dar-lhe plena efetividade. O direito ao anonimato deve ceder, sob a condição de que a revelação da identidade do doador não implicar, de forma alguma, relação de filiação entre ambos, o que deve ser expressamente determinado, como o fez a lei alemã.

170 Ist das Kind durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nummer 9 des Transplantationsgesetzes unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt worden, der vom Spender einer Entnahmeeinrichtung im Sinne von § 2 Absatz 1 Satz 1 des Samenspenderregistergesetzes zur Verfügung gestellt wurde, so kann der Samenspender nicht als Vater dieses Kindes festgestellt werden.

Diante desse contexto, mostra-se necessária a publicação de uma lei que regulamente a reprodução humana assistida e determine expressamente o direito ao conhecimento das origens genéticas, com a revogação do princípio do anonimato e com a ressalva de não se formar vínculo de filiação.

Referências

- ANTUNES VARELA, João de Matos. A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. v. VIII. n. 15. Rio de Janeiro, 1993.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 1^a ed. Brasileira, 4. ed. Revista, Revista dos Tribunais: São Paulo. Coimbra Editora: Coimbra, 2007.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, 3^a edição, São Paulo, Companhia das Letras, 2006.
- DALLOZ, Marie-Christine de Montecler. Anonymat du don de gamètes: pas d'exception possible selon le Conseil d'Etat. *Génétique*. 11 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.genethique.org/fr/anonymat-du-don-de-gametes-pas-dexception-possible-selon-le-conseil-detat-68924.html#.WvssguYrLIU>>. Acesso em 15 mai. 2018.
- ENDERS, Christoph. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*. 1989.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LIMA, Natacha Salomé. *Narrative Identity in Third Party Reproduction: Normative Aspects and Ethical Challenges*. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11673-017-9823-8>>. Acesso em 20 abr. 2018.

- LOBO, Paulo. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em 27 abr. 2018.
- MACHIN, Rosana. Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v25n1/1984-0470-sausoc-25-01-00083.pdf>>. Acesso em 13 abr. 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade*: ensaio de uma qualificação. Tese de Livre-Docência em Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.
- NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise do ordenamento jurídico brasileiro e português. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre o Direito da Criança*. 1989. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convdir_crianca.pdf>. Acesso em 7 mai. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*. 2003. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_geneticos.pdf>. Acesso em 20 abr. 2018.
- _____. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. 2005. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 20 abr. 2018.
- REIS, Rafael Vale e. O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. In MIRANDA, Jorge, RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas? In LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias e BARBOSA, Carla. *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 4, Coimbra: Almedina, 2016.

- SALEM, Tania. O Princípio do Anonimato na Inseminação Artificial com Doador (IAD) – *Physis – Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 5. n. 1, 1995, pp. 33-65.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7^a ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- TRÉRY, Irène. L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment « éthique » ? *La Revue des Droits de l'Homme*. Nanterre. n. 3, 2013. Disponível em : <<https://journals.openedition.org/revdh/193>>. Acesso em 15 mai. 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 19 abr. 2018.
- _____. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face as Aplicações da Biologia e da Biomedicina*. 1997. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 19 mai. 2018.
- _____. *Recomendação nº 1.443. International adoption: respecting children's rights*. 26.1.2000. Disponível em: <<http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbncveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0xNjc3NSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJIZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xslparams=ZmIsZWIkPTE2Nzc1>>. Acesso em 12 jun. 2018.
- VIVILLE, Stéphane. Don de gamètes: “Il est temps de lever l'anonymat”. *Le Monde*. 07 mar. 2018. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/03/07/don-de-gametes-il-est-temps-de-lever-l-anonymat_5267116_3232.html>. Acesso em 15 mai. 2018.

**ANÁLISE DO PROVIMENTO 63 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA À LUZ
DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SEUS
REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO¹⁷¹**

***ANALYSIS OF THE BRAZILIAN NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE
RESOLUTION 63 IN LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE
SEPARATION OF POWERS AND ITS REFLEXES IN THE BRAZILIAN FAMILY
LAW***

Vitor Storch de Moraes

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós Graduado em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Vitória-ES. Pós Graduado em Direito Privado pela UGF. Mestrando em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro. Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais da 3ª Zona de Fortaleza-CE. E-mail: vitormoraes@gmail.com

Resumo: O artigo abordará a introdução de novos elementos ao direito de família brasileiro com a vigência do Provimento 63 do CNJ, em possível afronta ao princípio da separação dos poderes, com análise da introdução da pluriparentalidade por ato volitivo dos genitores diretamente em cartório e da vedação da identificação do doador do material genético na reprodução assistida heteróloga, correlacionando tais regras com a legislação relativa à adoção e aos direitos do adotado. Investigar-se-á se foi invadido espaço reservado ao Congresso Nacional e possíveis consequências disto. Será utilizado o método dedutivo, partindo da norma posta, com análise de sua localização no sistema jurídico, sua conformidade constitucional e possíveis reações a tais inovações. Adotar-se-á a linha de pesquisa teórica qualitativa, com análise de fontes bibliográficas, bem como de leis e provimentos.

¹⁷¹ Como citar este artigo: MORAES, Vitor Storch de. Análise do provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça à luz do princípio constitucional da separação dos poderes e seus reflexos no direito de família brasileiro. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodoreto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 112-135.

Palavras-chave: Provimento 63 do CNJ. Separação de poderes. Pluriparentalidade. Socioafetividade. Origem genética.

Abstract: *The article will address the introduction of new elements to the brazilian family law with the validity of CNJ Resolution 63, in possible confrontation with the principle of separation of powers, with analysis of the introduction of pluriparentality by voluntary act of the parents directly in public notaries and the prohibition of the identification of the donor of the genetic material in heterologous assisted reproduction, correlating such rules with the legislation on adoption and the rights of the adoptee. It's going to be investigated if National Congress competence was invaded and possible reactions to such innovations. The deductive method will be used, starting from the existent norm, with analysis of its location in the legal system, its constitutional conformity and the consequences of such innovations. The theoretical qualitative research line will be adopted, with an analysis of bibliographic sources, as well as laws and regulations.*

Keywords: CNJ resolution 63. Separation of powers. Multiple parenting. Socio-affectivity. Genetic origin.

Sumário: 1 - Introdução; 2 - Separação de poderes e fundamento de validade dos provimentos do Conselho Nacional de Justiça; 3 - Pluriparentalidade no ordenamento brasileiro, O Recurso Extraordinário 898.060/SC e o Provimento 63 do CNJ; 4 - O reconhecimento de paternidade e de maternidade socioafetivo por requerimento administrativo em face das regras legais e constitucionais para adoção; 5 – Análise da vedação do registrador civil exigir os dados do doador do material genético na reprodução assistida em face do direito ao ser humano de conhecer sua ascendência genética; 6 – Conclusão; 7 – Referências.

1. Introdução

No dia 14 de novembro de 2017 o a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça editou o provimento de número 63, que em sua ementa institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais em todo o País,

uniformizando e padronizando as certidões expedidas pelos Cartórios de Registro Civil, gerando maior segurança jurídica para toda a população.

Citado ato normativo, dispõe ainda sobre o reconhecimento voluntário com a consequente averbação da paternidade e maternidade socioafetivas no livro “A” do Registro Civil das Pessoas Naturais, bem como trata do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

Ocorre que, apesar de o citado ato normativo aparentar simplesmente regular algo já existente ou pacificamente aceito no Brasil, ou mesmo regulamentar um direito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça foi além em alguns pontos, inovando no sistema jurídico pátrio e em matéria que não diz respeito a defesa da autonomia do Judiciário.

O presente artigo pretende analisar algumas questões específicas, tais como se pode um órgão de fiscalização e controle do Poder Judiciário incluir no sistema jurídico nacional a pluriparentalidade por requerimento administrativo, sem análise do caso concreto pelo Judiciário e sem a intervenção do Ministério Público.

Será verificado ainda se um provimento do Conselho Nacional de Justiça possui o condão de dispor em sentido aparentemente contrário ao que consta no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e mesmo no parágrafo 5º do artigo 227 da Constituição Federal, nas partes em que vedaram a adoção por escritura pública e impuseram a assistência do Poder Público em todo e qualquer procedimento de adoção, inclusive as adoções unilaterais.

Analisar-se-á se há incoerência entre o “considerando” do provimento que preceitua ser direito do adotado o “acesso irrestrito a todos procedimentos e incidentes da adoção”, na forma do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a proibição do registrador civil de exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida, com análise do artigo 8º do citado Provimento em face do comando normativo expresso no artigo 48 do ECA.

Por fim, serão apresentadas algumas reações, notadamente do Ministério Público, a partes do citado provimento.

2. Separação de poderes e fundamento de validade dos provimentos do Conselho Nacional de Justiça

Desde tempos antigos, grandes pensadores como Aristóteles¹⁷² já destacavam a importância da divisão das funções do Estado para que não ficassem concentradas nas mãos de uma só pessoa.

Em período mais moderno, Montesquieu se destacou pelo desenvolvimento da teoria da separação dos poderes ou das funções do Estado tal como conhecida hoje. Ele apregoou a separação do Estado em funções específicas (especialização funcional), com atribuição a órgãos independentes entre si (especialização orgânica), sendo o poder limitado pelo próprio poder, em um sistema funcional, harmônico e equilibrado de freios e contrapesos¹⁷³. Ou seja, não pode um poder ou uma função do Estado se sobressair a outro, sob pena de volta ao absolutismo ou à tirania¹⁷⁴.

O Judiciário, até então considerado um órgão de funções restritas no sistema de freios e contrapesos de Montesquieu, foi adquirindo, com o passar dos anos, importância e relevância, chegando-se ao ponto de destaque com o denominado ativismo judicial, tão em voga atualmente.

Diversos estudos tentam explicar esse fenômeno que vem alargando as fronteiras de atuação do Judiciário frente a um Executivo cada vez mais mecanizado e menos criativo, muitas vezes um mero cumpridor de uma agenda imposta por rígidas leis que determinam aonde deve ser aplicada boa parte do orçamento público e um Legislativo cada vez mais omisso, que frente à complexidade das questões atuais, não consegue votar matérias importantes para a sociedade, nem defender sua competência legislativa face a eventuais abusos cometidos por outros Poderes.¹⁷⁵

¹⁷² ARISTÓTELES. *A Política*. 7. ed. São Paulo: Atena, 1965.

¹⁷³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁷⁴ Para maiores detalhes, ver, por todos: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 215-230.

¹⁷⁵ Art. 44, CRFB/88. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. (...) Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (...) XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

Celso Fernandes Campilongo¹⁷⁶ explica esse fenômeno analisando diversos autores e informando que o Brasil (bem como alguns outros países, muitos na América Latina) caminha para uma “democracia delegativa”, com baixo grau de institucionalização, na qual o cidadão foca no chefe do Executivo e espera que ele, sozinho, resolva todas as mazelas do país. Há uma falta de comprometimento com a trabalhosa missão de fazer a democracia funcionar.

Por outro lado, após chegar ao Poder, no presidencialismo de coalizão brasileiro, muitos políticos parecem concluir que já cumpriram suas tarefas de responsabilidade para com a população, não agindo conforme as promessas feitas nas campanhas, havendo um apego enorme ao poder, com consequências desastrosas para a democracia.

Apesar de tudo, o fato é que a separação tripartide de Monstesquieu (Executivo, Legislativo e Judiciário) auxiliou o desenvolvimento ou a transição de muitas nações de um sistema absolutista para um modelo de Estado liberal ou democrático, sendo tal separação ainda essencial à manutenção e mesmo ao aprimoramento do sistema democrático atualmente vigente.

Em uma sociedade cada vez mais complexa e multifacetada, sabe-se que todos os órgãos que exercem os poderes do Estado possuem uma função principal e também detém, limitadamente, as outras duas, sempre de forma subsidiária e dentro das estritas permissões Constitucionais.

Daí é que o Judiciário pode invalidar uma lei aprovada pelo Legislativo (controle de constitucionalidade) ou criar seu regimento interno; o Legislativo cria leis, mas também julga em processos de *impeachment* e aprova as contas dos gestores; o Executivo faz obras públicas e revoga ou anula seus próprios atos ao julgá-los ilegais, inconstitucionais ou mesmo inconvenientes, além de poder expedir atos normativos, tais como decretos e medidas provisórias, dentre outros.

Caso um destes órgãos, funções ou centros de poder passe a exercer a função do outro sem a devida autorização Constitucional, haverá um desequilíbrio que poderá descambar para um totalitarismo ou um absolutismo disfarçado. Um Poder não pode se sobressair frente aos demais. Daí a importância do controle de um sobre o outro e também do autocontrole.

¹⁷⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.55.

Renato Franco de Almeida¹⁷⁷ informa que qualquer norma que confira funções estranhas a determinado Poder do Estado que não as suas típicas deve estar expressa na Constituição, pois é exceção à regra da separação dos Poderes e nem o Constituinte derivado pode fazer qualquer concessão que gere desequilíbrio na harmonia estabelecida pelo Constituinte originário, com obstrução à citada separação. Ele continua informando que atitudes legislativas do Poder Executivo e também do Judiciário, através dos Conselhos da Magistratura e do Ministério Público, sem “autorização expressa do documento constitucional se traduz em clara usurpação de função competencial determinada, encerrando, destarte, inconstitucionalidade formal do instrumento assim produzido”.

Nessa toada, cumpre revisitar-se a lição de Hugo de Brito Machado, para quem a finalidade essencial do direito é a preservação dos valores da segurança e da justiça. E isto é alcançado com o direito limitando poderes. De acordo com o citado autor, “não é mesmo admissível que o titular de qualquer poder o exerça sem limites. Quem tem poder, insista-se neste ponto, tende a abusar dele. Um sistema de limites, portanto, é imprescindível. O ser humano é falível”¹⁷⁸.

Em verdade, o Doutor Hugo de Brito deixa claro um fato notório, mas que por vezes é esquecido pelas pessoas. Ou seja, o fato de que toda pessoa é falível e o simples fato de ser investida em um cargo ou função detentora de poder não a torna isenta de falhas ou imune a erros. Ele informa que vale exatamente o oposto, ou seja, “quando alguém é investido de poderes, tende a destes abusar, de sorte que a grande missão do Direito reside exatamente no equacionamento do exercício do Poder, de tal modo que o seu titular não possa cometer abusos”¹⁷⁹.

Especialmente em relação ao Judiciário, que em uma democracia representativa, em que o povo que elege os representantes do Executivo e do Legislativo, mas não elege os representantes do Judiciário, a superposição, o uso excessivo das funções anômalas por parte deste em face dos outros pode ter consequências ainda piores para a nação, uma vez que se trata de um poder que deve estar mais preocupado com a correta aplicação da lei do que com anseios

¹⁷⁷ ALMEIDA, Renato Franco de. Poderes do CNJ e do CNMP. *Revista MPMG Jurídico*, Minas Gerais, ano I, n. 4, p. 21-24, fev./mar., 2006. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/836/3.1.4%20Poderes%20do%20CNJ%20e%20do%20CNMP.pdf?sequence=1>>. Acesso em 14 set. 2018.

¹⁷⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.
¹⁷⁹ Ibid. p. 18

populares momentâneos, etc. A preocupação maior de atender às demandas da população ou aos grupos de pressão é (e deve ser) do Legislativo, que representa (ou deveria representar) a vontade popular e, por isso mesmo, tem a função principal de criar as leis para serem aplicadas pelo Executivo, com julgamento do Judiciário.

Ressalte-se ainda que, no Brasil, os representantes do Judiciário não são eleitos, nem atuam sob mandato, ou seja, uma vez ali, permanecem com vitaliciedade. Não tem o Judiciário, no Brasil, função de criação legislativa como regra, mas de garantidor do cumprimento das normas positivadas por todos, inclusive sendo o responsável pela aplicação de eventuais sanções.

Especificamente no tocante ao Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle interno da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, conforme art. 103-B, § 4º da CF, criado no final do ano de 2004, entende o Supremo Tribunal Federal que o mesmo possui competência para editar atos normativos primários, ou seja, pode inovar no ordenamento jurídico expedindo resoluções com força de lei, uma vez que tal competência lhe foi dada pela própria Constituição, por intermédio do constituinte delegado, conforme consta do art. 103-B, § 4º da CF. Isso foi decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12.

Ou seja, a Constituição Federal concedeu ao CNJ a atribuição de expedir atos normativos. Ocorre que tal atribuição é anômala, excepcional, devendo ser exercida nos exatos termos expostos no inciso I do parágrafo 4º supra citado, ou seja, compete ao CNJ o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, devendo, por determinação constitucional, “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”¹⁸⁰.

Fica claro pela norma constitucional, que a expedição de atos regulamentares pelo Conselho Nacional de Justiça deve ocorrer para garantir a autonomia do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura. Ou seja, tais atos anômalos somente serão válidos se limitados ao seu âmbito de competência constitucional.

¹⁸⁰ Artigo 103-B, parágrafo 4º, inciso I, CRFB/88. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

Partindo da autorização Constitucional, o Conselho Nacional delegou competência à sua Corregedoria e foram expedidos provimentos regulamentando os concursos públicos afetos à esfera judicial e extrajudicial, foram editadas normas regulamentares acerca do nepotismo, foram criadas centrais eletrônicas e procedimentos eletrônicos para o foro Judicial e para o Extrajudicial, dentre outros, em assuntos da área de atuação direta do Judiciário.

Tais normas, em regra extremamente salutares para o alcance de um Judiciário mais probo, eficiente e moderno, trouxeram muitos benefícios, mas deve-se sempre estar atento para se mantenham dentro de seu âmbito de competência excepcional.

Ou seja, não pode tratar de assuntos estranhos à administração do Judiciário e inovar em matéria de competência do Legislativo, muito menos revogar, ainda que tacitamente, uma lei de autoria do Legislativo, não declarada constitucional (portanto presumidamente válida), sob pena de desvirtuamento de seus propósitos constitucionais e de um indesejável desequilíbrio do modelo constitucional de tripartição de poderes atualmente adotado no Brasil e, em última análise, sob pena de enfraquecimento do próprio sistema democrático.

Em verdade, Streck, Sarlet e Clève relembram que a criação dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público se deu para o controle externo do Judiciário e do Ministério Público, ou seja, para que a sociedade tivesse mais controle sobre eles e não o oposto. Ou seja, não foi intenção do Constituinte derivado, ao aprovar a emenda constitucional de número 45, chamada de Reforma do Judiciário, transformar os Conselhos recém-criados em órgãos legislativos ou com poderes equiparados aos do legislador. Assim, a menção ao poder de expedir atos regulamentares “tem o objetivo específico de controle externo, a partir de situações concretas que surjam no exercício das atividades de judicatura e de Ministério Público”.¹⁸¹

Eles finalizam o pensamento informando que em um Estado Democrático de Direito, é impensável se permitir que um órgão administrativo expeça atos “com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os *limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 set. 2018.

fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos".¹⁸²

3. Pluriparentalidade no ordenamento brasileiro, o Recurso Extraordinário 898.060/SC e o Provimento 63 do CNJ

A Constituição Federal, em seu artigo 226, preceitua que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado. O conceito de família, notadamente a nuclear, formada por um dos pais ou por ambos mais seus filhos, biológicos ou não, é o modelo adotado pela sociedade brasileira e em quase todo o mundo, notadamente o ocidental.

Mesmo em estruturas familiares poligâmicas nas culturas antigas (v.g. o povo judeu antigo), o descendente de um homem com várias esposas era considerado filho do genitor (homem) com a genitora (mulher). Ou seja, ele tinha um pai e uma mãe, ainda que o pai tivesse outras esposas ou concubinas.

Os professores Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, ao informarem o que deve ser compreendido por família, no direito brasileiro atual, destacam quatro espécies de grupos familiares: a entidade familiar que é formada pelo casamento ou pela união estável entre pessoas de sexos diversos; a entidade familiar formada pela união estável ou pelo casamento entre duas pessoas do mesmo sexo; a entidade familiar formada por um dos genitores e seus descendentes e a família com um ou dois pais e filhos não biológicos, chamados de família substitutiva ou socioafetiva¹⁸³.

O fato é que as relações familiares e da sociedade como um todo vêm evoluindo ou sofrendo modificações ao longo do tempo, devendo o legislador ficar atento ao cumprimento do dever constitucional imposto a ele e a toda a sociedade de dar especial atenção e proteção à família. O mesmo cuidado tem de ser observado pelo Judiciário, que deve, dentro de seu papel constitucional, dar concretude e, principalmente, proteção às famílias, em especial às crianças, sem dúvida os mais vulneráveis desta relação.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, vol. 2: Direito de Família. p. 28.

Ante tais premissas, a sociedade se viu frente a casos excepcionais, mas reais, de pessoas que por razões sobre as quais não tinham o domínio do fato, viveram situações que mereciam e merecem uma guarida ou resposta estatal, de forma a compensar ou amenizar o problema existente. Seria o caso, por exemplo, de uma pessoa que descobriu que seu pai ou mesmo sua mãe biológica eram outros que não os que haviam cuidado dela, mesmo não sendo caso de adoção regular.

Poder-se-ia exemplificar ainda o caso de uma criança que foi criada por um pai que, posteriormente, descobriu não ser o genitor biológico dela, mas que, devido ao longo transcurso do tempo, formou um verdadeiro vínculo de parentesco.

Dependendo do caso concreto, a ser analisado pelo Judiciário, e se descobrindo quem é o pai biológico da pessoa, pode ser que o mais recomendável (sempre de forma excepcional e em regra com a concordância de todas as partes, até para alcance da paz familiar, que é o objetivo maior da jurisdição nestes casos) seja a determinação judicial de manutenção do vínculo do pai socioafetivo (que criou), com a concomitante inclusão do pai biológico, que teve até então tolhida sua oportunidade de “ser pai”. E o filho poderá ter seu direito fundamental a conhecer sua ascendência e finalmente se ‘ligar’ àquele que o gerou, sem precisar se ‘desligar’ daquele que sempre o criou como pai e que efetivamente o é.

Foi esta tese, a que autoriza o reconhecimento concomitante da paternidade socioafetiva com a biológica, que o Supremo Tribunal Federal fixou no RE 898.060/SC, cujo acórdão foi publicado em 24/08/2017 e atualmente está em fase de embargos de declaração. Naquele recurso extraordinário, o STF expressamente autorizou a pluriparentalidade, dentro do princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Do aresto se extrai 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(...). 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”. (RE 898.060/SC, Dje 24/08/2017. Ata n. 118/2017)¹⁸⁴.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Dje n.º 187, publicado em 24 ago. 2017. Disponível em

O ideal é que, dentro de uma sociedade plural, democrática, que tem no Parlamento sua casa criadora de leis, o Legislativo regule o tema de forma ampla. Todavia, sendo o Judiciário o guardião das leis e dos princípios constitucionais, enquanto não é editada a norma *stricto sensu*, deve resguardar estes casos excepcionais, uma vez que o conceito mais moderno de família está ligado ao afeto, sendo que os diversos modelos de estruturas parentais baseados em tal conceito merecem proteção, cuidado e atenção.

E foi exatamente isso que ocorreu no recurso extraordinário supracitado. O problema foram os desdobramentos dados pelo CNJ a partir daí. Ou seja, em uma decisão do Supremo que permitiu a pluriparentalidade, de forma excepcional, com o fim de resguardar situações concretas, mas claramente excepcionais, em que um pai biológico poderia ingressar no fólio registral como genitor, sem exclusão do pai socioafetivo, do pai “de fato”, o Conselho Nacional de Justiça, por ato de uma só pessoa, “normatizou” o tema por meio do Provimento n.º 63.

O citado Provimento, que deveria tratar de assuntos técnicos e regulamentares da atividade prática do registrador civil, acabou ampliando as possibilidades da pluriparentalidade, de forma a tornar o excepcional uma regra de simples requerimento administrativo, sem análise do caso concreto, o que, em uma análise mais refletida, altera toda a estrutura de família vigente há séculos no Brasil, bem como generaliza algo que a sociedade, por meio do Judiciário, reconheceu merecedora de proteção, mas não necessariamente de estímulo.

O fato é que um tema de tamanha importância deveria ser regulamentado por lei em sentido estrito e os casos concretos de situações de pluriparentalidade, enquanto não existente a lei, deveria ser objeto de proteção do Estado, por intermédio do Judiciário, com análise individualizada dos casos pelo magistrado, em processo próprio.

O Superior Tribunal de Justiça, de forma contundente, em decisão unânime e recente da sua 3^a Turma, deixa clara a excepcionalidade da pluriparentalidade. Segue a notícia exposta no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, que tem por título: Reconhecimento de multiparentalidade está condicionado ao interesse da criança.

Do texto consta que “A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento ao recurso por meio do qual uma mulher pretendia assegurar que sua filha tivesse o pai socioafetivo e o pai biológico reconhecidos concomitantemente no registro civil. A multiparentalidade é uma possibilidade jurídica, mas, mesmo havendo exame de DNA que comprovava o vínculo biológico, os ministros entenderam que essa não seria a melhor solução para a criança. ‘A possibilidade de se estabelecer a concomitância das parentalidades socioafetiva e biológica não é uma regra, pelo contrário, a multiparentalidade é uma casuística, passível de conhecimento nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas a justifiquem, não sendo admissível que o Poder Judiciário compactue com uma pretensão contrária aos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável’, afirmou o ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do recurso. Acompanhado de forma unânime pelo colegiado, o voto do relator levou em conta as conclusões das instâncias de origem acerca do estudo social produzido durante a instrução do processo. A ação, proposta em nome da filha menor representada por sua mãe, pretendia a retificação do registro para inclusão do pai biológico. A menina havia sido registrada pelo homem que vivia em união estável com a mãe, o qual, mesmo sem ter certeza da paternidade, optou por criá-la como filha”¹⁸⁵.

A indagação que se faz é se pode o Conselho Nacional de Justiça legislar sobre o tema, permitindo a pluriparentalidade socioafetiva como regra de simples requerimento, sem maiores indagações sobre o melhor interesse da criança, ou seja, se pode determinar que uma criança tenha de se submeter ao poder familiar de até 04 (quatro) pais, independentemente de serem biológicos ou socioafetivos, por simples petição ao registrador civil¹⁸⁶.

Pela regra do CNJ, se a criança somente tiver a mãe em seu registro, esta poderá levar outras três pessoas ao Cartório (uma mulher e dois homens), em três dias seguidos, por exemplo, e a cada dia um novo ascendente será incluído no registro, sem qualquer indagação acerca da adequação paternal ou

¹⁸⁵ Notícias do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Reconhecimento-de-multiparentalidade-está-condicionado-ao-interesse-da-criança>. Acesso em 29 abr. 2018.

¹⁸⁶ Provimento 63/2017 do CNJ: “Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento”. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 29 abr. 2018.

maternal de tais pessoas, ou se isso é interessante para a criança, se atende aos seus melhores interesses.

4. O reconhecimento de paternidade e de maternidade socioafetivo por requerimento administrativo em face das regras legais e constitucionais para adoção.

O Provimento n.^º 63 do Conselho Nacional de Justiça, em seus primeiros artigos, regulamenta questões afetas ao extrajudicial, notadamente ao criar modelos e padrões de certidões para todo o país, gerando maior segurança jurídica e uma desejável padronização no território nacional.

A partir do art. 10, no entanto, a Corregedoria Geral de Justiça optou por utilizar algumas regras do procedimento judicial de adoção e adapta-las ao reconhecimento socioafetivo administrativo de paternidade, impondo obrigações e vedando condutas, em verdadeira criação de obrigações legais que aparentam transbordar de sua competência constitucional, que é a de expedir regulamentos para o fim de resguardar a autonomia do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura.

Por exemplo, determina que ascendentes (v.g. avós, bisavós) e irmãos não podem virar pais, bem como cria a regra de que o reconhecido deve ser pelo menos 16 (dezesseis) anos mais novo que o pretenso pai ou que a pretensa mãe, em analogia às normas da adoção (Parágrafos 1^º e 3^º do artigo 42 da Lei 8.069/90).

Dentro do princípio da proteção integral da criança, tendo em vista a opção do constituinte originário e do legislador infraconstitucional de proibir a adoção por escritura pública a partir de 1988, reservando a análise de cada caso concreto de adoção à reserva de jurisdição do magistrado, em um procedimento que é complexo e multidisciplinar exatamente por conta da importância do tema, com a finalidade de se evitar a entrega de uma criança ou de qualquer outra pessoa adotada a alguém que não disponha dos requisitos necessários (notadamente responsabilidade e afeto), o §8º do artigo 11 do Provimento 63 vem em sentido diametralmente oposto e, não só torna sem efeito a proibição supra citada, como autoriza que alguém vire pai ou mãe por escritura pública ou mesmo por escrito particular.

Ou seja, altera uma determinação do constituinte originário, autorizando o que é vedado e até mesmo ampliando a hipótese proibida (antes da Constituição de 1988 a adoção poderia ser feita por escritura pública, todavia não por escrito particular).

Por fim, a hipótese mais surpreendente é a do artigo 14 do citado Provimento, que deixa claro que a pluriparentalidade não será excepcional, mas livre e dependente unicamente de manifestação de vontade perante o registrador civil. Fixa-se então uma regra de meio termo. Cada pessoa poderá ter, de forma administrativa, até dois pais e até duas mães. E os dois pais, por exemplo, podem ser, uma vez que não há vedação, socioafetivos. Basta que se façam dois reconhecimentos socioafetivos de paternidade.

Note aonde andou o Conselho Nacional de Justiça após uma decisão garantidora de um importante direito excepcional, que é o direito de uma pessoa que foi criada por alguém que não o seu pai biológico, de conhecer sua ascendência e ter o convívio, o cuidado e o registro de seu pai biológico, sem precisar “perder” aquele que o criou e que é o seu pai afetivo.

A separação dos poderes ainda é um pilar do constitucionalismo, conforme artigos 2º e 60, §4º, III da Constituição Federal. O art. 49, XI, CF é um dos instrumentos previstos pela Carta Magna para reequilíbrio das funções precípuas de cada Poder, que deve também fazer um autocontrole, em uma vigília constante, para fins de manutenção da harmonia e do próprio sistema democrático.

O objetivo da presente análise não é criticar atuação do Conselho Nacional de Justiça quando dá maior concretude às decisões da Suprema Corte ou resguarda princípios constitucionais que lhe sejam afetos, mas verificar que, em alguns casos, podem acontecer excessos, que devem ser corrigidos, sob pena de um enfraquecimento perigoso dos outros Poderes, com reflexos não previstos para a sociedade como um todo.

Apesar de tentador, o Judiciário não pode se tornar um super poder, nem ser um órgão de substituição dos demais em toda e qualquer situação. Antes, deve ser um equilibrador e um garantidor do sistema. A equidistância e a imparcialidade do Judiciário mantêm o respeito e um equilíbrio importante à democracia, até porque sempre haverá o grupo dos satisfeitos e o dos insatisfeitos com as decisões judiciais, sendo o mais importante, não a satisfação do

jurisdicionado “A” ou “B” no caso concreto, mas o respeito às normas postas por quem deve coloca-las no sistema: o povo, por intermédio do Legislativo.

Além do mais, sabe-se que toda decisão traz efeitos que poderão ser sentidos pela sociedade como um todo e também pela parte que supostamente se quer beneficiar. As consequências do que se impõe ou do que se autoriza devem ser, pelo menos, imaginadas, para que se eliminem ou se reduzam as possibilidades de efeitos contrários ao que se espera.

Por isso que o Parlamento é composto por várias câmaras, comissões, pessoas, que vão se manifestar e, em verdadeiro *brainstorm*, tentarão fazer uma síntese dialética das ideias ali preconizadas na forma de projetos de lei. Daí porque se encontra no Legislativo o ambiente ideal para a promulgação de normas legais.

Assim, da forma que o Provimento está posto, não é possível se verificar, por exemplo, se o reconhecimento da paternidade / maternidade naquele caso concreto apresenta reais vantagens para a criança e se o acréscimo da filiação se funda em motivos legítimos. (conforme imposto, por exemplo, pelo art. 43 da Lei 8.069/90 para os casos de adoção).

Ora, se a preocupação é com a criança, alguém deve analisar se aquele que quer virar pai (ou mãe) socioafetivo realmente é responsável, se possui condições e adequação suficientes. Não por outra razão, o magistrado pode negar a adoção, caso verifique que isto será o melhor para a criança (art. 43, ECA). Isto não é verdade em relação ao registrador civil que, em regra, não terá elementos suficientes para negar o requerimento.

No Provimento 63 tampouco se exige qualquer estágio de convivência (art. 46, *caput* e §2º, ECA), nem há qualquer estudo social ou perícia por equipe multidisciplinar ou interprofissional (art. 46, §4º, ECA). Cabe aqui então a indagação: pode um Provimento do CNJ reduzir a proteção de uma criança, de um adolescente ou de quem quer que seja, sob a justificativa de regulamentar atividade administrativa da esfera extrajudicial?

A ampliação excessiva ou a generalização de uma hipótese (adoção e paternidade socioafetiva) que deveria ser excepcional e muito bem refletida não poderá gerar um aumento futuro de conflitos no próprio Poder Judiciário?

Será que a possibilidade de um só caso de reconhecimento socioafetivo por alguém despreparado ou inadequado para a criação daquele menor,

por exemplo, um abusador, já não exigiria que o procedimento administrativo de reconhecimento socioafetivo fosse regulado por lei ou que, no mínimo, fossem tomadas as mesmas cautelas impostas ao Judiciário pela Lei 8.069/90? Estas são só algumas das muitas reflexões que o tema nos traz.

5. Análise da vedação do registrador civil exigir os dados do doador do material genético na reprodução assistida face ao direito de conhecimento da ascendência genética

O Provimento 63 do CNJ, em seu décimo segundo considerando, menciona o direito do adotado de acesso irrestrito a todos os procedimentos e incidentes da adoção, fazendo menção expressa ao art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todavia, em sentido aparentemente contraditório com esse direito fundamental, e em uma abrupta mudança de rumo, deixou de exigir para o registro de uma criança gerada por reprodução assistida a apresentação do nome do doador ou da doadora do material genético, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários.

Essa exigência de apresentação do nome do doador do material ao Registrador Civil estava expressa no artigo 2º, II do Provimento n.º 52, de 14/03/2016, de lavra da então Corregedora Nacional de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi.

Menos de 02 (dois) anos após a edição do Provimento 52, no dia 14/11/2017, um novo Corregedor Nacional revoga expressamente o Provimento 52 e expede uma determinação, em sentido diametralmente oposto, agora não mais impondo, mas vedando a exigência de conhecimento do doador do material genético, restando ao Registrador Civil arquivar somente os documentos básicos das partes e a declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome do beneficiário.

Em que pesem alguns argumentos favoráveis ao anonimato do doador do material genético, notadamente aqueles que dizem que muitas pessoas somente fazem a doação por conta do sigilo, há aqui um direito da pessoa de

conhecimento de sua ascendência e uma norma de lei (artigo 48 da Lei n.º 8.069/90) aparentemente aplicáveis a serem observados, não devendo o assunto ser alterado ou tratado por provimento administrativo, mas sim por análise legislativa.

A Ministra Rosa Weber, em recente julgado¹⁸⁷, com muita clareza, informou da necessidade de um Judiciário coerente, que traz segurança e previsibilidade aos cidadãos, enfatizando a missão da Corte Constitucional na pacificação social. O mesmo deve valer para o Conselho Nacional de Justiça e para todas as esferas do Judiciário.

Não é razoável que se mude a regra do jogo a cada alteração na titularidade da Corregedoria Nacional, sob pena de insustentável insegurança jurídica. Em verdade, a vedação trazida pelo Provimento 63 aos Registradores Civis (antes uma imposição), com uma mudança abrupta de rumo, além de deixar claro que não existe um pensamento consolidado, institucional, a respeito do tema, pode impossibilitar que uma pessoa gerada por reprodução assistida conheça sua ascendência biológica.

Não se está defendendo que este conhecimento deva gerar consequências jurídicas, notadamente na esfera patrimonial (herança, dever de sustento, etc.), mas simplesmente reconhecer que o ser humano tem o direito de saber de qual material genético foi feito, quais síndromes ou possíveis doenças pode desenvolver, se a pessoa a quem ele ou ela se afeiou e pode eventualmente ter um relacionamento amoroso pode ser seu irmão genético (oriundo do mesmo doador, etc.), com riscos para a prole, com provável repercussão psicológica em face da abjeção existente nas relações sexuais entre pais e filhos ou entre irmãos, etc.

O pouco que se falou do tema até aqui parece demonstrar que esta nova realidade (reprodução assistida heteróloga) merece análise e tratamento, mas em seu ambiente adequado, que é o Legislativo, após discussões e debates, não

¹⁸⁷ Voto da Ministra Rosa Weber nos autos do HC 152752/PR. Segue um pequeno trecho: “Em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser fomentado”. Ela continua ainda dizendo que: “a decisão judicial deve se apoiar não nas preferências pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 152752/PR. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe nº 127, divulgado em 26 jun. 2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em 27 abr. 2018.

sendo matéria afeta a decisão de uma única pessoa, uma vez que a decisão pelo anonimato ou pela manutenção em cartório dos dados do doador do material genético se aplicará de forma imperiosa a todos, sendo ruim o tratamento casual, reversível por ato de mera vontade, à mercê da segurança jurídica e da previsibilidade. Essa facilidade de alteração acaba tornando rasa a importância que deve ser dada ao tema.

O caso da advogada francesa Audrey Kermalvezen, que foi concebida com utilização de técnica de reprodução assistida heteróloga, ou seja, com material genético de um doador, deveria ser o suficiente para a vedação ao anonimato que ora se está impondo no Brasil. Na França se adota o anonimato acerca dos doadores, na tentativa de se aumentar o número destes.

Sem saber que seu material genético não era o de seu pai registral, a citada advogada francesa casou-se com um homem da sua idade que, coincidentemente, também era fruto de reprodução assistida heteróloga. Ao planejarem seus filhos e descobrirem tal fato, os mesmos ficaram muito preocupados com a possibilidade de serem oriundos do mesmo doador do material genético, ou seja, de serem biologicamente irmãos.

A questão é tão séria que existe hoje na França a associação *Procréation Médicalement Anonyme*¹⁸⁸, que reúne pessoas frutos de concepções heterólogas e que desejam conhecer suas ascendências biológicas.

Ressalte-se ainda que o anonimato na França veio de uma decisão da Assembleia Nacional Francesa (Lei de bioética), ou seja, do Legislativo, e é lá que se encontra o campo fértil e propício a tal debate.

Em diversos países da Europa há discussões neste sentido fazem anos e, somente a título exemplificativo, a Suécia, a Suíça, a Áustria, a Islândia, a Noruega, a Holanda, o Reino Unido, a Finlândia e a Bélgica possuem ou possuíram leis que vedam o anonimato, mas garantem que não haverá relação de parentesco¹⁸⁹.

Ou seja, parece clara a necessidade de uma regulamentação protetiva da pessoa gerada por reprodução assistida, não sendo razoável a retirada da pouca proteção atualmente existente (direito ao conhecimento de sua

¹⁸⁸ Para maiores informações, acesse <<http://pmanonyme.asso.fr/>>. Acesso em 27 abr. 2018.

¹⁸⁹ Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/midiaglobal/lemonde/2011/01/22/os-deputados-se-opoem-ao-fim-do-anonimato-na-doacao-de-gametas.htm>>. Acesso em 27 abr. 2018.

ascendência) por conta de uma norma do Judiciário que deveria somente zelar pela autonomia daquele Poder e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências, conforme expresso na Constituição da República Federativa do Brasil.

Causa espanto ainda verificar que, enquanto o mundo discute tão importante tema, no Brasil, o mesmo é definido de forma monocrática, de acordo com a convicção de uma só pessoa em um dado momento.

Ricardo Dip, ao falar sobre a onda normatizadora contemporânea, expõe com clareza o atual momento de excessiva regulamentação pela qual está passando o país, fase que ele chama de construtivismo contemporâneo. “Nesse quadro de coisas, a pergunta natural é sobre a limitação contentora do poder. Ou seja, quem regulará o Poder Regulador?”¹⁹⁰

Prosegue o citado autor, tratando dos limites normativos das Corregedorias Gerais de Justiça nos estados, no que se pode extrair lições para as limitações da Corregedoria Nacional de Justiça, e informa que tais preceitos normativos do Judicial para o Extrajudicial devem servir para consolidar as normas em vigor, para consolidar os costumes arraigados e aceitos na sociedade, não sendo, porém, o local para se enunciar novas súmulas ou experimentações de novos entendimentos judiciais.

Para ele: “Nada parece mais alheio da tradição de problemas e da tradição de soluções reiteradas do que a mera recolha das novidades e preferências de turno. Aliás, isso é uma forma de ruptura com as raízes da comunidade”¹⁹¹. E continua informando que essa excessiva normatização fora do Legislativo, muitas vezes é “um *déracinement*, em que se implica a falsa opinião de que, de modo retilíneo, o *novum* corresponda ao *melius*”¹⁹².

Por fim, Vitor Kumpel e Bruno Borgarelli¹⁹³, ao tratarem do Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça, após salientarem os muitos casos de normatização benéfica e escorreita feitas pelo órgão, informam que no afã de pacificar certas questões o CNJ ultrapassou as fronteiras de sua competência,

¹⁹⁰ DIP, Ricardo. *A Natureza e os Limites das Normas Judiciárias do Serviço Extrajudicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 40.

¹⁹¹ Ibid. p. 60.

¹⁹² Ibid. p. 61.

¹⁹³ KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *Provimento reaviva debate sobre limites do CNJ em serventias extrajudiciais*. Disponível em <<http://www.arpenbrasil.org.br/artigo.php?id=276>>. Acesso em 30 abr. 2018.

expondo ainda, especificamente quanto às técnicas de reprodução assistida, pela inexistência atual de legislação específica sobre o tema, que os doadores deveriam ser reconhecidos, sendo a vedação ao anonimato salutar, uma vez que o CNJ confirmava (sob a orientação do revogado Provimento 52) a possibilidade do indivíduo conhecer suas origens genéticas.

Viabilizava-se, assim, o registro destes casos em cartório sem a necessidade de intervenção judicial e com manutenção de importantes informações futuras ao registrado. Ocorre que resoluções do Conselho Federal de Medicina dispunham em sentido diverso, com determinação de anonimato do doador na reprodução heteróloga. A questão passou a ser de quem deveria se adaptar a quem? O mais importante sempre é que todos se adaptem à lei.

O problema maior aqui é a da quantidade de potenciais problemas futuros que está se gestando, ao não se resguardar as informações do doador em cartório, como está a ocorrer atualmente, principalmente ao se levar em conta que a evolução tecnológica provavelmente levará a um significativo aumento das reproduções assistidas com doação de material genético em todo o país nos próximos anos.

Ainda de acordo com os citados autores, em relação a esta parte do Provimento 63/2017, há uma possível afronta a direitos fundamentais e “parece que (...) houve desrespeito aos limites de competência. Não há uma simples *uniformização formal de documentos públicos* ou mera regulamentação de registro”.

Pode-se argumentar que as Casas Legislativas Brasileiras não parecem preocupadas ou que não estariam prontas para iniciarem debates de tal especificidade e que, no vácuo legislativo, tais temas estão sendo decididos por um órgão do Judiciário. Além de não parecer existir real vácuo legislativo ou constitucional sobre o tema, que obviamente pode e deve ser melhor tratado em normatização específico, é necessária uma reflexão acerca deste ativismo e de seus limites, sempre em prol de se melhorar e aprofundar a democracia brasileira¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Há ainda outros questionamentos acerca do Provimento 63 do CNJ, seja por membros do MP, seja por membros da advocacia. Para maiores informações, v.g, *Filiação socioafetiva: MP-GO pede questionamento de provimento da Corregedoria Nacional de Justiça*. Disponível em <<http://www.mpg0.mp.br/portal/noticia/filiacao-socioafetiva-mp-go-pede-questionamento-de-provimento-da-corregedoria-nacional-de-justica#.Wuc0gi7wblW>>. Acesso em 30 abr. 2018. Ou ainda: *Conselho Federal da OAB precisa se manifestar sobre Provimento 63 do CNJ*. Disponível em

6. Conclusão

À luz de todo o exposto, a conclusão a que se chega é a de que o ativismo judicial atual, somado à facilidade com que se expedir um provimento ou uma resolução, de forma unilateral e sem a necessidade de uma prévia aprovação por parte da população ou de um grupo de pessoas que represente esta população, aliados a uma omissão dos representantes do Legislativo, têm criado um ambiente propício à regulamentação de temas importantes para a sociedade brasileira por parte de órgãos não legislativos.

O fato é que em uma democracia, a solução simplificada, não devidamente debatida, de qualquer questão, pode eventualmente causar impactos mais sérios do que os desejados, seja na vida das pessoas que serão atingidas pela norma, seja na sociedade como um todo. Tudo sem análise de eventuais violações à separação dos poderes, aos limites de competência de cada Poder, bem como o risco que tal preponderância de um Poder sobre o outro pode causar à democracia.

Caso o sistema de freios e contrapesos não funcione bem, o desequilíbrio pode conduzir novamente ao absolutismo. Isso sem contar com as alterações significativas em princípios ou deveres seculares e históricos relacionados ao direito de família brasileiro, tais como a monogamia, o dever de fidelidade, a biparentalidade, dentre outros, em uma relativização generalizada que fluidifica ou destrói princípios clássicos e regras de conduta consagradas e aceitas pela sociedade brasileira.

Além disso, parece estar havendo uma confusão entre a desjudicialização, que é a resolução de questões mais simples ou em que há acordo, ou de índole mais administrativa e menos judicial, por parte de órgãos administrativos e extrajudiciais, com efetiva redução da burocracia e facilitação para a população, e a deslegalização, que é a regulamentação de determinada matéria sem passar pelo processo legislativo ordinário.

Deve-se ressaltar que, como possível consequência desta atual fase “ativista” do Judiciário, especialmente em relação à edição de provimentos pelo Conselho Nacional de Justiça, pode o Congresso Nacional editar leis em sentido

<<https://www.conjur.com.br/2018-mar-04/opiniao-oab-manifestar-provimento-63-cnj>>. Acesso em 30 abr. 2018.

contrário a normatizações do Judiciário ou em sentido oposto a decisões judiciais. Essa “reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo”, de acordo com George Marmelstein, é conhecido como “efeito backlash”.¹⁹⁵

Ou pode ainda haver a sustação de tais provimentos expedidos pelo Judiciário, na forma do artigo 49, incisos V e XI da CRFB/88, enfraquecendo a harmonia entre os Poderes, além do que a determinação dos rumos legislativos do país deve ser do povo, através do Legislativo e não, como regra, do Judiciário, a quem cabe cumprir e fazer cumprir as normas.

Como era de se esperar, em março de 2008, o Colégio de Coordenadores da Infância e Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil requereu a modificação ou a revogação do Provimento 63/2017¹⁹⁶.

Já o Ministério Público publicou o enunciado número 7 do Fórum Nacional de Membros do Ministério Público da Infância (Proinfância), aprovado em seu V Congresso Nacional, ocorrido no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de 12 a 14 de abril de 2018 declarando o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva regulado pelos artigos 10 a 15 do Provimento 63 inconstitucional.

Requereu-se à Procuradoria Geral da República o controle concentrado de constitucionalidade do Provimento, nesta parte. Além disso, em muitas cidades, o *parquet estadual* já está requerendo informações dos cartórios a respeito de averbações de multiparentalidade e expedindo recomendações aos registradores civis que se abstêm de incluir novos “pais” por mero requerimento administrativo, sem prévia análise do caso por equipe multidisciplinar.¹⁹⁷

Nesse contexto, o artigo analisou especificamente o Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça, sob o foco constitucional, com verificação de que o mesmo atuou em parte dentro de seu espectro de competência, todavia, concluindo que houve um avanço indevido dentro da esfera de competência reservada ao

¹⁹⁵ MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional*: reações políticas à atuação judicial. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em 12 set. 2018.

¹⁹⁶ Pedido de Providências distribuído em 22 de março de 2018 e em trâmite no CNJ sob o número 0001711-40.2018.2.00.0000. Consulta disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=9edb7a2fbe773ac13fdacbdab5e2f92e11d5334aefa7965>>. Acesso em 15 set. 2018.

¹⁹⁷ Vide, por todos, a recomendação da 12ª Promotoria de Justiça de Mossoró-RN, expedida em 13 de julho de 2018, com explicações acerca da visão do Ministério Público sobre o assunto. Disponível em <https://www.mprn.mp.br/portal/files/20180720_RecomendacaoCartoriosMossoro.pdf>. Acesso em 14 set. 2018.

legislador ordinário, inclusive com alteração fática de normas e princípios postos na Constituição Federal.

Espera-se que o atual Corregedor Geral da Justiça analise o Provimento e proceda às modificações necessárias, alterando-o, em exercício de autotutela, com redução de seu alcance, para que a pluriparentalidade não seja ato de mera vontade de genitor, mas fato registral excepcional a ser deferido nos casos de claro benefício da pessoa reconhecida e para que não se impeça o Registrador Civil de colher e arquivar as informações do doador do material genético nos casos de reprodução assistida heteróloga.

7. Referências

- ALMEIDA, Renato Franco de. Poderes do CNJ e do CNMP. *Revista MPMG Jurídico*, Minas Gerais, ano I, n. 4, p. 21-24, fev./mar., 2006. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/836/3.1.4%20Poderes%20do%20CNJ%20%20e%20do%20CNMP.pdf?sequence=1>>. Acesso em 14 set. 2018.
- ARISTÓTELES. *A Política*. 7. ed. São Paulo: Atena, 1965.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DIP, Ricardo. *A Natureza e os Limites das Normas Judiciárias do Serviço Extrajudicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *Provimento reaviva debate sobre limites do CNJ em serventias extrajudiciais*. Disponível em <<http://www.arpenbrasil.org.br/artigo.php?id=276>>. Acesso em 30 abr. 2018.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, vol. 2: Direito de Família.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os *limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 set. 2018.

**REVISTA DE
DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES
RDFAS**

Ano 6 • vol. 19 • jan.-mar. / 2019

DOUTRINA ESTRANGEIRA

EL DERECHO DE IDENTIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 624 DEL CCYCN¹⁹⁸

María Lorena Chain y Agostina Tula

Resumen: El art. 624 contempla la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores a los efectos de posibilitar derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción, primordialmente su irrevocabilidad. La interpretación de la norma nos permite afirmar una labor garantista de respeto a un derecho humano específico del niño donde la adopción plena no coaliciona con el derecho a la identidad. Se incorpora en la amalgama de derechos supranacionales mediante la materialización del principio de identidad biológica como valor preeminente. De esta forma, todo individuo que voluntariamente decide ejercerlo encuentra una herramienta para resguardar sus derechos personalísimos y su origen.

Palabras claves: Niño, niña o adolescentes. Adopción. Identidad. Alimentos. Vocación;

Abstract: *The art. 624 contemplates the action of filiation of the adopted against his parents for the purposes of enabling food rights and successions of the adopted, without altering the other effects of the adoption, primarily its irrevocability. The interpretation of the norm allows us to affirm a guarantee work of respect for a specific human right of the child where full adoption does not co-operate with the right to identity. It is incorporated into the amalgam of supranational rights through the materialization of the principle of biological identity as a pre-eminent value. In this way, every individual that voluntarily decides to exercise it finds a tool to protect their personal rights and their origin.*

Keywords: Children Adoption Identity Food Vocation

¹⁹⁸ Como citar este artigo: CHAIN, María Lorena; TULA, Agostina. El derecho de identidad a la luz del artículo 624 del CCYCN. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodoreto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 137-155.

Sumario: Introducción. I - Del derecho a la identidad. A - Principios que informan al derecho argentino en materia de adopción. B - Requisitos administrativos y judiciales tendientes a conocer su origen biológico. II - Derecho a los alimentos. III - Vocación sucesoria. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

El instituto de la adopción tiene por objeto dar una familia a los niños que por diferentes motivos no la poseen, para que desarrollen la vida en un núcleo afectivo que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades, cuando éstas no pueden ser proporcionadas por su familia de origen, previo agotarse todas las instancias para que el niño permanezca con su familia como lo disponen normas de rango constitucional-convencional (CDN, Arts. 7, 8 y 9). La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones del Código Civil y Comercial (art. 594 CCyCN). Se rige por los principios: Interés Superior; el respeto a la identidad; agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; el derecho a conocer los orígenes; el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez siendo obligatorio requerir el consentimiento para ser adoptado a partir de los diez años.

La adopción plena es el tipo preferente para en el caso de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación acreditada (art. 625).

Las exigencias para el juez de seleccionar este tipo de adopción son para aquéllos casos en los adoptivos carezcan de filiación, tienen su razón de ser en que no habría vínculos con la familia de origen, o al menos no se conocerían.

En caso de tratarse de niños cuyos progenitores fallecieron es probable que –como ocurre con los privados de responsabilidad parental- cuenten con familia extensa que no pudo asumir el rol de la crianza y este deber preferente ya no tendría la misma fuerza. No obstante, también se podrá apelar a esa preferencia para emplazar en forma plena en la familia adoptiva con mantenimiento

de determinados vínculos jurídicos con miembros de la biológica como hermanos, abuelos, etc. en función de la posibilidad que incorpora el art. 621 del Código Civil y Comercial de flexibilizar el tipo adoptivo teniendo en cuenta las circunstancias del caso, su decisión debe ser fundada. El artículo 624¹⁹⁹, del mismo código, en su última parte dice que no se modifica el régimen legal de la sucesión, de la responsabilidad parental ni de los impedimentos matrimoniales regulados para cada tipo de adopción.

El objetivo de nuestra exposición pretende analizar los efectos respecto el derecho a la alimentación y la vocación sucesoria, a la vez interpretar a través de ellos, en el ejercicio de la acción de reconocimiento, el derecho a la identidad como principio rector guía.

I - Del derecho a la identidad

La filiación en la historia jurídica argentina ha evolucionado como institución dentro del derecho de manera permanente. La última reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de adopción, sistematiza los principios generales por los que se rige este instituto.

Todos estos principios encuentran su fundamento en el bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, ya eran de observancia obligatoria.

Hablar del derecho a la identidad en el ámbito de la filiación en general y en la adopción en particular, implica distinguir entre su faz estática y su faz dinámica. La primera se vincula con todos aquellos elementos que se mantienen en mayor o menor medida inmutables a lo largo de la vida del individuo, por ejemplo, el vínculo biológico. La dinámica se determina por vínculo socioafectivos, valores, creencias, etc.; y se mantiene en permanente evolución.

El reconocimiento de la identidad como derecho ha sido progresivo. Actualmente el CCyCN valora la identidad como un atributo fundamental de la *dignidad humana* y como uno de los principios rectores de la adopción (Arts. 52 y 595, inc. c) del CCyCN).

¹⁹⁹ ARTICULO 624.-Irrevocabilidad. Otros efectos. “*La adopción plena es irrevocable. La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción*”.

El derecho a conocer los orígenes es una derivación de resguardo a la identidad y se vincula con sus dos facetas: permite acceder a la verdad biológica, evitando que la duda sobre sus orígenes condicione el plan de vida de la persona en el futuro.

Nos proponemos hacer extensible el reflejo de este derecho en los efectos que produce el nuevo artículo 624. Afirmamos en palabras de la Dra. García de Solavagione, que “*el principio tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN.) pues es reconocido por la Convención de los Derechos del Niño, arts. 7°, 8. En la legislación civil surge: (...) d) Del derecho reconocido al adoptado plenamente de conocer su realidad biológica (art. 328 C.C. viejo) y del compromiso asumido por los adoptantes de informar al adoptado acerca de su realidad biológica (art. 321, inc. h), facultad que mantiene el actual C.C. y C.*”²⁰⁰

Frente a esto, es que corresponde detenerse a diferenciar el mantener un vínculo jurídico y el derecho a conocer los orígenes. No se puede perder de vista que el primero se relaciona de manera directa con el segundo.

Esto es sostenido por algunos autores quienes afirman, no sería técnicamente un reconocimiento o acción de filiación porque no surtiría ningún efecto, ya que la adopción plena otorgada sería inamovible, dada su “irrevocabilidad”. A su vez, este no sería el único caso donde podría presentarse un acto de determinación filial sin consecuencias jurídica, como el denominado reconocimiento post mortem del art. 570 del Código Civil y Comercial.

Consideramos importante establecer los fines del acceso al conocimiento de la identidad biológica. Si bien, nos centramos en plasmar la importancia de cumplimiento de tal derecho, el mismo tiene una relación directa con quien lo reviste. En palabra de la Dra. Arias de Ronchietto “*tal medida a veces sugerida es abiertamente invasiva de la vida familiar adoptiva cuyo control se ejerció, igual que en la familia por naturaleza, al momento de su constitución (...) es indispensable exigir desde la ley, que el adolescente y sus padres soliciten el acceso al expediente si así lo deseen, y de ninguna manera, que tal información sea*

²⁰⁰ GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia. “DERECHO DE FAMILIA”. 1ºEd. Córdoba. Advocatus. 2016. p.623/4.

impuesta por el Estado a través de una citación judicial al cumplir la mayoría de edad el hijo por adopción".²⁰¹

Hecha esta aclaración, nos compete afirmar que la exigibilidad de tal derecho recae pura y exclusivamente en la voluntad del adoptado para ejercer el mismo. Creemos que no ha sido el espíritu del legislador una comunicación forzosa, sino más bien, hacer efectivo un derecho humano para quien lo considere necesario a fines de vislumbrar su identidad.

Íntimamente relacionado con tomar conocimiento acerca de lo que conforma sus orígenes se encuentra establecido el artículo 27 de la ley 26.061 que establece: "...a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente (...) d) A participar activamente en todo el procedimiento.

Hacer de un derecho tangible en torno al interés superior del niño responde a un deber de compromiso que evalúe su situación en particular y que las decisiones en las que ello derive se transformen en un beneficio y un crecimiento tanto afectivo como patrimonial a la hora de ponderar la construcción de un proyecto de vida en crecimiento. El beneficio si bien no repercutible en la filiación previamente establecida, prevé la posibilidad de expandir tanto sus relaciones afectivas, pues puede extender relaciones hacia quienes desean mantener un vínculo con el niño, niña o adolescente, sino también, dar una ponderación de tono material en miras a quien puede llegar a construir un mejor futuro.

No podemos apartarnos de casos concretos donde el niño que luego se convierte en adolescente toma conocimiento de su filiación adoptiva y busca expandir sus vínculos para de tal manera sentirse más íntegro en su persona. El reconocimiento posterior en estos casos, dan la posibilidad de expandir la información brindada por los tribunales competentes, para conocer información que sólo puede ser transmitida por vínculos de parentesco y englobar un círculo de situaciones que fueron reemplazadas, no siendo menos, pero sí creando una nueva realidad que puede repercutir de manera favorable y que se encuentra en su capacidad el decidir acerca de formarlas o permanecer con la familia adoptiva con la que creció.

²⁰¹ DUTTO, Ricardo "Irrevocabilidad de la adopción plena y derecho a la identidad en la nueva ley de adopción" Universidad Abierta Interamericana. Marzo, 2003. Rosario. Pág. 43/4. <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC044686.pdf>

La norma halla su fundamento, de esta forma, en el *interés superior del niño*²⁰². Su utilización en el derecho interno ha reconocido una aplicación amplia del art 3º de la CDN para incorporar con papel fundamental un “*principio rector-guía*”, en este marco la doctrina internacional ha señalado “*La elección de estos criterios está intrínsecamente cargada de valores; con frecuencia no hay consenso acerca de que valores tendría que determinar esta elección...*”²⁰³. Y se ha advertido que dichos valores para dar contenido al principio de interés superior del niño, suelen partir de criterios discretionales y paternalistas. En este sentido, se ha afirmado que “*La expresión ‘en el interés superior del niño’ puede reflejar, y a menudo refleja, un autoritarismo (más o menos) benévolos. Aparte de las relaciones personales con la familia, con los profesores o con los amigos adultos, lo mejor que muchos niños pueden esperar de los adultos es su paternalismo*”²⁰⁴. En esta misma línea, se ha previsto que “*La noción general “del interés superior del niño”, que constituye la base de toda intervención en contra de niños que se comportan de manera delictiva, elude una definición jurídica precisa y da una discreción amplia a jueces y otras autoridades. Faltan criterios objetivos y la situación facilita abusos graves bajo el pretexto del “interés superior del niño”*”²⁰⁵.

Mencionado esto, es que dicho principio impacta directamente con el derecho a la información y el derecho a conocer el origen con el fin de contemplar los elementos de identidad. Por cuanto el derecho a la identidad constituye un derecho humano, de rango constitucional-convencional, columna vertebral de la construcción de la subjetividad. Conocer los orígenes es acceder a la verdad: quién soy, de dónde vengo, por qué ocupo este lugar y no otro, cuál es mi historia. El art. 596 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente está legitimado para interponer una acción autónoma para conocer su identidad en sentido amplio.

²⁰² Recuérdese que el art. 3 de la CDN dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

²⁰³ MNOOKIN, Robert, *In the Interest of Children: Advocacy, Law Reform and Public policy*, WH Freeman & Co., New York, 1985, p. 17.

²⁰⁴ LEACH, P., *Children First: What our Society Must Do-and is not Doing- four our Children Today*, Michael Joseph, Londres, 1944, p. 208

²⁰⁵ BALLESTREM, Sophie, “*La Convención sobre los Derechos del Niño y la Administración de la Justicia de Menores*”, Crónica de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia n° 1, vol. 6-1997.

De esta forma su exigibilidad y fuerza normativa cobran vital importancia. La Corte Suprema de Justicia en el fallo “Casal” despejó toda clase de dudas sobre el paradigma constitucional argentino que rige de manera progresiva, el Estado Constitucional de Derecho que se manifiesta en las variadas acepciones del neoconstitucionalismo²⁰⁶.

En el ámbito de dicho modelo, se reivindica la fuerza normativa de la Constitución como elemento esencial al sostenerse que “*La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional*”²⁰⁷. Derechos humanos-derechos fundamentales configuran las dos caras de una misma moneda, desde esta óptica, la exigibilidad consagrada por la ley 26.061 conlleva la plena operatividad de los derechos reconocidos en el texto legal, dando cumplimiento a la obligación asumida al ratificar la CDN y la obligación constitucional determinada por su jerarquía constitucional.

Ambas normas, tanto el art. 596 y el 624, comparten fundamentos. El hijo que posea legitimación activa para interponer acción contra sus progenitores y que éstos puedan ejercer el acto de reconocimiento entabla la misma contra ellos o en caso de haber fallecido uno, sus herederos.

A.- Principios que informan al derecho argentino en materia de adopción

Es menester detenernos a mencionar los principios que rigen la materia para refrendar el fin de las medidas adoptadas y el espíritu del legislador al otorgar derechos y reconocer los mismo mediante el proceso que implica el desarrollo del instituto de la adopción.

El mismo aplicado en sus normas generales por el nuevo Código fijan el lineamiento de aplicación por el órgano judicial en reconocer los mismos como derechos inherentes a los niños, niñas y adolescentes, quienes en virtud de su derecho fundamental cobran un papel principal a definir su situación particular

1) *Adopción de menores de edad no emancipados sin distinción de sexo*, conforme el principio moderno que rige la adopción en los países

²⁰⁶ Considerando 14 del voto de Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, CSJN, 20/09/2005, “Casal, Matías E. y otro”, LL, 2005-F-110, con nota de Augusto M. Morello y González Campaña, Germán, “Reformulación de la casación penal”.

²⁰⁷ Idem.

pertenecientes a la familia romano germánica. Excepcionalmente, se admite la adopción de mayores.

2) *Interés Superior.* Consagrado en los derogados arts. 321, inc. i) y d) del CC anterior. En la CN art. 75, inc. 22: Convención sobre los Derechos del Niño. Es el eje en torno del cual gira toda adopción de menores. Fanzolato cita un fallo significativo, en el que luego de preguntarse a qué se refiere el interés superior del niño, cuidadosamente reiterado por la Convención en los arts. 3º incs. 1º y 3º; 18 inc. 1º; 20 inc. 1º; 21 y 37 inc. c), responde así: *“El principio es de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento histórico, de modo tal que (aquellos que) hoy se estima beneficia al niño o joven, mañana se puede pensar que lo perjudica. Constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los Jueces, quienes deben apreciar tal “interés” en concreto de acuerdo a las circunstancias del caso”.*

3) *Interés del niño e interés del menor.* Ley 24.779 que regía la filiación adoptiva en el C.C. es más amplia que la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto a los sujetos cuyos intereses protege preferencialmente. La ley referida, habla del “Interés superior del menor” (es decir comprende a todos los menores de 21 años, ahora 18 años), en cambio la C.D.N habla del “Interés superior del niño” es decir a los niños hasta los 18 años de edad (adolescente). El mismo criterio tuitivo que la Convención, la tiene el Código nuevo: protección del interés superior del menor hasta los 18 años.

4) *Prioridad de la familia biológica o subsidiariedad de la adopción.* Ello significa que sólo debe emerger, o actualizarse como posibilidad jurídica, cuando la familia biológica no está determinada o, hallándose determinada, se encuentre impedida de contener en su seno al niño en las condiciones mínimas que exigen su desarrollo físico y formación integral; o cuando el grupo lo rechaza; o cuando sus progenitores biológicos abdicen de sus funciones y responsabilidades, de sus derechos-deberes parentales, a través de actos u omisiones que evidencian el estado de desamparo en el que se encuentra el niño. En tales circunstancias es el propio interés superior del menor el que reclama su inserción en un grupo familiar subsidiario.

5) *Reconocimiento y respeto del derecho a la propia identidad del niño.* Es el principio universal del *derecho a la veracidad biológica*. El derecho del niño a la propia identidad, reconocido por la Convención de los Derechos del Niño,

en el CC derogado y en el vigente, comprende tanto el derecho a conocer su propio origen y, específicamente, en caso de adopción, a conocer que es adoptado como la facultad de *interiorizarse* de su propia *historia cultural y genética* y la de sus ascendientes, es decir, del linaje biológico al que pertenece.

6) *Identidad, privacidad y derecho a preservarla.* De acuerdo a la preceptiva constitucional, se garantiza al adoptado plenamente el acceso a sus partidas de nacimiento originarias, existentes en los registros civiles y a la información contenida en el expediente judicial de adopción. La imposición de la reserva y el secreto de las actuaciones, no tienen como finalidad ocultar el origen de la filiación que la adopción crea, ni se relaciona con la ficción de la sustitución del vínculo consanguíneo, sino que apunta, más bien, a evitar prudentemente una publicidad del pasado del niño que en ocasiones puede ser sumamente dura y, en todo caso, inconducente su conocimiento por terceros ajenos al proceso.

7) *Relativa Judicialidad de la adopción.* Están en los incisos b); c); d); y e) del art. 595 que rezan: "La adopción se rige por los siguientes principios...:

a) El respeto por el derecho a la identidad; Derecho que se le niega al niño concebido por las técnicas de reproducción humana asistida.

b) El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha preocupado por señalar que el derecho de permanencia con la familia de origen no es un principio absoluto. Y, por ende, si existen motivos fundados, el niño debe ser separado de su familia, ya que el Estado debe preservar su interés superior.

c) La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas. La jurisprudencia ante la sensibilidad de los Jueces de niños, niñas y adolescentes, ya había consolidado en la práctica preservar el vínculo entre hermanos. Así también lo ordena la ley 26.061 en el art. 41, inc. d). Como regla general no se debe separar al conjunto de hermanos, en consecuencia, es un principio esencial la no "escisión" del grupo fraternal. Si ello fuese imposible, deberán ser adoptados por dos adoptantes diferentes, bajo la condición que garanticen al Tribunal que se conservará la relación entre los niños.

d) El derecho a conocer los orígenes. El dogma impuesto para la filiación adoptiva, choca frente la negación estatal a conocer el origen de los niños nacidos por técnicas de fecundación asistida y la correlativa imposibilidad del niño de accionar para conocer su raíz identitaria.

e) El derecho del niño a ser oído y a que se opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. El niño es parte en todo el proceso de adopción y deberá ser oído por los intervenientes en dicho proceso. Su opinión debe ser tenida en cuenta y prestará expreso consentimiento para que el tribunal dicte sentencia de adopción. Comportamientos que deberán adecuarse a su edad y grado de madurez. La edad y grado de madurez suficiente, deben ser acreditados previo a toda actuación judicial mediante un proceso jurídico sumarísimo, con intervención de los Equipos Multidisciplinarios.

Definida la adopción en su art. 594: “es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con Las disposiciones de este Código”.

Respecto de la practicidad en torno al derecho a conocer los orígenes el adoptado puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

El juez en caso de ser un menor de edad, puede disponer la intervención del:

- a) Equipo Técnico del Tribunal.
- b) El Organismo Administrativo de protección: Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF).
- c) Del Registro de adoptantes correspondiente para que presten colaboración.

B.- Requisitos administrativos y judiciales tendientes a conocer su origen biológico

El expediente judicial y administrativo, debe contener la mayor cantidad de datos posibles del niño y de su familia de origen referidos a la *identidad, incluidos los relativos a enfermedades transmISIBLES*. Incluso está facultado para iniciar una *acción autónoma* a los fines de *conocer sus orígenes*. En todo caso debe contar con asistencia letrada.

Los padres *expresamente* se comprometen en el expediente judicial a hacer conocer su origen al niño/a. Y al adoptado le asiste ahora la posibilidad de accionar judicialmente mediante una *acción autónoma de identidad*, con asistencia letrada.

Para conocer su identidad el Código no fija una edad mínima para acceder al expediente judicial o administrativo, sino que depende de la valoración que el Juez haga en concreto sobre el niño que aspira a acceder a él. Vale decir, no sólo el mayor de edad podrá conocer su biografía, sino que también el menor de edad, tendrá acceso al expediente personal.

Respecto de la excepcionalidad de la Adopción: El niño, tiene derecho a otras formas de inserción familiar cuando se halla privado del medio familiar de origen o conviene a su mejor interés.

Es responsabilidad del Estado crear los mecanismos necesarios para que el niño se mantenga junto a su familia biológica antes de decidir otras formas de colocación familiar, entre ellas, la adopción (art. 20 Convención de Derechos del Niño). Y es acá donde nos detenemos en torno al art. 624, si interpretamos con rigor el efecto propio de las acciones de reconocimiento de la filiación, el adoptado pleno que solicita el reconocimiento tendría dos filiaciones, pero la norma priva a la acción de su efecto principal, otorgándole un efecto anómalo.

Respecto de las situaciones que llevan al estado de adoptabilidad de un niño encontramos:

- a) ADOPTABILIDAD ADMINISTRATIVA (S.E.N.A.F.) PREVIA.
- b) ADOPTABILIDAD JUDICIAL.

En la norma no se otorga un tratamiento diferenciado a estas dos vías tan desiguales de procedimiento. Aparece una mixtura en la toma de decisiones sobre los niños, niñas y adolescentes, esto es, entre dos poderes republicanos independientes: Por una parte, el Poder Ejecutivo -al que pertenece el Organismo Administrativo que entiende en la problemática de la niñez y sus consecuencias- y el Poder Judicial, que deberá dictar la declaración judicial de adoptabilidad,

previamente valorando el conjunto de requisitos exigidos, entremezclándose los procesos en una interdependencia curiosa.

Las medidas sobre la minoridad deben ser claras, los jueces deberán ser categóricos ante el riesgo de no compartirse criterio con el Tribunal actuante, y se promuevan decisiones contrarias al interés superior del niño. Existe un altísimo índice de “empoderamiento” del niño por agentes públicos que miran con desconfianza a los Jueces especializados y sus criterios.

Existen cuatro procesos hasta concluir con la adopción plena del niño/a:

- 1º) SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD ADMINISTRATIVA.
- 2º) SITUACIÓN JUDICIAL DE ADOPTABILIDAD.
- 3º) GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.
- 4º) ADOPCIÓN PROPIAMENTE DICHA.

Cada una de estas “etapas” administrativas y judiciales, cuentan como corresponde con la posibilidad de utilizar las herramientas RECURSIVAS: en la vía administrativa. Reconsideración ante el órgano que emitió el dictamen, Jerárquico o de Alzada; en el ámbito judicial: Reconsideración, Reposición, Apelación, Nulidad, Queja, Casación, y Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El artículo 607 enumera supuestos para la declaración judicial de adoptabilidad, se dicta:

- a) Si el niño, niña y adolescente no tiene filiación establecida.
- b) Si sus padres están fallecidos.
- c) Si se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo de control (administrativo) en el plazo de treinta (30) días y prorrogables por otros treinta (30) por razones fundadas.
- d) Si los padres deciden libremente dar en adopción a su hijo/a, después de los cuarenta y cinco (45) días de producido del nacimiento. Aquí se ha tenido en cuenta el estado del puerperio de la mujer que da a luz.
- e) Si las medidas excepcionales tomadas en razón de la ley 26.061 por la SENAF a fin de que el niño permanezca en su familia de origen o ampliada fallaron en un plazo de ciento ochenta (180) días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, la SENAF dictamina sobre la situación de adoptabilidad. Dictamen que debe ser comunicado al Juez interviniente

en el plazo de veinticuatro (24) horas. Este apartado refiere a la situación del menor que tiene una filiación establecida y vive con sus progenitores, caso contrario quedaría abarcado por el inc. a).

- f) *no se debe dictar la adoptabilidad si:*
 - a) Algún familiar o,
 - b) Algún “referente afectivo”: Se ofrecen como guardadores o tutores y si ello fuera adecuado al Interés del Niño/a.
- g) El Juez resuelve la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa (90) días.

Recordemos que la sentencia Judicial puede ser apelada. Se contempla la procedencia de la notificación ficta cuando se han agotado todos los medios posibles y razonables para localizar a los padres, como así también que la sentencia puede ser apelada.

Hecha estas aclaraciones, es que se viene observando que el niño cobra una importancia superlativa mediante una *mayor participación en el proceso*. Se convierte de este modo en protagonista principal de su historia personal. Vale decir que el niño cobra mayor preponderancia en el proceso, la que puede observarse en las siguientes situaciones:

- a) En el trámite de declaración de adoptabilidad se prevé que el niño sea *parte* (art. 608 CCyCN), si tiene edad y grado de madurez suficiente, con asistencia letrada.
- b) En la guarda judicial: citación del niño cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 613 CCyCN).
- c) En la regulación del juicio de adopción, el niño que será adoptado es *parte procesal*, según su edad y grado de madurez (art. 617, inc. a CCyCN), con asistencia letrada. El Juez debe oír personalmente al pretendido adoptado y debe tener en cuenta su opinión (art. 617, inc. b CCyCN). La ley no prevé un límite de edad a este respecto, por lo que colegimos que el Juez se verá obligado a atender a todo niño, aún aquellos de corta edad.
- d) El pretendido adoptado mayor de 10 años, debe dar su consentimiento expreso (art. 617, inc. c) CCyCN). Prestar su consentimiento va mucho más allá que “ser oído”. Existe la posibilidad que el niño o adolescente rechace su propia adopción, ejerciendo una especie de obstáculo que el Juez no

podrá eludir, impidiendo la prosecución del proceso de adopción pues el consentimiento del niño es necesario para perfeccionar el acto.

Ahora bien, todo ello culmina en establecer el estado de filiación del niño, que a su vez reviste a los adoptantes de la responsabilidad parental con todos sus efectos.

II- Derecho a los alimentos

La adopción plena genera efectos jurídicos entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante, insertándose en ella con idénticos derechos y deberes que los de un hijo biológico. Por otro lado, cesa la responsabilidad parental de los padres de origen. En consecuencia, se extingue la obligación alimentaria con relación a su familia biológica y nace esa obligación en la familia adoptante con la misma extensión que para el hijo biológico²⁰⁸.

El nuevo CCyCN introdujo flexibilizaciones a este sistema; en efecto el art. 624 mantiene la posibilidad de reclamar alimentos a la familia de origen al disponer que la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el acto de reconocimiento son admisibles a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado sin alterar los demás efectos de la adopción.

La fuente de esta obligación es la ley, que no aclara en cual tipo hay que ubicarla (alimentos debidos a los hijos o derivados del parentesco), por lo que es necesario determinar la extensión (rubros que alcanza) y el carácter (principal o subsidiaria), entre otras.

Podría sostenerse que se trata de una nueva categoría de obligación alimentaria (la debida por la familia biológica después de la adopción plena) cuyo carácter y contenido debe delinear la doctrina y jurisprudencia.

No obstante, debemos señalar que:

- a) Es una obligación subsidiaria. El adoptado debería reclamar alimentos, en primer lugar, a su familia adoptiva y en caso de no poder ésta proporcionarlos, podría reclamar a sus parientes biológicos. Funciona como una excepción al principio general.

²⁰⁸ El artículo 323 del Código Civil sienta el doble principio ínsito en la adopción plena: extinción de los vínculos familiares de origen e incorporación como hijo en la familia de los adoptantes, agregando su irrevocabilidad (BELLUSCIO, Augusto, *Manual de Familia*, 8va ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, y. II, p.337).

b) En la adopción simple, algunos autores²⁰⁹ sostuvieron la subsistencia de la prestación alimentaria a la familia biológica, aun en el caso de la adopción integrativa, ya que si el adoptante desatiende la asistencia material del adoptado, éste puede reclamar alimentos a su familia biológica (progenitores y parientes legalmente obligados).

La legitimación para ejercer la acción se ve ampliada en el nuevo Código. Puede iniciarla, el progenitor en representación del hijo, el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada, y subsidiariamente, cualquiera de los parientes y el Ministerio Público (art. 661).

El contenido de la obligación alimentaria está compuesto tanto por prestación dineraria como en especie, destinada a la satisfacción de las necesidades del hijo: manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, sujeto a las posibilidades económicas del obligado.

El demandado tiene la carga de probar que existen otros parientes de grado más próximo o de cualquier grado en condiciones de prestarlos a fin de ser liberado de la obligación o concurrir con este (art. 546).

Interponer esta acción podrá abarcar la solicitud de alimentos provisionales. Los mismos, tienen por finalidad atender sin demoras las necesidades más urgentes o imposergables de aquél que los reclama, durante el lapso que demande el proceso.²¹⁰

Por lo tanto estos alimentos podrán ser concedidos de acuerdo con lo que *prima facie* surja de las prestaciones efectuadas en el expediente y de los elementos aportados al mismo.²¹¹

En todo caso la petición de alimentos provisorios puede ser acogida, una vez acreditada su verosimilitud, *inaudita parte*; Sin perjuicio de que el juez esté facultado a sustanciarla con la contraparte a los efectos de resguardar su derecho de defensa, sin que se dé lugar a la producción de prueba que desnaturalice la urgencia insita en la petición. En ningún supuesto la fijación de alimentos provisorios configura un *prejuzgamiento* sobre el fondo o un adelanto de opinión, pues al

²⁰⁹ STILERMAN, Marta y SEPLIARSKY Silvia, *Adopción: integración familiar*, Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 207.

²¹⁰ CNCiv., Sala A, L.L. 1986-B-621; CNCiv., Sala A, L.L. 2000-D-618

²¹¹ CNCiv., Sala E, L.L. 1993-C-60; CNCiv., Sala I, L.L. 2002-D-213

momento de estipularlos se tiene en miras el perjuicio irreparable que podría sufrir el solicitante, procurando evitarlo aun cuando ello implique correr riesgos.

Por otra parte, el artículo 544 del Código faculta al juez a fijar una prestación de litisexpensas, independiente de los alimentos provisorios, siempre que se justifique la falta de medios. Esta prestación se destina a solventar los gastos que al alimentado le demanda la promoción y tramitación del juicio de alimentos; y tiene a asegurar la vigencia afectiva del derecho de acceso a la justicia, evitando que la carencia de recursos económicos se convierta en un obstáculo que impide el acceso igualitario a la tutela de los derechos. Comprende únicamente los gastos del juicio, quedando excluidos los honorarios profesionales.

III- Vocación sucesoria

El art. 624 contribuye a fortalecer los vínculos afectivos, pero en especial los jurídicos originados por la incorporación del niño al grupo familiar mediante el noble instituto de la adopción. No obstante, admite en la acción de reconocimiento contra los padres biológicos, un segundo y exclusivo efecto junto al reclamo de alimentos, la vocación sucesoria.

La misma implica un derecho que una vez establecido, reviste al actor de la calidad de heredero forzoso dentro de la sucesión de quien fuere su progenitor y la obligación consecuente de los herederos del causante de cumplirla.

La mera constatación del origen biológico podría así no implicar el desplazamiento filiatorio, y es posible su utilización como pauta de asignación de deberes y no derechos a quien resulte ser progenitor. Es decir, que se organice un sistema asimétrico de asignación de responsabilidades derivadas de la procreación genética, sin que ello implique otorgar derechos, que puedan resultar lesivos al interés del niño involucrado. Tal sistema desdoblado (filiación jurídica y origen biológico) asume la posibilidad de coexistencia de dos clases de “padres”, aquel derivado de la posesión de estado, del vínculo filiatorio jurídico, de la realidad socio afectiva generada en torno al niño, y el progenitor, quien ha gestado y otorgado la carga genética que ese niño porta. Ambos aspectos dan contenido pleno al derecho a la identidad, superando toda dicotomía entre faz estática y dinámica.²¹²

²¹² PELLEGRINI, María Victoria, ponencia “Filiación y origen biológico” presentada y debatida en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, organizado por la Facultad de Derecho de

El reconocimiento de dicha vocación sucesoria adquiere su importancia, no sólo material frente al derecho de formar parte de la sucesión del padre biológico; también ha quedado explicado a través de la opinión de juristas notables que “*el derecho a conocer la identidad de origen opera en otro nivel, de rango constitucional, que trasciende lo concerniente al estado de familia y revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia, que no le puede ser amputada o escamoteada*”.²¹³

Es así que la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en la opinión consultiva 17, habla de medidas especiales para la protección del niño que corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad, y la sociedad a la que aquél pertenece. La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce el derecho a la verdad en sentencia dictada por unanimidad, en la causa “Urteaga, Facundo R. c. Estado Nacional, Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/amparo, ley 16.986”, del 15 de octubre de 1998. Belluscio y López sostuvieron que había que hacer lugar al reclamo de Urteaga a través del amparo en general, como mecanismo de protección rápida y eficaz de los derechos constitucionales. Resaltaron que tenía derecho a esclarecer las circunstancias en la que se produjo la muerte de su hermano. Fayt consideró que los derechos humanos en juego en este caso requieren la garantía del derecho a la información, para posibilitar el impostergable cumplimiento de la ética de la verdad. Petracchi consideró que conocer lo relativo a la muerte de un familiar cercano significa reconocer *el derecho a la identidad y a reconstruir la propia historia, los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad del hombre*. Boggiano dijo que el derecho de hábeas data puede hacerse valer por cualquier vía procesal razonable, hasta tanto una ley reglamente su ejercicio. Y recordó que la Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes los beneficios de la libertad. Bossert apoyó el reclamo de Urteaga con una referencia especial al derecho al duelo. Y citó a un teórico alemán: *a través del duelo se recobran las fuerzas, se vuelve a esperar y vivir. Se sale del duelo, y se sale de él gracias al duelo mismo*. Vázquez consideró que había que hacer lugar al reclamo porque *el derecho a la intimidad de una persona ya fallecida no se extingue con su muerte, sino que subsiste en los vínculos familiares*.

la Universidad de Buenos Aires, durante los días 23 al 25/06/2005. En www.es.scribd.com/document/125829240/Pellegrini-filiacion-orgien-biologico.

²¹³ C.S.J.N. del voto del Dr. Petracchi, nov. 13-1990.L.L. 03-05-1991.-

Dicho esto, es acertada la posición a adopta el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina pues no sólo posibilita al hijo adoptivo limitarse a la reclamación material sino también, a conocer su realidad biológica a través de ello. Es decir, se abre una nueva puerta para encontrar el entramado de su origen.

Conclusión

El estudio realizado a lo largo del presente trabajo constituye una búsqueda de interpretación al artículo 624 del CCyCN íntimamente vinculado al cuerpo normativo, como así también a los principios que rigen el instituto de la adopción y a las normas supraestatales reconocidas y revestidas de jerarquía constitucional que adopta el Estado en todos sus aspectos.

Reconocer el derecho humano fundamental a la identidad y los orígenes de los niños implica brindar la oportunidad de tomar en sus manos su historia de vida.

La norma conlleva en sí misma una posibilidad a expandir sus intereses y necesidades resguardando a través de derechos alimentarios y de tenor sucesoria, abriendo la puerta de tal manera a esclarecer la situación que implica una filiación por adopción. Esto es, darle la posibilidad a ampliar su posibilidad de tener una mejor calidad de vida, de resguardarlo frente a una posible ausencia e incrementar sus afectos refrendando su círculo afectivo en torno a la plena voluntariedad y participación que el proceso conlleva.

Siendo el niño, niña o adolescente protagonista principal de su proyecto de vida, se proporciona una herramienta para salvaguardar su interés superior, sin caer de dicha manera en una posible cosificación en la calidad de adoptado.

La adopción como instituto de protección tiene con objetivo el mejor interés del niño, y la acción de reclamación de filiación pos adopción está diseñada con el fin de mejorar la situación del adoptado y proveerla a su mejor conveniencia.

Bibliografía

AZPIRI, Jorge O. "INCIDENCIAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL". 1° Ed. Buenos Aires. Hammurabi. 2015

- BALLESTREM, Sophie, "LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES", Crónica de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia nº 1, vol. 6-1997.
- CÁM. APEL. CIV. COM. Y MINERÍA DE SAN JUAN, Sala 2, 10/3/15, "P.I.V. c/ C.R.R. s/ Incidente de Alimentos", Id. Infojus: FA15280013
- CSJN, 20/09/2005, "Casal, Matias E. y otro", LL, 2005-F-110, con nota de Augusto M. Morello y González Campaña, Germán, "Reformulación de la casación penal".
- FALCÓN, Enrique M., "MANUAL DE DERECHO PROCESAL", Ed. Astrea. Buenos Aires. 2005.
- GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia. "DERECHO DE FAMILIA". 1ºEd. Córdoba. Advocatus. 2016.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria, HERRERA, Marisa. "LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. DERECHO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA" Comentada, anotada y concordada. 1ºEd. Buenos Aires. Ediar. 2007
- LEACH, P., "CHILDREN FIRST: WHAT OUR SOCIETY MUST DO-AND IS NOT DOING- FOUR OUR CHILDREN TODAY", Michael Joseph. Londres. 1944.
- MENDOZA, Elena. "LA ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DEL HIJO ADOPTADO POR ADOPCIÓN PLENA DEL ART. 624 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. UNA ACCIÓN DE FILIACIÓN DE EFECTO ANÓMALO Y LIMITADO. ASPECTOS PROCESALES." Publicado en RDF 84, 17/05/2018, 175. Cita Online AP/DOC/196/2018.
- MNOOKIN, Robert, "IN THE INTEREST OF CHILDREN: ADVOCACY, LAW REFORM AND PUBLIC POLICY". WH Freeman & Co. New York. 1985.
- PELLEGRINI, María Victoria, ponencia "FILIACIÓN Y ORIGEN BIOLÓGICO" presentada y debatida en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 23 al 25/06/2005. En www.es.scribd.com/document/125829240/Pellegrini-filiacion-orgien-biologico.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel F. "ALIMENTOS" Tomo I y II. 1º Ed. Santa Fe. Rubinzel-Culzoni. 2014.

**ALGUMAS NOTAS EM TORNO DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS – DIVERSIDADE RELIGIOSA, IGUALDADE,
DIVERSIDADE CULTURAL, ÉTNICA E A IDADE NÚBIL²¹⁴**

**SOME THOUGHTS ABOUT MARRIAGE IN THE PORTUGUESE LEGAL
FRAMEWORK – RELIGIOUS, CULTURAL AND ETHNIC DIVERSITY**

Cristina Dias

Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho; Centro de Investigação Justiça e Governação – JusGov

Rossana Martingo Cruz

Professora Auxiliar convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho; Centro de Investigação Justiça e Governação – JusGov; Prof. Convidada ESG-IPCA

Resumo: O ordenamento jurídico português tem especificidades que se referem ao acolhimento das diferentes celebrações de casamento. O sistema matrimonial eleito em Portugal é complexo e visa respeitar a diversidade religiosa dos cidadãos. Ao mesmo tempo, nos últimos anos foi efetivada a não discriminação em razão do sexo, permitindo-se o casamento e a adoção por casais do mesmo sexo, criando uma cisão entre o casamento civil e o casamento católico. Por fim, analisaremos as problemáticas jurídicas das uniões de menores (abaixo da idade núbil) no âmbito de certas tradições culturais e étnicas.

Palavras-chave: casamento; sistemas matrimoniais; casamento entre pessoas do mesmo sexo; uniões de menores; diversidade religiosa.

Abstract: *The Portuguese legal system has some specificities regarding different types of marriages and their celebrations. Nevertheless, the system is complex and*

²¹⁴ Como citar este artigo: DIAS, Cristina; CRUZ, Rossana Martingo. Algumas notas em torno do casamento no ordenamento jurídico português – diversidade religiosa, igualdade, diversidade cultural, étnica e a idade núbil. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodoreto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 156-182.

aims to respect the citizens' religious diversity. At the same time, non-discrimination on the ground of sex has been effected in the recent years, since allowing marriage and adoption by same-sex couples. That has also created a breach between civil and catholic marriage. Finally, we will analyse the legal issues concerning child unions (under the legal age for marriage) within certain cultural and ethnic traditions.

Keywords: marriage; matrimonial system; same-sex marriages; children's unions; religious diversity.

Sumário: I. Notas prévias; II. O casamento no ordenamento jurídico português – sistemas matrimoniais, modalidades de casamento e diversidade religiosa; III. O casamento no ordenamento jurídico português – igualdade e não discriminação em razão do sexo; IV. O casamento no ordenamento jurídico português – diversidade cultural e étnica e idade núbil; Bibliografia citada

I. Notas prévias

A existência no ordenamento jurídico português do casamento civil, do casamento civil sob a forma religiosa e do casamento católico permite-nos analisar e avaliar os sistemas matrimoniais possíveis e as modalidades de casamento existente entre nós do ponto de vista do respeito pela diversidade religiosa. A admissibilidade do casamento sob a forma religiosa é relativamente recente a par do sempre existente casamento católico.

Por outro lado, a admissibilidade dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, introduzida pela Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, foi de certa forma impulsionada pelo respeito pelo princípio da igualdade e da não discriminação em razão do sexo. Analisaremos até que ponto essa admissibilidade era exigível pelo princípio da igualdade.

A celebração do casamento, independentemente da sua modalidade, exige capacidade matrimonial, que não existirá caso se verifique algum dos impedimentos a contrair casamento previstos na lei (arts. 1600.º e segs. do Código Civil)²¹⁵. Um dos impedimentos dirimentes, que obstam ao casamento e que

²¹⁵ Sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

conduzem à sua anulação caso venha a celebrar-se, é o da celebração por menor de 16 anos. A admissibilidade de uniões (“casamentos”) envolvendo menores de 16 anos por certas culturas e/ou etnias exige que se analise a idade núbil do ponto de vista da diversidade cultural e étnica e as implicações que tais uniões acarretam do ponto de vista jurídico.

Tentaremos, na medida do possível e atendendo à jurisprudência existente, avaliar como estas questões têm sido analisadas e decididas pelos nossos tribunais.

II. O casamento no ordenamento jurídico português – sistemas matrimoniais, modalidades de casamento e diversidade religiosa

Quando qualificamos o casamento como um ato dizemos frequentemente que uma das características que assume é o de ser um ato pelo qual se interessa o Estado e a Igreja²¹⁶. A diferente articulação entre o casamento civil e o religioso/católico leva à existência dos seguintes sistemas matrimoniais: sistema de casamento religioso obrigatório, sistema de casamento civil obrigatório, sistema de casamento civil facultativo e sistema de casamento civil subsidiário.

No sistema do casamento religioso obrigatório só o casamento celebrado de acordo com as regras de uma dada religião é admitido e produz efeitos civis. O Estado submete o seu direito matrimonial aos rituais de uma religião apenas atribuindo efeitos civis ao casamento celebrado de acordo com as regras desta. Foi o sistema que vigorou na Grécia até 1982.

Já no sistema do casamento civil obrigatório, o Estado não admite outra forma de casamento senão o casamento civil, celebrado segundo as suas leis e regulado por elas; o direito matrimonial do Estado é obrigatório para todos os cidadãos, independentemente da religião que professem. Não reconhece o Estado à Igreja Católica ou a outra o direito de disciplinar o casamento dos seus membros. “Claro que, admitida que seja a liberdade de culto, o Estado dará inteira liberdade aos nubentes para casarem segundo as normas da sua confissão religiosa, mas não atribuirá à respetiva celebração quaisquer efeitos jurídicos. Apenas o casamento civil é que será válido. O sistema de casamento civil obrigatório é o que vale em

²¹⁶ V., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.^a ed., 2016, p. 201. Seguiremos estes autores na descrição dos vários sistemas matrimoniais.

numerosos países. Ele oferece, sobre os outros que vamos referir em seguida, a vantagem de sujeitar todos os nacionais do país ao mesmo direito matrimonial, vantagem sobretudo apreciável em países muito divididos sob o ponto de vista religioso. Em contrapartida pode dizer-se que o sistema força a dupla celebração os nubentes que professem qualquer confissão religiosa. Por exemplo, os católicos, para a sua união ser legítima perante o Estado e a Igreja, terão de celebrar, sucessivamente, casamento civil e casamento católico.

O que o Estado pode fazer e às vezes faz é proibir que o casamento religioso seja celebrado antes do casamento civil. Isto para evitar que os nubentes só celebrem aquele, e assim fiquem em situação concubinária em face da lei civil, se bem que legítima à face das normas da sua confissão religiosa²¹⁷.

No sistema de casamento civil facultativo os nubentes podem escolher livremente entre o casamento civil e o casamento católico ou celebrado segundo os ritos de outra religião, atribuindo o Estado efeitos civis ao casamento em qualquer caso. Este sistema apresenta duas modalidades. De acordo com a primeira, o Estado permite que os seus nacionais celebrem casamento católico ou de acordo com os ritos de qualquer outra religião e atribui a esse casamento efeitos civis, sendo que tal casamento está sujeito aos mesmos efeitos e regime do casamento civil. Ou seja, casamento civil e o casamento religioso são apenas duas distintas formas de celebração do matrimónio. “[T]al como no sistema de casamento civil obrigatório, o casamento continua a ser um instituto único, regido por uma só lei — pela lei do Estado —, salvo no que respeita à sua forma de celebração. A lei (pode talvez dizer-se assim) permite que as atribuições do funcionário do registo civil sejam desempenhadas pelo respetivo ministro do culto. O sistema de casamento civil facultativo, nesta modalidade, oferece, em confronto com o sistema de casamento civil obrigatório, a vantagem de evitar aos nubentes uma dupla celebração, e ao mesmo tempo conserva a vantagem substancial desse sistema, que é a de haver um único direito matrimonial, válido para todos os nacionais do país”²¹⁸.

Já de acordo com a segunda modalidade do sistema de casamento civil facultativo, o casamento católico (ou religioso) é admitido pelo Estado como válido e eficaz enquanto tal, isto é, regulado pelo direito da Igreja em causa. O

²¹⁷ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 205 e 206.

²¹⁸ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 208.

casamento civil e o casamento católico/religioso não são apenas duas formas diversas de celebração do casamento, mas dois institutos diferentes²¹⁹. “Nesta modalidade, o sistema de casamento civil facultativo também poupa aos nubentes uma dupla celebração do matrimónio, mas agora à custa da unidade do direito matrimonial, que é sacrificada. Este é o maior inconveniente do sistema. Pode notar-se ainda que ele não consegue harmonizar as duas ordens jurídicas (o direito civil e o direito canónico) em termos de as uniões legítimas à face da Igreja também o serem à face do Estado e inversamente”²²⁰. É o que acontece no nosso ordenamento jurídico quanto ao casamento católico. Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 1587.º, a lei civil reconhece valor e eficácia de casamento ao matrimónio católico desde que respeitados os artigos seguintes. Por sua vez, o artigo 1588.º estabelece que o casamento católico se rege, quanto aos efeitos civis, pelas normas comuns do Código Civil²²¹. Ainda, o artigo 1589.º determina, no seu n.º 1, que a existência de um casamento civil anterior não é obstáculo para que os cônjuges celebrem casamento católico entre si²²². Nem sempre foi permitida esta dualidade de casamentos prevista no n.º 1 do art. 1589.º. O casamento católico celebrado antes da entrada em vigor da Concordata de 1940 por pessoas já ligadas entre si por casamento civil, “continua a não poder ser registado, face das disposições legais vigentes”²²³, uma vez que o CRC de 1932 não previa a possibilidade de matrimónio

²¹⁹ “O CC trata o casamento civil e o casamento católico como duas modalidades diferentes do casamento, e não como duas formas de celebração do mesmo acto, cabendo ao direito canónico regular as condições de validade do casamento canónico que não tenham a ver com a capacidade matrimonial dos nubentes. A falta ou vícios da vontade prevista no art. 1634º do CC apenas pode ser invocado por quem tenha contraído casamento civil, já que quanto ao casamento católico rege o disposto no direito canónico, designadamente o Código de Direito Canónico. Sendo celebrado casamento católico, não pode ser pedida a anulação de casamento civil, por este não existir entre as partes, nem a anulação dos efeitos civis do casamento católico. O art. 36º, nº 2, da Constituição deve ser interpretado restritivamente por forma a salvaguardar a competência reconhecida aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes, pelo que o art. 1625º do CC não é constitucional.”, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de novembro de 2004, Proc. n.º 5787/2004-7, disponível em www.dgsi.pt

²²⁰ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 209.

²²¹ Nessa esteira, os impedimentos matrimoniais civis, presentes nos artigos 1600.º e seguintes, serão igualmente observados para os casamentos católicos (sem prejuízo de lhes acrescerem os impedimentos previstos no Código Canónico). “O casamento católico só pode ser celebrado por quem tiver capacidade matrimonial à luz do direito civil, embora nem todos os que tenham esta capacidade possam estar em condições de casar catolicamente, à luz do direito canónico.” Antunes Varela/Pires de Lima, *Código Civil Anotado*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 51.

²²² Não existirá aqui o impedimento previsto na al. c) do art. 1601.º, uma vez que estará em causa o casamento católico celebrado pelas mesmas pessoas que já se encontram casadas civilmente (motivadas, por exemplo, por uma posterior conversão à religião católica; ou por uma vontade de elevar o vínculo já existente como indissolúvel e à categoria de sacramento no âmbito do direito canónico).

²²³ Acórdão de 3 de maio de 1974, Proc. n.º 064876, disponível em www.dgsi.pt

católico por quem já se encontrava casado civilmente. O Código do Registo Civil de 1958 referia no n.º 2 do art. 206.º que “*Efectuado o averbamento, os cônjuges serão havidos como casados apenas catolicamente desde a celebração do primeiro casamento.*” Assim, o casamento civil era consumido ou absorvido pelo casamento católico. O artigo 1589.º deixou cair esta conceção que forçava uma retroação do casamento católico a uma data que podia ser muito anterior àquela em que foi efetivamente celebrado²²⁴. Situação distinta é representada no n.º 2 do art. 1589.º. Agora o cenário inverte-se e a solução será distinta. Se duas pessoas estiverem unidas por casamento católico não poderão vir a celebrar casamento civil. Tal decorre da diferente natureza dos casamentos em causa. O casamento civil tem efeitos meramente civis e, por isso, se as partes, mais tarde, pretendem cobrir o seu casamento civil com o manto católico, poderão fazê-lo nos termos do n.º 1 do art. 1589.º, conforme referido supra. Porém, se os cônjuges casaram catolicamente, o casamento católico, entre nós e decorrente do sistema matrimonial em vigor, origina efeitos civis, pelo que se torna desnecessário celebrar um casamento civil quando as partes já se encontram casados catolicamente. A proibição evita, assim, uma redundância (só assim não será se, por qualquer motivo, o casamento católico não chegou a ser transcrito)²²⁵.

Finalmente, no sistema de casamento civil subsidiário, o Estado subordina-se à Igreja e reconhece o direito matrimonial canónico. O casamento católico/religioso é o único que o Estado reconhece, sendo o casamento civil apenas admitido subsidiariamente (para os casos em que é considerado legítimo pelo próprio direito canónico/religioso). Assim, todas as uniões consideradas legítimas pela Igreja também o são perante o Estado e vice-versa. “[E]sta a vantagem do sistema de casamento civil subsidiário. O que não se vê, porém, é como ele possa conciliar-se com o princípio da liberdade religiosa, que em muitos países, como o nosso, tem foros de regra constitucional (art. 41.º CRep). Com efeito, segundo este

²²⁴ “O casamento civil e o casamento católico posterior com o cônjuge coexistem, contrariamente ao que acontecia à luz do Código do Registo Civil aprovado pelo Decreto-Lei nº 41967, de 22.11.1958, em que o casamento civil era “consumido” ou “absorvido” pelo casamento católico posterior.” – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de junho de 2019, Proc. n.º 619/18.3T8AMD.L1-7. Ainda a este propósito, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de fevereiro de 2006, Proc. n.º 681/2006-6, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

²²⁵ V. Antunes Varela/Pires de Lima, ob. cit., p. 55. Consultar ainda a este propósito Heinrich Ewald Hörster, “A conveniência da revogação dos artigos 1589.º, n.º 2, e 51.º, n.º 3, do Código Civil – algumas reflexões”, in AAVV, *Juris et de Jure: Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Porto, 1998, pp. 83-94.

sistema, o Estado vai obrigar os cidadãos à prática de um ato religioso, como é o casamento católico, e isto mesmo que os nubentes, apesar de batizados, se tenham apartado da religião católica e professem outra religião ou não professem nenhuma”²²⁶.

No nosso ordenamento jurídico, e prescindindo de uma análise histórica²²⁷ que seria, todavia, relevante para a compreensão do regime atual, podemos caracterizar desta forma o nosso sistema matrimonial²²⁸.

“a) para os católicos, continua a ser um sistema de casamento civil facultativo na “segunda modalidade” (...), em que o casamento católico não é apenas outra forma de celebração do casamento, mas um instituto diferente, disciplinado em vários aspectos por normas diversas das que regem o casamento civil;

b) para os que pertençam a igrejas ou comunidades religiosas que se considerem ou venham a considerar-se “radicadas no País”, é igualmente um sistema de casamento civil facultativo mas na “primeira modalidade” indicada, ou seja, um sistema em que o casamento religioso é apenas uma forma de celebração do casamento, o qual, à parte a forma, fica sujeito em todos os aspectos às mesmas normas por que se rege o casamento civil;

c) para os que pertençam a outras igrejas ou comunidades religiosas, não “radicadas no País”, é um sistema de casamento civil obrigatório, pois a lei não dá qualquer valor à respetiva cerimónia religiosa”²²⁹.

Para compreensão desta realidade, importa, desde logo, uma referência à Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho), regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, que introduziu alterações ao Código do Registo Civil, que veio atribuir efeitos jurídicos civis aos casamentos celebrados por forma religiosa perante o ministro do culto de uma igreja

²²⁶ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 210.

²²⁷ Para uma análise histórica do casamento desde o direito romano, v. António Menezes Cordeiro, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal”, *Revista da Ordem dos Advogados - ROA*, 2012 , Ano 72, nº 1, pp. 49 e segs..

²²⁸ A opción sobre o sistema matrimonial a adotar num país extravasa o âmbito jurídico-legal, será também, em certa medida, uma opción de índole sociopolítica. “Así, la opción normativa transciende a cuestiones de extraordinaria relevancia social, pues presupone siempre la adopción por la estructura estatal de decisiones sobre el fenómeno religioso, constante de todas las latitudes terráqueas, y, en particular, sobre la confesionalidad del Estado y la libertad religiosa de ‘sus’ ciudadanos (aunque, en puridad de conceptos, debiera ser al revés).” Carlos Lasarte, *Derecho de Familia – Principios de Derecho Civil VI*, 11ª, Marcial Pons, 2012, p. 22

²²⁹ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 218.

ou comunidade religiosa radicada no País (art. 19.º da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho). Trata-se apenas de uma diferente forma de celebração do casamento, sendo este regido pelas disposições da lei civil em tudo o mais.

De referir que o art. 58.º da Lei da Liberdade Religiosa ressalva a Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa de 7 de maio de 1940, o Protocolo Adicional à mesma de 15 de fevereiro de 1975, bem como a legislação aplicável à Igreja Católica, não lhe sendo aplicáveis as disposições desta lei relativas às igrejas ou comunidades religiosas inscritas ou radicadas no País, sem prejuízo da adoção de quaisquer disposições por acordo entre o Estado e a Igreja Católica ou por remissão da lei.

De facto, em relação ao casamento católico, e como referimos, vigora o sistema do casamento civil facultativo na segunda modalidade, ou seja, o Estado admite o casamento católico tal como ele é regulado pela Igreja, sendo regido pelas normas de direito canónico (casamento civil e casamento católico não são reconhecidos apenas como diferentes formas de celebração do casamento, mas como institutos jurídicos diferentes).

Entretanto, em 2004, entrou em vigor a atual Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, substituindo a de 1940²³⁰, e trouxe alterações relevantes no regime do casamento católico. De facto, deixou de existir uma norma semelhante ao art. XXV da Concordata de 1940, no sentido de que é reservado aos tribunais eclesiásticos o conhecimento das causas respeitantes à declaração de nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado. Assim, e não obstante a manutenção do art. 1625.º do Código Civil português, que mantém essa competência, abriu-se a porta à possibilidade de também os tribunais civis poderem pronunciar-se quanto à declaração de nulidade dos casamentos católicos.

Além disso, e nos termos do art. 16.º da Concordata de 2004, bem como do art. 1626.º do Código Civil, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 100/2009, de 11 de maio (visando a sua articulação com a Concordata de 2004), a receção no direito português das decisões das autoridades eclesiásticas relativas à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado deixou de ser automática, só produzindo efeitos civis, a requerimento de qualquer

²³⁰ A Concordata foi assinada a 18 de maio de 2004 e entrou em vigor, após a troca dos instrumentos de ratificação, a 18 de dezembro de 2004.

das partes, após revisão e confirmação, nos termos da lei processual, pelo tribunal da Relação competente²³¹.

De mencionar ainda as alterações introduzidas ao Código do Registo Civil pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro²³². Destaca-se a regulamentação dos casamentos civis sob a forma religiosa (cujo assento vem regulado nos arts.187.º-A a 187.º-C) e a alteração do modo de publicidade do processo preliminar de casamento.

Uma última nota, neste ponto, para referir a controvérsia doutrinal gerada pela admissibilidade do casamento católico como um instituto jurídico diferente do casamento civil e regido, em alguns pontos, por regras próprias. “Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que “o casamento canónico, instituído pela Concordata de 1940 e reafirmado pela Concordata de 2004 que a substituiu, na medida que não seja de todo incompatível com a Constituição, apenas pode existir como forma diferente de celebração do casamento”, admitindo assim, parece, que não só seria inconstitucional a “segunda modalidade”, como o seria até, porventura, a “primeira modalidade” do sistema de casamento civil facultativo. E a tese da inconstitucionalidade da legislação concordatária, quer o casamento católico se admita como instituto diferente do casamento civil, quer apenas como outra forma de celebração do casamento, foi defendida na nossa doutrina por Marques dos

²³¹ “1.O direito civil português reconhece a legislação canónica como fonte válida do direito matrimonial, sendo a transcrição do casamento católico uma condição legal da sua eficácia civil. 2. Não pertence ao foro civil a apreciação da validade ou nulidade do casamento católico (art.º 1625º, do CC), naturalmente, baseada em vícios originários do acto, irregularidades que impedem a formação (válida) do estado de “casado”. 3. A decisão definitiva (dos tribunais eclesiásticos) sobre a matéria, depois de revista e confirmada, nos termos do direito português, deverá ser averbada ao respectivo assento (cf. os art.ºs 1626º, n.º 1 e 1647º, n.º 3, do CC; 7º, n.º 3, do Código de Registo Civil e 16º da Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, celebrada em 18.5.2004). 4. Devendo constar do registo civil todos os actos que interessam ao estado e capacidade das pessoas (art.º 1º, do Código de Registo Civil), não obstará ao procedimento dito em 3. a simples circunstância de em data anterior à da sentença que declarou nulo o casamento católico, o mesmo casamento (transcrito) ter sido declarado dissolvido por divórcio. 5. O objecto ou finalidade do processo (de anulação e subsequente revisão e confirmação) não se cinge à mera cessação dos efeitos (civis) do casamento, após averbamento da decisão (de anulação do casamento católico) no registo civil – confirmado e registado o decidido pelas entidades eclesiásticas, ficarão a constar do Registo Civil os elementos necessários a uma adequada identificação/definição do estado dos cidadãos.” Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de maio de 2016, Proc. n.º 231/15.9YRCBR.C1, disponível em www.dgsi.pt

²³² O diploma foi objeto da Declaração de Retificação n.º 107/2007, de 27 de novembro, e das alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, Decreto-Lei n.º 247-B/2008, de 30 de dezembro, Decreto-Lei n.º 100/2009, de 11 de maio, Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, Lei n.º 7/2011, de 15 de março, Decreto-Lei n.º 209/2012, de 19 de setembro, e Lei n.º 23/2013, de 5 de março.

Santos”²³³. Já Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira defendem uma posição diferente: “A favor da tese da inconstitucionalidade do casamento católico (contra a qual parece estar, desde logo, o art. 36.^º, n.^º 2, *in fine*, CRep, que admite, implicitamente, várias formas de celebração do casamento), invocam-se o princípio da separação da Igreja, ou das Igrejas, do Estado (arts. 41.^º, n.^º 4, e 288.^º, al. c), CRep), o princípio da liberdade religiosa (art. 41.^º, n.^ºs 1 a 3) e ainda o da igualdade (art. 13.^º, n.^ºs 1 e 2), que não permite discriminações em razão da religião.

Quanto ao princípio da inconfessionalidade do Estado, cremos, porém, que não deve ele ser entendido de modo tão radical. Nem a lição do direito comparado abona esse entendimento. À parte alguns Estados muçulmanos, aquele princípio vale na generalidade das legislações, o que não impede que em muitas delas o casamento religioso seja admitido como forma de celebração do casamento, como acontece nos países anglo-saxónicos e escandinavos, na Grécia, no Brasil, etc.

Também não cremos que o sistema concordatário ofenda o princípio constitucional da liberdade religiosa. O que este princípio exige é que qualquer pessoa que professe um credo religioso possa celebrar casamento segundo os ritos da sua religião, e que, por outro lado, as pessoas que não professam qualquer credo não sejam obrigadas a celebrar casamento religioso; o princípio não exige que o casamento religioso seja reconhecido pelo Estado, em qualquer caso, como forma de celebração do casamento. E, assim, não vemos que o sistema de casamento civil obrigatório ofenda a liberdade religiosa dos católicos ou das pessoas que professem qualquer outro credo religioso (alguns escritores católicos têm opinião diferente), como não vemos em que é que o sistema de casamento civil facultativo, que permite aos católicos optarem pelo casamento civil ou pelo casamento católico, contrarie a liberdade religiosa reconhecida no art. 41.^º CRep (...)

O que pode dizer-se é que, concedendo essa opção aos católicos e só a eles, o sistema anterior à Lei da Liberdade Religiosa contrariava o princípio constitucional da igualdade, que exclui qualquer “privilégio” em função da religião; neste aspecto, a objeção de inconstitucionalidade era muito de ponderar. Isto embora recusemos, também, um entendimento maximalista do princípio da igualdade, segundo o qual, não podendo distinguir-se entre as numerosas religiões ou seitas

²³³ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 220.

existentes, que seriam todas iguais, e não podendo o Estado, obviamente, reconhecer o casamento celebrado segundo os ritos de qualquer delas, não poderia ele reconhecer nenhum casamento religioso, o que imporia a aceitação do sistema de casamento civil obrigatório, até por esta razão. Decerto que as religiões ou seitas são todas iguais no sentido de que deve ser permitido livremente o culto de qualquer delas (salvo eventuais restrições que a ordem pública possa impor), mas, como é óbvio, não têm todas o mesmo grau de organização nem a mesma relevância social. O princípio da igualdade não deve obrigar o Estado a tratar como igual o que é diferente; deve permitir-lhe escolher, embora a escolha possa oferecer dificuldades, as Igrejas a que se justifique, dado o seu grau de organização e a sua implantação social, estender o privilégio concedido à Igreja católica, reconhecendo igualmente, sob condições análogas, o casamento celebrado segundo os ritos dessas religiões (...)

Foi esta a orientação seguida em Portugal pela Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho), regulamentada, no respeitante ao casamento, pelo Decreto-lei n.º 324/2007, de 28 de setembro (...).

A Lei reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados por forma religiosa perante ministro do culto de qualquer igreja ou comunidade religiosa radicada no País (art. 19.º, n.º 1), qualificação (de igreja ou comunidade religiosa “radicada no País”) que deve ser atestada pelo Ministro da Justiça em vista do número de crentes e da história da existência da igreja ou comunidade em Portugal, e depois de ouvida a Comissão da Liberdade Religiosa, cujo regime consta do Decreto-lei n.º 308/2003, de 10 de dezembro²³⁴.

Partilhamos da opinião destes últimos autores, não julgando existir, desde a Lei da Liberdade Religiosa, qualquer fundamento para justificar a inconstitucionalidade do nosso sistema matrimonial.

III. O casamento no ordenamento jurídico português – igualdade e não discriminação em razão do sexo

A revisão constitucional de 2004 e a alteração da noção de casamento com a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio

²³⁴ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 221-224.

A Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho, acrescentou a “orientação sexual” às circunstâncias referidas no art. 13.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Contempla-se agora a proibição de alguém ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da orientação sexual. Esta introdução levantou a dúvida sobre se a heterossexualidade deveria deixar de ser condição de existência do casamento (art. 1628.º, al. e), do Código Civil), por se considerar inconstitucional vedar o acesso a esse direito a pessoas do mesmo sexo²³⁵.

No Acórdão n.º 359/2009 do Tribunal Constitucional, de 9 de julho, o tribunal considerou não haver inconstitucionalidade do art. 1577.º do Código Civil ao definir o casamento como um contrato entre pessoas de sexo diferente. Depois de uma análise de outros ordenamentos jurídicos sobre a matéria e da evolução da legislação em Portugal, concluiu, por maioria (com dois votos de vencido), que a CRP não impõe a configuração do casamento como um contrato entre pessoas do mesmo sexo, não acolhendo os argumentos invocados quanto à alegada violação do direito a contrair casamento e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como da violação da garantia de constituição e tutela da família²³⁶. Em todo o caso, o tribunal deixou a porta aberta para uma alteração legislativa na matéria, uma vez que não deixou de sublinhar que a questão em análise era a de saber se é imposta na CRP a configuração do casamento de forma a abranger as uniões entre pessoas do mesmo sexo e não a de saber se a CRP permitia o estabelecimento de um regime de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Essa mudança ocorreu com a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que, alterando o art. 1577.º do Código Civil, passou a definir o casamento como o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida. Em consequência, procedeu à alteração de algumas disposições legais (os arts. 1591.º e 1690.º do Código Civil) e revogou o art. 1628.º,

²³⁵ Sobre essa discussão e respetivos argumentos, v. Cristina Dias, “O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 371 e segs.

²³⁶ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html> (consultado a 17 de maio de 2019).

al. e), do Código Civil, que considerava inexistentes os casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo.

Como tal, desde esta Lei n.^o 9/2010, de 31/05, surge uma discrepância entre os casamentos civil e católico, na medida em que este será um compromisso entre um homem e uma mulher, e o casamento civil é, desde o diploma legislativo acima enunciado, um contrato entre duas pessoas, independentemente do seu sexo²³⁷.

Em matéria de união de facto, desde a Lei n.^o 7/2001, de 11 de maio (que, entretanto, sofreu algumas alterações, introduzidas pela Lei n.^o 23/2010, de 30 de agosto, pela Lei n.^o 2/2016, de 29 de fevereiro, pela Lei n.^o 49/2018, de 14 de agosto, e pela Lei n.^o 71/2018, de 31 de dezembro), a lei considera-a como a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos, atribuindo alguns dos efeitos jurídicos previstos para o casamento.

O primeiro diploma que regulou a união de facto entre nós, a Lei n.^o 135/99, de 28 de agosto, não reconhecia as uniões de facto homossexuais²³⁸. O art. 1.^º, n.^º 1, daquela lei, estabelecia que “*A presente lei regula a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de dois anos*”.

Só com a entrada em vigor da já referida Lei n.^o 7/2001, de 11 de maio, é que se passam a reconhecer e proteger também as uniões entre pessoas do mesmo sexo (“*A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos*.” –

²³⁷ Tal diferença reflete ainda a dissemelhança dos elementos essenciais de ambos. O casamento católico visa o *bonum prolis* (procriação e educação dos filhos); o *bonum fidei* (mútua fidelidade) e o *bonum sacramenti* (indissolubilidade) – v., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 199-200. Também a consumação do casamento assume relevância no casamento católico, sem que haja um paralelo no casamento civil (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 baptizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento;* Cân. 1056 — *As propriedades essenciais do matrimónio são a unidade e a indissolubilidade, as quais, em razão do sacramento, adquirem particular firmeza no matrimónio cristão.*) - Código de Direito Canónico).

Para Suárez Pertierra, a indissolubilidade “(...) *funciona como el elemento vertebrador de toda la estructura del vínculo canónico*” - Gustavo Suárez Pertierra [et. al.], *Derecho Matrimonial Comparado*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, p. 22.

²³⁸ Sem prejuízo de já existir, por exemplo, a Resolução do Parlamento Europeu aprovada em 8 de fevereiro de 1994, que incitava os Estados Membros a suprimir o tratamento desigual face aos homens e mulheres homossexuais. No ensejo dos diplomas internacionais contra a discriminação sexual, v., Teresa Coelho Moreira, *Igualdade e não discriminação*, Coimbra, Almedina, 2013, *passim*. Ainda, na senda dos textos europeus, v., Cristina Dias, «O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))», in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 369 e segs.

art. 1.º, n.º 1.) A equiparação não foi, porém, total. Apesar das alterações que a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, veio trazer à Lei da União de Facto (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio) a equiparação entre uniões de facto heterossexuais e homossexuais não foi plena²³⁹.

De acordo com o disposto no n.º 3 do art. 3.º, qualquer disposição em vigor tendente à atribuição de direitos ou benefícios fundados na união de facto é aplicável independentemente do sexo dos seus membros. Porém, até muito recentemente, o art. 7.º da mesma lei excecionava tal conceção ao não permitir a adoção entre unidos de facto homossexuais. A Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, veio acabar com essa impossibilidade prevendo o recurso à adoção por unidos de factos, independentemente do sexo.²⁴⁰

Ainda, a versão originária do n.º 1 do art. 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (diploma que regula a procriação medicamente assistida - PMA), vedava o acesso aos unidos de facto homossexuais – “Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.” (art. 6.º, n.º 1).²⁴¹ Porém, também em 2016, ocorreu uma alteração neste diploma (ainda que a equiparação continue a não ser total). Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 6.º daquela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com a redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto²⁴², podem recorrer à PMA: os casais de sexo

²³⁹ “Padece o nosso ordenamento de um claro preconceito homofóbico. Por mais que a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, tenha admitido o casamento de pessoas do mesmo sexo; por mais que a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, tenha admitido a União de Facto entre pessoas do mesmo sexo (...), a verdade é que se viveram largos anos de completo impedimento jurídico quanto ao acesso familiar relativamente a casais de pessoas do mesmo sexo” - Carlos Pamplona Corte Real, “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, in AAVV, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 115.

²⁴⁰ O atual art. 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio (com a alteração da Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro) dispõe que “Nos termos do atual regime de adoção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido a todas as pessoas que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adoção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adoção por pessoas não casadas”.

²⁴¹ “Dessarte, o legislador abriu o casamento à homossexualidade mas fechou-lhe a possibilidade da parentalidade, determinando a proscrição de os homossexuais assumidos recorrerem à filiação, seja através das técnicas de procriação medicamente assistida, seja da adoção [que agora aos soluções será admitida no texto na lei, mas, law in the books, não é law in action]” - Hugo Cunha Lança, “Procriação Medicamente Assistida”, Verbo Jurídico, 2016, disponível em www.verbojuridico.net, p. 5 [consultado em 7 de setembro de 2019].

²⁴² Em 2018, o Tribunal Constitucional declarou “(...) a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das seguintes normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho: dos n.os 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e, consequentemente, das normas dos n.os 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a

diferente ou casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges; e todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual²⁴³.

celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia; do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários; consequentemente, do n.º 7 do artigo 8.º; do n.º 12 do artigo 8.º; das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º; não declara a constitucionalidade das normas dos restantes artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mencionados no pedido; determina que os efeitos da declaração de constitucionalidade não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho” - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, publicado no Diário da República n.º 87/2018, Série I, em 7 de maio de 2018.

²⁴³ Esta foi umas das significativas alterações pela mão da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho. Até à entrada em vigor desta, só casais de sexo diferente (casados ou unidos de facto) podiam aceder a estas técnicas. Ou seja, o legislador baseava-se na biparentalidade biológica para justificar a restrição outrora existente. A este propósito Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª edição, Lisboa, Almedina, 2016, pp. 247 e segs. Carlos Pamplona Corte-Real a este respeito concluía pela “incompletude e a infelicidade jurídica” da solução legal, criticando “a notória dificuldade da nossa lei em superar o preconceito biologista, ou seja, a ideia perfeitamente ultrapassada de uma complementaridade heterossexual para um adequado exercício da função parental” - Carlos Pamplona Corte Real, “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, ob. cit., pp. 129.

Ainda a propósito da biparentalidade/monoparentalidade, é inegável a evolução que estas realidades têm vindo a sofrer, essencialmente no que concerne à sua aceitação social. “De facto, até há pouco tempo, as famílias monoparentais eram um acidente – resultado de mortes precoces ou das pequenas taxas de divórcio. (...) Ou seja, o aumento da monoparentalidade, fruto das altas taxas de divórcio, terá provavelmente modificado o modo como entendemos o conceito de ‘interessa da criança’, no âmbito da utilização das técnicas de reprodução assistida. E, porventura as consequências vão mais longe. De facto, no momento em que se abandona a imitação da natureza e a biparentalidade tradicional, e entendemos que a monoparentalidade não prejudica a criança, então as sociedades ficam abertas para admitir variações da monoparentalidade” - Guilherme de Oliveira, “Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do ‘Panjurisme’ iluminista ao ‘fragmentarische charakter’)\”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, Coimbra, 2013, p. 18.

Note-se que o instituto da adoção já vinha permitindo a adoção singular e alguns autores invocavam este facto como fator de incongruência face à ‘biparentalidade’ exigida no entorno da PMA. Todavia, alguma doutrina foi rejeitando estas comparações, entendendo que “Isto é, dado que a adopção não é tanto um instituto concebido para encontrar um filho para uma família, mas sobretudo para dar uma família ao adoptando, de acordo com o seu superior interesse, permanecerá como uma solução para um problema verdadeiramente existente, pois a criança já vive, reclamando o amor de uma família. Diversamente, em caso de recurso a técnicas de PMA, a criança ainda não foi concebida, pelo que o legislador se encontra em posição de determinar o ideal âmbito de aplicação subjectivo das mesmas, sem as pressões advinentes da existência de uma criança ‘orfã’ e vulnerável” - Marta Costa/Paula Martinho da Silva, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 32. Para um estudo aprofundado sobre os beneficiários destas práticas, cfr., *Idem*, pp. 25 e segs. Ainda assim, a equiparação não é total pois só se admite que as mulheres homossexuais recorram à PMA e não os homens. Tal deve-se ao carácter excepcional que o nosso legislador quer continuar a imprimir à gestação de substituição.

Sobre a PMA na união de facto, v., Rossana Martingo Cruz, *União de facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 398 e segs.

Em Portugal, até 2010, a única proteção concedida aos casais homossexuais era a que constava na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. Tal só foi alterado com a entrada em vigor da supra mencionada Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo^{244 245}.

Deste modo, durante vários anos a união de facto era o único acolhimento jurídico para a convivência “more uxorio” do mesmo sexo em Portugal, sendo, por isso, um importante marco legal na efetivação dos direitos dos homossexuais.

Hoje em dia, neste domínio, o nosso ordenamento é um exemplo a seguir, permitindo uma escolha livre para os casais (se preferem optar pelo casamento ou pela união de facto), não podendo, por isso, dizer-se que há qualquer violação do princípio da igualdade e da não discriminação em razão do sexo em matéria do acesso ao casamento.

IV. O casamento no ordenamento jurídico português – diversidade cultural e étnica e idade núbil

Como já mencionámos, a celebração do casamento exige capacidade matrimonial, que não existirá caso se verifique algum dos impedimentos

²⁴⁴ Para evolução dos trabalhos parlamentares desta lei, v., João Cura Mariano, “O Direito de Família na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português – Uma breve crónica”, *Julgat*, n.º 21, 2013, pp. 34-35. A este propósito, v. ainda, Cristina Dias, “O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))”, *ob. cit.*; pp. 353 e segs.; Paulo Pulido Adragão, “Casamento: entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pp. 527 e segs.; Duarte Santos, *Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 (anterior à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio); Ivo Miguel Barroso, “A heterossexualidade como característica ‘sine qua non’ do conceito de casamento, à luz do ‘ius cogens’”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, 2013, pp. 27 e segs.; e “Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um ‘direito fundamental’ à medida da lei ordinária?”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 57 e segs.; José de Oliveira Ascensão, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 71, vol II, abr.-jun., 2011, pp. 391 e segs.

²⁴⁵ Para uma perspetiva da diversidade de sexos no casamento ainda antes do atual Código Civil: “É evidente que, sendo a procriação um dos fins principais do casamento, ou, pelo menos, a moralização do instinto sexual, ele não deve poder ser contraído entre pessoas do mesmo sexo. Contra isto poderia dizer-se que a procriação pode não ser o fim do casamento, pois que a lei não marca um limite máximo de idades além das quais ele seja proibido, e é ponto científicamente demonstrado que, além de certa idade, é impossível a procriação. Apesar disso, não pode a diversidade de sexos deixar de considerar-se requisito essencial do casamento, pois admitir o contrário seria ir contra a sua índole própria” - Fernando Andrade Pires de Lima e Guilherme Braga da Cruz, *Direitos de família*, vol. I *Constituição do estado de casado*, 3^a ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1949, p. 42.

a contrair casamento previstos na lei (arts. 1600.^º e segs.). Um dos impedimentos dirimentes, que obstam ao casamento e que conduzem à sua anulação caso venha a celebrar-se, é o da celebração por menor de 16 anos. A admissibilidade de uniões envolvendo menores de 16 anos por certas culturas e/ou etnias exige que se analise este impedimento da idade núbil²⁴⁶ do ponto de vista da diversidade cultural e étnica e as implicações que tais uniões acarretam do ponto de vista jurídico.

Não temos dúvidas quanto à anulação de um casamento celebrado por quem tenha menos de 16 anos (arts. 1627.^º e 1631.^º, al. a)). Nos termos do art. 1639.^º, têm legitimidade para propor a ação ou prosseguir nela os cônjuges ou qualquer parente deles na linha reta ou até ao 4.^º grau da linha colateral, bem como os herdeiros e adotantes dos cônjuges e o Ministério Público (n.^º 1); o tutor do menor também pode intentar a ação de anulação ou continuá-la (n.^º 2).

Em relação aos prazos para arguição da anulabilidade rege o art. 1643.^º. Se a ação for proposta pelo próprio menor deve sê-lo até seis meses depois de atingir a maioridade. Caso seja proposta por outra pessoa deve a anulação ser requerida dentro dos três anos seguintes à celebração do casamento, mas nunca depois da maioridade (n.^º 1, al. a)).

Pode a anulabilidade ser sanada, convalidando-se o casamento desde a data da celebração, se antes de transitar em julgado a sentença de anulação o menor confirmar o casamento perante o funcionário do registo civil e duas testemunhas, depois de atingir a maioridade (art. 1633.^º, n.^º 1, al. a)).

O principal problema é que, na verdade, estas uniões não configuram um casamento devidamente formalizado, seguindo apenas os ritos próprios de uma dada cultura ou etnia. Assim, não existe qualquer casamento (v., art. 1628.^º). Mas julgamos, e sem prejuízo da resposta do ordenamento jurídico no âmbito penal, que não analisaremos aqui, que se impõe uma atuação para proteção da criança ao abrigo da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP).

Nos termos do art. 3.^º da LPCJP, a criança está numa situação de perigo perante uma situação de facto que ameace a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento. O perigo pode resultar de ação ou omissão dos pais, representante legal, ou de quem tem a guarda de facto da criança ou do jovem, que a colocam numa situação de perigo, ou de ação ou omissão de

²⁴⁶ “[A]quela idade mínima que indica suficiente maturidade física e psíquica e que a lei exige para que se possa celebrar casamento válido” (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 294).

terceiros ou da própria criança, a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo.

Por seu lado, o n.º 2 do referido artigo, exemplifica algumas situações em que a criança estará numa situação de perigo. São os casos de a criança estar abandonada ou viver entregue a si própria, ser vítima de maus tratos físicos ou psíquicos ou ser vítima de abusos sexuais, não ter os cuidados ou a afeição adequados à sua idade, ser obrigada a atividades ou trabalhos excessivos/inadequados, estar sujeita a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança/equilíbrio emocional ou, ainda, ter comportamentos, atividades ou consumos que afetem a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento.

A Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, incluiu neste elenco do n.º 2 a nova alínea *d*), ou seja, a criança ou o jovem está em perigo quando está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais. Isto significa que para se verificar a legitimidade da intervenção nestes casos exige-se que os pais não exerçam as suas funções parentais e que se verifique a permanência da criança ou do jovem ao cuidado de terceiros durante tempo suficiente para se registrar o estabelecimento de uma forte relação de vinculação (e não uma qualquer relação de vinculação).

Por sua vez, a Lei n.º 26/2018, de 5 de julho, acrescentou uma al. *h*) no mesmo n.º 2: a criança estará em perigo se tem nacionalidade estrangeira e está acolhida em instituição pública, cooperativa, social ou privada com acordo de cooperação com o Estado, sem autorização de residência em território nacional.

A situação de uma criança que é obrigada a casar enquadra-se numa das situações de perigo: é vítima de maus tratos psíquicos ou pode até ser vítima de abusos sexuais, e está sujeita a comportamentos que afetam gravemente a sua segurança/equilíbrio emocional. Tais factos ameaçam a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento.

O art. 69.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) reconhece às crianças o direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na

família e nas demais instituições. A atuação das diversas entidades com competência para agir ao abrigo da LPCJP visa tal objetivo.

O funcionamento do sistema de promoção dos direitos e de proteção de crianças e jovens exige uma rede de comunicações entre as várias entidades referidas. Prevê, por isso, a LPCJP, nos arts. 64.^º e segs., as comunicações das situações de perigo pelas autoridades policiais e judiciárias e pelas entidades com competência em matéria de infância e juventude às comissões de proteção, as comunicações das comissões de proteção ao Ministério Público (quando a atuação interventora da comissão não atingiu o objetivo pretendido e, por isso, se impõe a intervenção judicial), bem como a comunicação das situações de perigo por qualquer pessoa às entidades com competência em matéria de infância e juventude, às entidades policiais, às comissões de proteção ou às autoridades judiciárias .

Os princípios de intervenção previstos no art. 4.^º da LPCJP são a materialização do princípio previsto no art. 69.^º da CRP em matéria de intervenção do Estado e da sociedade.

Prevê, assim, o art. 4.^º os princípios que devem nortear a atuação ativa de todas as entidades que desenvolvam as suas atividades em torno de crianças e jovens.

Qualquer intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto (art. 4.^º, al. a)).

O art. 3.^º da Convenção sobre os Direitos da Criança impõe também o respeito pelo “superior interesse da criança”. O interesse da criança constitui um conceito indeterminado permitindo ao juiz, com alguma discricionariedade, bom senso e razoabilidade, o seu preenchimento em cada caso concreto, atendendo ao grau de desenvolvimento psicossocial da criança.

A intervenção deve ser conduzida por forma a respeitar a intimidade, o direito à imagem e reserva da vida privada da criança e do jovem (art. 4.^º, al. b)), o que, aliás, decorre do art. 16.^º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Este princípio da privacidade deve funcionar como limite e parâmetro de atuação de qualquer entidade.

A intervenção deve também efetuar-se logo que a situação de perigo seja conhecida (art. 4.º, al. c)). Este princípio da intervenção precoce preconiza uma intervenção em tempo útil, simultânea do conhecimento da situação de perigo, evitando a criação de raízes de difícil destruição. Daí a possibilidade de intervenção imediata nas situações de urgência (arts. 91.º e 92.º) e a importância do dever de comunicar as situações de perigo pelas autoridades policiais e judiciárias (art. 63.º), pelas entidades com competência em matéria de infância e juventude (art. 65.º) ou por qualquer pessoa (art. 66.º).

Em ligação com o princípio da intervenção precoce, o princípio da intervenção mínima preconiza uma intervenção levada a cabo exclusivamente pelas entidades e instituições (as entidades com competência em matéria de infância e juventude, as comissões de proteção e os tribunais) cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do jovem em perigo (art. 4.º, al. d)). O objetivo é o de evitar intervenções excessivas e a sobreposição de entidades, públicas ou privadas, na vida da criança e da sua família.

A intervenção deve ainda ser a necessária e a adequada à situação de perigo em que a criança ou o jovem se encontra no momento em que a decisão é tomada e só pode interferir na sua vida e na da sua família na medida do que for estritamente necessário a essa finalidade (princípio da proporcionalidade e atualidade – art. 4.º, al. e)). Qualquer intervenção implica uma restrição dos direitos pessoais fundamentais do menor e da sua família. Por isso, a lei impõe que ela deve ser necessária e adequada à remoção do perigo em que o menor se encontra. Não existindo a situação de perigo ou se este deixar de subsistir deve o processo ser arquivado (art. 111.º)²⁴⁷. Como manifestação do princípio da proporcionalidade pode

²⁴⁷ O princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso, subdivide-se em três princípios cujo preenchimento cumulativo é essencial para que o seu conteúdo se materialize: princípio da adequação (para a prossecução dos fins visados, ou seja, a intervenção deve ser apta para e conforme os fins justificativos da sua existência); princípio da exigibilidade ou da necessidade (a intervenção deve ser o meio mais eficaz e menos oneroso para os restantes direitos, liberdades e garantias, isto é, para a promoção e proteção dos direitos de crianças e jovens não era possível adotar outro meio a não ser a intervenção); e princípio da proporcionalidade em sentido restrito (a intervenção deve ser na exata e justa medida do fim de promoção e proteção dos direitos das crianças e jovens em perigo). V., Manuel Monteiro Guedes Valente/Nieves Sanz Mulas, *Direito de Menores/Derecho de Menores*, Lisboa, Âncora Editora, 2003, p. 69, e J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 264 e 265.

Por sua vez, o princípio da atualidade exige que a intervenção seja atual com a situação que provocou a ação de promoção e proteção, de forma a assegurar o efeito útil da mesma. Se a intervenção não for em tempo útil não se conseguem alcançar os objetivos visados, tornando-se inadequada, desnecessária e intolerável. V., Manuel Monteiro Guedes Valente/Nieves Sanz Mulas, *ob. cit.*, pp. 70 e 71.

destacar-se, entre outros, o art. 34.^º que estipula as finalidades das medidas de promoção e proteção, que consistem, única e exclusivamente, na proteção da criança ou do jovem em perigo, assim como o art. 60.^º que impõe que as medidas não tenham uma duração superior a um ano, prorrogando-se no interesse da criança. Por seu lado, o art. 91.^º é a concretização do princípio da atualidade, regulando os procedimentos urgentes na ausência de consentimento.

O princípio da responsabilização parental (art. 4.^º, al. *f*) realça o papel fulcral dos pais na formação e desenvolvimento da criança. A intervenção deve, assim, ser orientada, sempre que possível, no sentido de os pais assumirem os seus deveres para com os filhos, o que, aliás, decorre também do art. 18.^º, n.^º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Na al. *g*) do art. 4.^º regula-se o princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas, ou seja, a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmônico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante (mantendo-se as relações e vínculos de proximidade e afetividade com aqueles que asseguram proteção e segurança à criança ou ao jovem).

Na promoção dos direitos e na proteção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem em família, quer na sua família biológica, quer promovendo a sua adoção ou outra forma de integração familiar estável (princípio da prevalência da família – art. 4.^º, al. *h*). Dá-se, assim, relevo à integração da criança ou do jovem numa família (seja ela qual for, ou seja, a família biológica, a adotiva ou até a família de acolhimento) e não apenas na sua família, como resultava da redação anterior desta alínea.

Este princípio impõe a preferência na adoção de medidas que não impliquem o afastamento dos pais ou da família da criança, em detrimento das medidas de colocação familiar ou residencial. Sempre que possível deve visar-se a proteção da criança ou jovem dentro do seu seio familiar. É o que decorre do art. 9.^º, n.^º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança. Não sendo possível a manutenção ou integração da criança na família, e considerando que é a resposta mais adequada e a que melhor satisfaz os interesses da criança ou do jovem, por ser a que mais se aproxima da sua família natural, deve optar-se pela medida que promova a sua adoção. Constitui direito fundamental de toda a criança desenvolver-

se numa família, seja natural ou adotiva. De facto, se a criança tem uma família que quer assumir as suas funções parentais, de forma satisfatória, ainda que com apoios da comunidade, há que aplicar a medida de apoio junto dos pais ou de outro familiar (art. 35.º, al. a) e b)). A criança não deve, por regra, ser separada, ainda que temporariamente, da sua família, a não ser em caso de absoluta necessidade. Mas não existindo esta família ou, no caso de existir, não assegurar de forma adequada a promoção dos direitos e a proteção da criança, há que encontrar uma família alternativa, optando-se pela confiança a pessoa selecionada para a adoção (art. 35.º, al. g)).

A obrigatoriedade da informação constitui outro dos princípios previstos no art. 4.º (al. i)). A criança ou o jovem, os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a guarda de facto do menor devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que justificam a intervenção e da forma como esta se processa. Procurando-se tornar transparente todo o processo de intervenção permite-se estabelecer um travão aos abusos e ao exercício da intervenção. Várias são as disposições que concretizam este princípio, sendo de destacar o art. 9.º, ao exigir o consentimento expresso dos pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto (o que implica que estejam informados quanto aos seus direitos, as causas e motivos da intervenção), o art. 10.º, ao exigir a não oposição da criança ou jovem com idade igual ou superior a 12 anos, os arts. 84.º e 85.º, etc.

A criança ou o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção e proteção (princípio da audição obrigatória e da participação – art. 4.º, al. j)). Não poderá existir uma decisão relativa a uma criança ou jovem sem que aqueles sejam ouvidos e sem que partilhem da decisão, para que se alcance um acordo capaz de promover os seus direitos e de os proteger da situação de perigo em que se encontram. Por isso, a adoção das medidas não judiciais exige um acordo de promoção e proteção (arts. 55.º e segs.).

Prevê ainda no art. 4.º, al. k), o princípio da subsidiariedade, ou seja, a intervenção deve ser efetuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria da infância e juventude, pelas comissões de proteção e, em última instância, pelos tribunais. Só quando a intervenção do técnico, da instituição ou da comissão de proteção se revelarem insuficientes, não sendo possível uma solução

consensual ou por falta de meios, haverá uma intervenção judicial (arts. 11.^º, 68.^º e 98.^º, n.^º 4). A intervenção deve partir da entidade mais próxima do menor e a atuação do tribunal deve ser a *ultima ratio* na intervenção. Se a promoção dos direitos e a proteção da criança é assegurada sem a intervenção dos tribunais então não deverá sujeitar-se a criança a um processo judicial.

Atendendo às situações que legitimam a intervenção (art. 3.^º), determina o art. 34.^º que as medidas de promoção e proteção visam afastar o perigo em que a criança e o jovem se encontram, proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral e, tratando-se de crianças e jovens vítimas de qualquer forma de exploração ou abuso, garantir a sua recuperação física e psicológica.

De modo inverso, não se justifica a aplicação de qualquer uma das medidas se não existir esse perigo (determinando-se o arquivamento do processo, nos termos dos arts. 98.^º e 111.^º).

As medidas de promoção e proteção estão taxativamente fixadas no art. 35.^º: apoio junto dos pais (arts. 39.^º, 41.^º e 42.^º), apoio junto de outro familiar (arts. 40.^º a 42.^º), confiança a pessoa idónea (art. 43.^º), apoio para a autonomia de vida (art. 45.^º), acolhimento familiar (arts. 46.^º a 48.^º), acolhimento residencial (arts. 49.^º a 54.^º e 58.^º) e confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista a futura adoção (arts. 38.^º-A e 62.^º-A).

Como pode ler-se no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.03.2012²⁴⁸, pronunciando-se sobre a eventual existência de uma situação de perigo perante o abandono escolar de uma criança da etnia cigana, a “exposição de motivos da LPCJP remete-nos, desde logo, para a necessidade de proteger as crianças e jovens com dificuldades nos seus processos de desenvolvimento e crescimento, traduzindo preocupações de prevenção e protecção no sentido de evitar situações de perigo que possam conduzir ao desenvolvimento de condutas marginais ou desconformes aos valores fundamentais da vida em comunidade.

²⁴⁸ “I - A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças tutela direitos que no caso vertente são antagónicos e o mesmo acontece com a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. II - Entre a recusa dos progenitores relativamente à frequência da escola pela menor no contexto da sua organização cultural, e o interesse da mesma menor em cumprir (pelo menos) o período de escolaridade obrigatória deve prevalecer este último. III - Para se conseguir o escopo pretendido há que realizar um trabalho pedagógico junto dos pais da menor, sendo a medida adequada para esse fim a prevista no artº35º nº1 a) da LPCJP.” – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de março de 2012, Proc. n.^º 783/11.2TBBRR.L1-1, disponível em www.dgsi.pt.

O conceito jurídico de crianças e jovens em perigo é exigente e está consubstanciado, designadamente, num dos factores previstos nas als. a) a f) do n.º 2 do art. 3.º da LPCJP, não se bastando com a verificação de um risco, e remete-nos para um nível elevado de gravidade que legitima a intervenção do Estado na vida das crianças e jovens e na sua família (...).

No caso em apreço, os pais da menor A fundamentam a sua recusa na continuação da escolaridade em razões culturais.

A decisão sobre a necessidade e proporcionalidade da intervenção judicial ao abrigo da LPCJP implica a ponderação dos interesses em jogo.

Com efeito, de um lado temos o direito à educação, orientado pelos princípios gerais constantes do n.º 2 da Lei nº 46/86, de 14 de Outubro, que impõe uma escolaridade mínima obrigatória, com os objectivos consagrados no art. 7.º da mesma Lei, os quais têm em vista assegurar progressivamente o exercício desse direito na base da igualdade de oportunidades.

Por outro lado, deparamo-nos com o direito dos pais à educação e à manutenção dos filhos, constitucionalmente consagrado no art. 36.º, n.º 5, e com os direitos garantidos pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças como sejam o direito à identidade – art. 8.º, o direito a não ser separado dos seus pais contra a vontade destes – art. 9.º, o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de religião – art. 14.º - e o direito a não ser privada do direito de, conjuntamente com os membros do seu grupo, ter a sua própria vida cultural.

Feito o levantamento dos interesses em questão, há que ponderá-los à luz dos princípios orientadores de intervenção consagrados no art. 4.º da LPCJP.

Atendendo à idade de A - 14 anos de idade - e à vontade manifestada pelos progenitores de a mesma não ser sujeita a qualquer tipo de intervenção, e aos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e actualidade, da responsabilidade parental e da prevalência da família, afigura-se-nos que corresponde ao interesse superior da criança a não intervenção.

Concluímos pela não verificação dos pressupostos que legitimam a intervenção judicial com a consequente desnecessidade de aplicação de qualquer medida de promoção e protecção”.

No caso da celebração de “casamento” por crianças da etnia cigana diremos que está em causa, além dos interesses mencionados, interesses de ordem pública (interesses eugénicos, morais e sociais).

A celebração de casamento por parte de menores de 16 anos implica que a criança/jovem fique numa situação de desproteção, ainda que possa assentar numa diversidade de valores próprios da origem do agregado familiar.

O referido acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa refere ainda que “as realidades sociológicas não são estáticas e não é aceitável que a justificação para a menor deixar de frequentar o ensino obrigatório seja a preservação da sua ‘pureza’ ”.

Há que explicar aos pais da menor que uma coisa não exclui a outra e que a escolaridade obrigatória visa defender as crianças e os jovens, evitando que entrem prematuramente no mercado de trabalho com prejuízo para ao seu normal desenvolvimento psicossocial.

Esse trabalho pedagógico deve ser exercido junto dos pais da menor.

A medida adequada a esse fim é a prevista no art. 35.º, n.º 1, a), da LPCJP:

- Apoio junto dos pais para que compreendam a necessidade da menor concluir a escolaridade obrigatória”.

Julgamos ser de aplicar, com as devidas adaptações, o mesmo argumento no caso de “casamento” de menor de 16 anos de etnia cigana.

Bibliografia citada

ADRAGÃO, Paulo Pulido, “Casamento: entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pp. 527 e segs.;

ASCENSÃO, José de Oliveira, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 71, vol II, abr.-jun., 2011, pp. 1 e segs..

- BARROSO, Ivo Miguel, “A heterossexualidade como característica ‘sine qua non’ do conceito de casamento, à luz do ‘ius cogens’”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, 2013, pp. 27 e segs.;
- BARROSO, Ivo Miguel, “Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um ‘direito fundamental’ à medida da lei ordinária?”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 53 e segs.;
- CANOTILHO, J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 1999
- COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.^a ed., 2016
- CORDEIRO, António Menezes, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal”, *Revista da Ordem dos Advogados - ROA*, 2012 , Ano 72, nº 1, pp. 45 e segs.
- CORTE REAL, Carlos Pamplona, “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, in AAVV, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016
- COSTA, Marta/SILVA, Paula Martinho da, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011
- CRUZ, Rossana Martingo, *União de facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019
- DIAS, Cristina, “O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 353 e ss
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A conveniência da revogação dos artigos 1589.^º, n.º 2, e 51.^º, n.º 3, do Código Civil – algumas reflexões”, in AAVV, *Juris et de Jure: Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Porto, 1998, pp. 83 e segs.
- LASARTE, Carlos, *Derecho de Familia – Principios de Derecho Civil VI*, 11^a, Marcial Pons, 2012
- LIMA, Fernando Andrade Pires de/CRUZ, Guilherme Braga da, *Direitos de família*, vol. I *Constituição do estado de casado*, 3^a ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1949
- MARIANO, João Cura, “O Direito de Família na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português – Uma breve crónica”, *Julgars*, n.º 21, 2013, pp. 27 e segs.
- MOREIRA, Teresa Coelho, *Igualdade e não discriminação*, Coimbra, Almedina, 2013

- OLIVEIRA, Guilherme de, “Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do ‘Panjurisme’ iluminista ao ‘fragmentarische charakter’)\”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, Coimbra, 2013, pp. 5 e segs.
- PERTIERRA, Gustavo Suárez [et. al.], *Derecho Matrimonial Comparado*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005
- SANTOS, Duarte, *Mudam-se os tempos mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes/MULAS, Nieves Sanz, *Direito de Menores/Derecho de Menores*, Lisboa, Âncora Editora, 2003
- VARELA, Antunes/LIMA, Pires, *Código Civil Anotado*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1992

**REVISTA DE
DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES
RDFAS**

Ano 6 • vol. 19 • jan.-mar. / 2019

MEMÓRIA

NULLIDADE DAS DOAÇÕES Á CONCUBINA

Alvino Lima²⁴⁹

Em face dos dispositivos expressos dos artigos 248 n. IV e 1177 do Código Civil, nullas são as doações feitas pelo marido á sua concubina ou do cônjuge adúltero ao seu cúmplice.

Mas, em se tratando de bens immoveis, a doação feita á concubina é nulla pela falta de outorga uxoria, nos termos do cit. art. 248 n.º II do citado Código. Desnecessária seria, pois, a referencia feita pelo legislador, no art. 248 n. IV, á nullidade das doações de bens immoveis á concubina, porquanto a hypothese ficara prevista no dispositivo do n. II do mesmo artigo.

Entretanto, parece-nos, que o facto de ter o legislador declarado, expressamente, no art. 1177 cit., que a mulher pode annullar a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, reportando-se ao dispositivo do art. 248 n. IV, creou uma hypothese diversa que autoriza a annullação da doação, ainda que a mulher tenha outorgado o seu consentimento.

A these, pois, que constitue objecto do presente estudo, é a seguinte: — Pode a mulher annullar a doação feita á concubina de seu marido, mesmo que tenha consentido?

Commentando o dispositivo do art. 1177 cit., CARVALHO SANTOS ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. 16, pag. 419), com apoio em C U N H A GONÇALVES e DIAS FERREIRA, declara que a mulher não pode annullar a doação á concubina, uma vez que tenha concordado expressamente, por não se tratar de uma nullidade de ordem publica.

A nós se nos afigura que a nullidade é substancial, por se tratar de matéria de interesse publico, podendo a mulher annullar a doação e reivindicar os bens doados.

Varias são as razões jurídicas que justificam a nossa asserção:

a) Nos termos do art. 82 do Código Civil, a validade do acto jurídico depende de ser lícito o seu objecto, sob pena de nullidade, nos termos do art. 145 n.

²⁴⁹ Texto publicado originalmente em: Lima, Alvino. (1937). Nullidade das doações á concubina. *In Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 33(2), 321-325. Recuperado de <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65802>>

II do cit. Código. A expressão "objecto" não é tomada somente no sentido restricto de causa material, mas no sentido amplo, abrangendo os motivos da prestação ou do acto; o objecto ilícito encerra também o que é contrario aos bons costumes (vide C. SANTOS, obr. cit., vol. III, pag. 236; ESPINOLA, "Factos Jurídicos", ed. P. Lacerda, vol. IK, parte IV, pag. 474).

Não é necessário fixar o conceito do que seja — bons costumes — , nem entrar em divagações theoricas sobre a matéria, que tanto se presta ao torneio das doutrinas (vide a respeito a obra de ZENO OPREA — "Essai sur la notion de bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand"), para se afirmar que a doação á concubina fere os bons costumes, e, consequentemente, encerra um objecto ilícito.

Mas, ao afirmar que o objecto é ilícito, quando o são os motivos da prestação ou do acto, esbarramos na objecção dos defensores da theoria clássica da causa:

A causa nas doações puras é tão somente o desejo de praticar uma liberalidade; ora, tal desejo não pode ser immoral, e, consequentemente, impossível seria annullar uma doação sob o fundamento de ser ilícito o seu objecto (vide CAPITANT, "De la cause dans les obligations", n. 34).

A theoria clássica da causa cede, entretanto, o seu posto, no direito civil moderno, á theoria da causa impulsiva e determinante, na qual os motivos particulares individuaes e adventicios, determinativos do acto jurídico, são tomados em consideração (vide JOSSERAND "Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé", ns. 123 e seguintes).

Foi, sob a influencia desta nova doutrina, que a jurisprudência francesa, na ausênciade um texto expresso prohibitivo das doações á concubina, fixou a nullidade de tais doações, em virtude de sua causa ilícita (vide BONNECASE "Supplement" ao "Tr. de droit civ." de BAUDRY, vol. II, ns. 564 e segs.; PIERRE GUINARD "Les effects juridiques de l'union libre en jurisprudence", n. 24). Mesmo, porém, que se defende, como expressão da verdade jurídica, a theoria clássica da causa, como o faz JEAN DABIN ("La theorie de la cause", n. 263), collocando a questão sob o terreno da convenção ilícita, tendo, ao lado da causa-intenção liberal, outra, que é a ilicitude (BUFNOIR), a doação á concubina é nulla, por ser ilícito o seu objecto.

A despeito da opinião em contrario e valiosa de FERRARA ("Teoria dei negozio illecito", 2.a ed., n. 81), a doutrina dominante condena como immoral a doação á concubina (vide PLANIOL-RIPPERT-TRASBOT. "Donations et Testaments", n. 266; — ADOLPHO COTTINO, "Le Donazioni", n. 10; — RIPPERT, "La règle morale dans les obligations civiles", n. 25).

b) O preceito prohibitivo das doações á concubina não visa tão somente o interesse privado; é, sem duvida, preceito de ordem publica.

Não é possível, como confessa LIENHARD ("Le role et la valeur de Tordre public"), dar u m conceito preciso de leis de ordem publica, nem fixar sua classificação; o melhor critério é determinal-as ou classifical-as em cada um dos ramos do direito.

Entretanto, é verdade incontestável, que os preceitos jurídicos protectores da organisação e da estabilidade da família não interessam somente aos particulares, mas affectam o interesse publico, a própria organisação social.

O casamento, como associação conjugai, visa u m fim essencial, que ultrapassa os próprios cônjuges; os dispositivos legaes que impõem aos cônjuges deveres e obrigações não podem ser derogados pela vontade individual. Uns, visando a própria estabilidade da família, affectam a associação dos bens do casal, prohibindo a sua disposição a arbítrio pessoal de qualquer dos cônjuges. Dentre estes, quer pela sua significação econômica, em face da família legal, quer pelo seu aspecto moral, avulta, justamente, a proibição das doações á concubina. Prohibir a delapidação deste patrimônio, tanto quanto possível, é proteger a permanência da família, garantir a sua estabilidade, satisfazer seus fins, protegendo, portanto, u m dos máximos interesses de ordem publica. Mas não é só visando o lado patrimonial que aquella proibição legal acautela um interesse de ordem publica. O lado moral é, sem duvida, preponderante.

A proibição legal é uma condenação formal á união livre; visa proteger a família legal annullando todos os actos que favoreçam a família illegal, de maneira a não permittir que se pague "o salário dos vicios" (vide HENRI SIMONNET "Le mariage et l'union libre", conferêncie publicada no volume "Le maintien et la défense de la famille par le droit" — REC. SIREY — 1930).

Ora, se o motivo preciso do caracter imperativo de uma regra jurídica constitue, na lição LIENHARD, O critério para se determinar se ha u m

interesse de ordem publica, não há negar-se que a proibição das doações ás concubinas não visa somente o interesse privado, mas também o interesse publico.

E' de se ponderar que, desviando desta forma o patrimônio da familia legitima para a illegitima, são prejudicados os filhos legítimos em proveito dos ilegitimos, que passarão a ser, na realidade, verdadeiros herdeiros, com manifesta fraude á lei. A condição preliminar da sancção da fraude á lei consiste em attingir resultados equivalentes aos que a lei proscreveu (vide ALEXANDRE LIGEROPOLLO, "Le problème de la fraude à la loi", n. 42).

A doação á concubina, maximé quando na mesma se estipula a favor da concubina o usofructo, pertencendo a propriedade aos seus filhos, é um reconhecimento indirecto de filhos adulterinos, aos quaes se confere, fraudulentamente, uma verdadeira successão aos bens do pae illegitimo.

Do exposto concluímos que as doações á concubina não só contêm um objecto illicito, como a sua proibição encerra um preceito de ordem publica.

Nullas são, consequentemente, as doações á concubina, ainda que a mulher tenha dado sua outorga, nos termos dos artigos 82 e 145 do Código Civil, pois a outorga uxoria não expurga o acto de seu vicio de origem, da sua illicitude.

O direito não pode dar validade ao acto jurídico, como ensina BEVILÁQUA, se o seu objecto fôr offensivo da moral ou das leis de ordem publica. Conhecendo de doações desta natureza e uma vez impugnada a sua validade, o julgador, ex-vi do disposto no art. 146 § único do Cod. Civil, deve annullar o acto jurídico.

Digam melhor os doutos, mas não me parece outra a solução em face da lei positiva e dos princípios jurídicos reguladores da matéria.

REVISTA DE
DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES
RDFAS

Ano 6 • vol. 19 • jan.-mar. / 2019

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

**MULTRIPARENTALIDADE E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA
CRIANÇA – COMENTÁRIOS AO RESP Nº 1.674.849²⁵⁰**

Letícia Góes Braga

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

leticiagoesbraga@gmail.com

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENDI DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO. 1. O propósito recursal diz respeito à possibilidade de concomitância das paternidades socioafetiva e biológica (multiparentalidade). 2. O reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico (ADI n. 4.277/DF). 3. Da interpretação não reducionista do conceito de família surge o debate relacionada à multiparentalidade, rompendo com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente. 4. Apreciando o tema e reconhecendo a repercussão geral, o Plenário do STF, no julgamento do RE n. 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJe de 24/8/2017, fixou a seguinte tese: 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; 5. O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é

²⁵⁰ Como citar este artigo: BRAGA, Letícia Góes. Multiparentalidade e o princípio do melhor interesse da criança – comentários ao REsp nº 1.674.849. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodoreto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 189-201.

uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, principalmente em um processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho. 6. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade na hipótese em questão, pois, de acordo com as provas carreadas aos autos, notadamente o estudo social, o pai biológico não demonstra nenhum interesse em formar vínculo afetivo com a menor e, em contrapartida, o pai socioafetivo assiste (e pretende continuar assistindo) à filha afetiva e materialmente. Ficou comprovado, ainda, que a ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que se vale da criança para conseguir atingir suas pretensões. 7. Ressalva-se, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. 8. Recurso especial desprovido. (STJ, Resp nº 1.674.849, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/04/2018)

a) Acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de recurso especial interposto por A C V D, fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, em contrariedade ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. FILIAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. ART. 1.614 DO CCB. REPRESENTAÇÃO DE TITULAR DE DIREITO PERSONALÍSSIMO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIAFETIVA. PREVALÊNCIA, NO CASO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. A genitora de filha menor detém legitimidade para representá-la em ação que, com fundamento no art. 1.614 do CCB, visa a desconstituir paternidade assentada no registro civil e afirmar outra, com esteio em vínculo biológico.

2. No caso, contudo, comprovado que a criança é assistida material e afetivamente pelo pai registral e tendo sido apurado que essa paternidade socioafetiva melhor atende aos seus interesses, deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido.

3. Paternidade biológica que, assim, não pode prevalecer, mesmo porque o genitor não demonstra interesse em cuidar e responsabilizar-se pela menor.

POR MAIORIA, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO A APELAÇÃO.

Subjaz ao presente recurso especial ação de investigação de paternidade com pedido de retificação de registro civil ajuizada por A C V D, representada por sua genitora, em desfavor de A V H e de E A C D.

Depreende-se dos autos que a requerente nasceu em 10/5/2012, porém foi concebida em um período no qual sua genitora manteve relacionamento amoroso com ambos os requeridos. Contudo, tendo em vista que a progenitora da autora possui outros 2 (dois) filhos com o réu E A C D, este procedeu ao registro da menor, como se pai desta fosse, sem ter a certeza, contudo, da verdade biológica.

O Magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Interposta apelação pela autora, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, negou provimento à insurgência.

Irresignada, a menor interpõe recurso especial fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, apontando, além de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 27 do ECA.

Sustenta, em síntese, a necessidade de se reconhecer a multiparentalidade, ao argumento de que a perfilhação biológica será favorável ao melhor convívio futuro entre as partes, sem que haja a perda do vínculo socioafetivo já constituído.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Debate-se no presente recurso especial sobre a possibilidade de as paternidades socioafetiva e biológica constarem concomitantemente no registro civil (multiparentalidade).

A primeira observação que se afigura relevante, ainda que elementar, é a revolução provocada pelo advento da Constituição da República de 1988 quanto ao tratamento jurídico das relações familiares, trazendo o eixo axiológico-normativo do Direito Civil para o campo do Direito Constitucional.

Assim, a irradiação imediata das normas constitucionais de proteção da pessoa se torna imperiosa, notadamente do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, o qual comprova a forte "despatrimonialização" do Direito Privado.

Ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, a família tradicional estava centrada na propriedade e no matrimônio, tornando-a uma unidade produtiva e reprodutora, isto é, a família era um fim em si mesma, desconsiderando-se a importância dos laços de afetividade.

Contudo, a evolução da sociedade ensejou a modificação da forma de organização da família, expandindo-se àquelas desvinculadas do casamento e unidas pela afetividade, sendo esta o principal fundamento das relações familiares da atualidade, que, inclusive, é consequência da constante valorização da dignidade da pessoa humana.

Passa-se, portanto, a entender a família como um meio para se alcançar a felicidade, despondo o conceito de família eudemonista, isto é, a família é um instrumento para a busca da felicidade, exercendo um papel fundamental para se buscar o bem-estar e a plenitude do ser humano.

Portanto, o direito à busca da felicidade eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico, respeitando sua autodeterminação e sua liberdade de escolha, assim como vedo ao Estado se imiscuir nos meios escolhidos pelo indivíduo para concretizar sua vontade, já que o direito deve se curvar às necessidades do sujeito, e não o contrário.

Ademais, tendo em vista que a concepção jurídica de família vem sofrendo constantes mutações, consequentemente há uma alteração na ordem jurídica de filiação. Dessa forma, tem-se entendido que, em regra, a paternidade socioafetiva deve prevalecer na solução de conflitos com a verdade biológica, salvo hipóteses em que o caso concreto demanda a ponderação do preceito.

A propósito:

AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS.

1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira".

2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.

3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrados não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira".

4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (REsp 1167993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 15/03/2013)

Diante dessas premissas, constata-se que a superação de conceitos rígidos de família, estabelecidos pela lei, é medida que se impõe, incluindo seus reflexos na filiação, homenageando-se os modelos construídos pelos próprios indivíduos em

suas relações afetivas, tais como as famílias monoparentais, anaparentais e reconstituídas, estas também conhecidas como famílias mosaico.

Há de se ver que o reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico, como consignou o STF no julgamento da ADI n. 4.277/DF, em que se atribuiu a qualidade de entidade familiar às uniões homoafetivas.

Assim, é exatamente em razão da interpretação não reducionista do conceito de família que surge o debate relacionado à multiparentalidade, a qual, segundo Paulo Lôbo, rompe com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente (LÔBO, Paulo. Parentalidade socioafetiva e multiparentalidade: questões atuais. In SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. (Org.). Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018. p. 602).

Portanto, a multiparentalidade passa a ser uma realidade jurídica, tanto é que foi editado o Enunciado n. 9 do IBDFAM, dispondo que "a multiparentalidade gera efeitos jurídicos".

A questão inclusive foi objeto de recente apreciação pelo Plenário do STF, no julgamento do RE n. 898.060/SP, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual foi reconhecida a repercussão geral e se fixou a seguinte tese: "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."

Frisou-se, também, a necessidade de estrita observância ao melhor interesse do menor (art. 227 da CRFB), além de ser impositivo o respeito ao princípio da paternidade responsável, mediante a vedação de designações discriminatórias quanto à filiação, sejam os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, sendo garantidos os mesmos direitos e qualificações.

Consabido, cuida-se de questão delicada e que demanda uma atenção especial do julgador, pois envolve direitos e interesses sensíveis, sendo que as controvérsias daí decorrentes podem gerar sequelas profundas ou danos emocionais irreparáveis, o que recomenda, em certos casos, que o julgamento da causa seja realizado ponderando as peculiaridades fáticas que lhe são próprias. Daí por que as

controvérsias devem ser apreciadas sopesando-se não só o direito positivo, mas também os princípios constitucionais irradiantes.

Feitas essas considerações, importante asseverar que, no caso concreto, as instâncias ordinárias julgaram improcedente o pleito inicial, não obstante o exame de DNA realizado nos autos tenha confirmado o vínculo biológico entre a demandante e A V H.

De acordo com o quadro fático delineado pelo acórdão recorrido, os argumentos para a improcedência da demanda têm como suporte principal o estudo social produzido durante a instrução probatória.

Segundo os elementos colhidos, o pai socioafetivo, mesmo não tendo certeza quanto à paternidade, registrou a criança como sendo sua filha, passando, a partir então, a tratá-la como tal, afirmando que "pai é quem cria" (sic) e que não se importaria em continuar se responsabilizando pela criação da menor.

Em contraponto, o pai biológico, além de não demonstrar afeição pela menor, expressamente afirmou à assistente social que seria indiferente à alteração do registro da criança, noticiando, ainda, que jamais se envolveu na criação ou educação dos seus outros 6 (seis) filhos havidos com sua esposa, levando a crer que o mesmo ocorrerá com a autora.

Assinala-se que, ao tempo do ajuizamento da ação, a mãe e o pai socioafetivo da menor moravam juntos, na companhia dos outros 2 (dois) filhos, a despeito de não conviverem mais em união estável. Ademais, a genitora e o pai biológico ainda mantinham relacionamento amoroso, apesar de o genitor afirmar que não havia se separado da esposa nem pretendia constituir família com a mãe da autora.

Em decorrência disso, "o estudo social demonstrou, de modo inequívoco, que a presente ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que pretende constituir família com A.V.H. e, para tanto, tem-se valido da criança, forçando artificial aproximação" (e-STJ, fl. 102 - sem grifo no original).

Por conseguinte, como bem assinalado pelo STF no julgamento do RE n. 898.060/SP, o melhor interesse da criança deve sempre ser a prioridade da família, do Estado e de toda a sociedade, devendo ser superada a regra de que a paternidade socioafetiva prevalece sobre a biológica, e vice-versa.

Portanto, de acordo os elementos coligidos nos autos, os princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança inviabilizam, no caso concreto, o reconhecimento da multiparentalidade.

A possibilidade de se estabelecer a concomitância das parentalidades sociafetiva e biológica não é uma regra, pelo contrário, a multiparentalidade é uma casuística, passível de conhecimento nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas a justifiquem, não sendo admissível que o Poder Judiciário compactue com uma pretensão contrária aos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável.

Frise-se, mais um vez, que a doutrina e a jurisprudência têm preconizado que a prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho.

Assim, reconhecer a multiparentalidade no caso em apreço seria homenagear a utilização da criança para uma finalidade totalmente avessa ao ordenamento jurídico, sobrepondo o interesse da genitora ao interesse da menor.

Outrossim, deve-se ressaltar que ficou demonstrado que a criança tem sido assistida material e afetivamente pelo pai socioafetivo, sendo que este, ademais, claramente afirma que continuará dispensando amor e carinho necessários à filha, ao contrário do pai biológico, que não demonstra nenhum interesse no registro ou a pretensão de se aproximar afetivamente da criança.

Por fim, levando-se em consideração que a presente ação foi intentada pela menor absolutamente incapaz, representada por sua genitora (reafirme-se, no interesse próprio desta), deve-se ressalvar o direito da filha de buscar a inclusão da paternidade biológica em seu registro civil quando atingir a maioridade, tendo em vista que o estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros (c.f. REsp n. 1.618.230/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

b) Comentários

1. Breve histórico do reconhecimento da multiparentalidade na jurisdição brasileira

A multiparentalidade, como admissão da concomitância entre vínculos distintos de filiação, foi reconhecida juridicamente a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em 22.09.2016, no Recurso Extraordinário nº 898.060, que estabeleceu a tese de Repercussão Geral n. 622²⁵¹.

Até então, a jurisprudência brasileira tendia a reconhecer a prevalência de uma das formas de paternidade – biológica ou socioafetiva – em detrimento da outra, não reconhecendo a multiparentalidade²⁵².

O acórdão, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, embora compreendesse a multipaternidade como forma de reforçar a equiparação entre as paternidades biológica e a socioafetiva, possibilitou seu reconhecimento de maneira circunstancial, desde que observados os princípios da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF) e da igualdade entre os filhos (art. 227, parágrafo 6º, CF e reiterado no art. 1.596 do Código Civil e art. 20 do ECA), e do melhor interesse da criança, o que deve ser analisado cautelosamente em cada caso concreto²⁵³.

No entanto, desde a inovação trazida pelo STF, tem-se avultado as interpretações impróprias no sentido de estender o reconhecimento da multiparentalidade de modo alheio aos pontos delimitados pelo *decisum* original.

A proporção dos equívocos foi tamanha que, por meio de uma leitura precipitada e atravessada do Provimento n. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), chegou-se a entender ser possível o estabelecimento da multiparentalidade diretamente no Cartório

O Provimento nº 63, na realidade, versa sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva²⁵⁴, o que não

²⁵¹ A tese aprovada tem o seguinte teor: “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”.

²⁵² Exemplos de julgados: STJ, REsp 1444747/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 17/03/2015; STJ, REsp 1352529/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/02/2015.

²⁵³ Trecho referente da Ementa do RE nº 898.060: (...) *MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB)*. (...)13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. (...)

²⁵⁴ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380> Acessado em: 24/06/2019

significa a permissão para registro de mais do que dois genitores por meio de mero procedimento administrativo.

Em recente decisão no pedido de providências, n.º 0003325-80.2018.2.00.0000, relatada pelo Corregedor-Geral de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, o CNJ esclareceu parte dos mal-entendidos ao expor que

(...) em que pese o acerto da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Ceará em tornar clara a possibilidade de reconhecimento de paternidade socioafetiva por casais de sexo semelhante, o mesmo não se pode dizer quanto à interpretação que conferiu a Corregedoria local quando aponta para permissivo que admite situação de multiparentalidade no registro da paternidade socioafetiva.

A decisão trouxe, então, luz ao artigo 14 do provimento 63/2017²⁵⁵, por reforçar o limite de duas pessoas em registro de nascimento, que pode ser um pai e uma mãe ou dois pais ou duas mães ou, ainda, apenas uma mãe (monoparentalidade).

Desse modo, o genitor registral poderá ser biológico ou sócio afetivo, a manutenção desse genitor registral em paralelo com o reconhecimento de outra paternidade apenas poderá ser discutida por via judicial, conforme depreende-se do artigo 15 do próprio provimento²⁵⁶.

2. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: Multiparentalidade e melhor interesse da criança

Exposta a decisão paradigma do STF e esclarecidos os percalços de sua interpretação pelas vias administrativas, traz-se à tona uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), importante por tornar mais claro os contornos da aplicação da tese do STF em Tribunais de instâncias inferiores.

Trata-se do Resp nº 1.674.849, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que, em ação de investigação de paternidade com pedido de

²⁵⁵ Provimento n. 63/2017 do CNJ, art. 14. *O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.*

²⁵⁶ Provimento n. 63/2017 do CNJ, art. 15. *O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.*

retificação do registro, negou a multiparentalidade por entender que esta seria prejudicial à criança envolvida naquele caso.

A decisão é significativa por explicitar o caráter pontual da multiparentalidade, a ser sempre ponderada sob o prisma do melhor interesse daquele que é destinatário e maior interessado da proteção legal, ou seja, em atenção ao interesse do filho e jamais no interesse de terceiros que, no caso concreto, entendeu-se ser exclusivamente o da mãe. Afasta-se, desse modo, qualquer pretensão de conferir caráter absoluto ao reconhecimento de multiparentalidade. Sobre o que destaca-se o seguinte trecho da decisão:

A possibilidade de se estabelecer a concomitância das parentalidades sociafetiva e biológica não é uma regra, pelo contrário, a multiparentalidade é uma casuística, passível de conhecimento nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas a justifiquem, não sendo admissível que o Poder Judiciário compactue com uma pretensão contrária aos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável.

Desse modo, o ministro sublinhou a necessidade de especial prudência pelo julgador ao apreciar demandas relacionadas à multiparentalidade, considerando o panorama das relações familiares do caso e a possíveis consequências patrimoniais e extrapatrimoniais do reconhecimento de paternidades paralelas dentro desse cenário.

No caso concreto enfrentado, foi comprovada como consolidada a paternidade socioafetiva em relação à criança e, em paralelo, o pai biológico não demonstrou qualquer afeição além de expressar ser indiferente à alteração do registro da criança, de modo que o reconhecimento deste vínculo seria algo artificial e forçado. Ficou ressalvada, no entanto, a possibilidade da filha buscar o reconhecimento da paternidade biológica quando atingir a maioridade²⁵⁷.

É possível imaginar outros casos diferentes em que o reconhecimento de paternidades paralelas também seria indevido, como um contexto em que a maternidade ou paternidade socioafetiva vise retirar vantagens sobre o menor ou seu genitor biológico.

²⁵⁷ Trecho referente no acórdão: “Levando-se em consideração que a presente ação foi intentada pela menor absolutamente incapaz, representada por sua genitora (reafirme-se, no interesse próprio desta), deve-se ressalvar o direito da filha de buscar a inclusão da paternidade biológica em seu registro civil quando atingir a maioridade.”

Além disso, uma maior permissibilidade da multiparentalidade, eventualmente, culminaria no reconhecimento de paternidades ainda instáveis, o que geraria consequências jurídicas complicadas dada a irrevogabilidade deste vínculo ou as restritas hipóteses de desconstituição pela via judicial. Sem contar que a mudança reiterada de pais e mães socioafetivos pode gerar consequências irreversíveis no desenvolvimento da criança, por encontrar-se envolta por dúvidas e inseguranças.

Sobre o viés do melhor interesse da criança, válido ressaltar a centralidade do papel dos pais, sejam biológicos ou socioafetivos, na educação dos filhos. A assistência paterna deve ser no sentido de promover uma proteção integral e um desenvolvimento digno da personalidade do filho.

Desse modo, de fato seria impróprio o reconhecimento de paternidade alheia à formação de vínculo afetivo com a menor, tal como observado no caso em análise. Não olvidando, entretanto, que a afetividade é apenas um dos elementos, e não o único da relação, só sendo própria quando observada simultaneamente à responsabilidade de assumir os compromissos inerentes aos cuidados com os filhos.

3. Considerações finais

O reconhecimento da multiparentalidade ainda é algo recente em nosso ordenamento, reconhecido apenas jurisprudencialmente e sem legislação específica. A decisão primeva do STF, RE n. 898.060/SC, abriu a possibilidade de pluralidade de vínculos parentais, mas de modo algum autorizou o reconhecimento discricionário dela.

Nesse sentido, a decisão ora comentada, Resp nº 1.674.849, é notória enquanto assenta contornos mais nítidos à aplicação jurisprudencial da multiparentalidade.

Ao negar a multiparentalidade com base no melhor interesse da criança, princípio este inclusive citado expressamente no acórdão anterior do STF, a decisão do STJ acaba por rechaçar as interpretações mais extensivas, tais como as observadas pela mal compreensão do Provimento nº 63/2017 do CNJ, que, por sua vez, encontra-se delimitado ao reconhecimento voluntário e a averbação da

paternidade socioafetiva, sem que isso permita o registro de dupla paternidade por vias administrativas.

Na realidade, o reconhecimento jurídico da multiparentalidade só se sustenta quando presentes os princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, o que deve ser averiguado prudentemente pelo julgador em cada caso concreto, por via judicial, com base na observância dos elementos próprios da relação entre pai/mãe e filho ao longo da vida.

O ENSINO DOMICILIAR NO BRASIL²⁵⁸
COMENTÁRIOS AO RE Nº 888.815

HOMESCHOOLING IN BRAZIL

Yasmin Relvas

Advogada em São Paulo. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). ybewiahn@gmail.com

Leonardo Relvas

Advogado em São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). leonardo@pegorarorelvas.com

Resumo: O presente texto examina decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 888.815-RS, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em que se entendeu não existir direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, sendo, no entanto, possível sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional. O debate pautou-se na questão fundamental de saber se a Constituição Federal veda ou não a prática do ensino domiciliar. Este comentário analisa, à luz da doutrina, os argumentos presentes nas decisões que formam o acórdão.

Palavras-chave: *Homeschooling – Ensino Domiciliar – Direito Subjetivo – Direito à educação – Poder familiar.*

Abstract: *The present text examines a ruling issued by the Brazilian Supreme Court (STF) on a case in which it was concluded that there is no subjective right of the student or his family to homeschooling. Nonetheless, it can come into existence if created by a federal act. The debate was based on the fundamental issue of whether*

²⁵⁸ Como citar este artigo: RELVAS, Yasmin; RELVAS, Leonardo. O ensino domiciliar no brasil comentários ao RE 888.815. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, jan/mar. 2019, v. 19, p. 202-230.

or not the Brazilian Federal Constitution prohibits the practice. This comment analyzes the arguments in the case at hand in the light of the doctrine.

Keywords: *Homeschooling – Home education – Subjective Right - Right to education – Parental Rights.*

CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, significa o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.

2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos.

3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações.

4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada

pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).

5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

a) O caso

Trata-se de Recurso Extraordinário, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que denegou mandado de segurança impetrado por uma estudante representada por seus pais.

No primeiro grau, foi impetrado mandado de segurança contra ato da Secretaria Municipal de Educação de Canela/RS, que negara a possibilidade de realizar-se em casa a educação da filha menor de idade, orientando os pais a realizarem sua imediata matrícula na rede regular de ensino, bem como a assumir o compromisso de frequência escolar. A decisão indeferiu a inicial por inépcia, configurada na impossibilidade jurídica do pedido, já que não existiria direito líquido e certo a ser amparado via mandado de segurança.

No Recurso de Apelação interposto pelos pais, alegou-se haver lacuna legislativa, em decorrência do que o ensino domiciliar não estaria proibido, nem expressamente permitido, de modo que seria possível a sua prática, fundada no princípio da legalidade, segundo o qual é lícita a conduta não proibida expressamente por lei. Além disso, sustentou-se que o dever dos pais de educar os filhos precede ao dever do Estado, que tem papel subsidiário. O ensino domiciliar seria um direito dos pais. A escolarização, por sua vez, seria necessária apenas quando os pais não possam ou queiram educar os filhos em casa. Nesse sentido, a

matrícula em instituição regular de ensino apenas seria obrigatória aos menores que não estejam sendo ensinados em casa.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo, sob o mesmo fundamento da decisão recorrida, qual seja inexistir direito líquido e certo a amparar o pedido de realizar a educação de filho menor em âmbito domiciliar. Além disso, sustentou que a liberdade dos pais no que diz respeito à educação dos filhos não implica permissão de restringir indevidamente o direito social fundamental à educação. Assim, não existiria a opção pelo sistema educacional domiciliar, que, por ser de difícil controle pelo Poder Público, não está disposto na legislação brasileira como alternativa, pelo que se torna necessária a frequência à escola.

Foi, então, interposto Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a da Constituição Federal, sob as seguintes alegações: a) a obrigatoriedade de ensino disposta no art. 208, I, da Constituição Federal, aplica-se somente ao Estado; b) a Constituição não pretende que o Estado substitua os pais na escolha da educação a ser dada aos filhos; c) o Estado não pode proibir uma modalidade de ensino distinta da escolar; d) aplicação ao caso do princípio da razoabilidade, pelo qual os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como os da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), devem ser interpretados visando à melhor realização do fim constitucional nelas embutido ou decorrente do sistema.

O Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul negou seguimento ao recurso, por não reunir condições de trânsito, uma vez que não havia sido comprovado o recolhimento do preparo e das custas estaduais. Contra essa decisão, interpôs-se agravo, recebido no Supremo Tribunal Federal (STF) por decisão monocrática do relator, o Ministro Roberto Barroso, que afastou o vício formal consistente na falta de pagamento das custas estaduais, sob a justificativa de haver excepcional relevância da matéria e interesse público na sua definição. Ademais, o relator considerou que o caso transcende os interesses das partes litigantes, atingindo número considerável de cidadãos.

No STF, a repercussão geral foi reconhecida por maioria, em seus aspectos social, jurídico e econômico: social, pois o direito pleiteado é tido como direito de todos e meio essencial ao exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho (art. 6º, *caput* c/c art. 205, da Constituição Federal); jurídico, porque envolve

as normas constitucionais que dispõem sobre a liberdade de ensino e o pluralismo de ideias, no que diz respeito à sua interpretação e ao seu alcance (art. 206, I e II, da CRFB/1988), bem como a determinação dos papéis atribuídos à família e ao Estado no que toca à promoção do direito fundamental à educação; e econômico, uma vez que o reconhecimento do *homeschooling* poderia propiciar a redução dos gastos públicos com a educação.

O STF, por maioria, negou provimento ao recurso, vencidos o Ministro Roberto Barroso e, em parte, o Ministro Edson Fachin. O voto do Ministro Alexandre de Moraes foi o condutor da decisão, seguido pelos demais ministros (ausente o Ministro Celso de Mello).

A maior parte dos ministros não se opôs à prática em si. O ministro Roberto Barroso sustentou a convergência do *homeschooling* com as finalidades educacionais estabelecidas pela Constituição, sendo desde já praticável, desde que satisfaça alguns requisitos cujo fim é propiciar um mínimo controle pelo Estado. Os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli e Cármem Lúcia afirmaram concordância com as premissas estabelecidas por Barroso; contudo, entenderam que não se pode depreender da Constituição a existência de norma autoaplicável, de modo que se torna necessária a edição de lei federal. Esse pode ser considerado o grupo de ministros favoráveis à prática.

O ministro Alexandre de Moraes reconheceu a possibilidade do *homeschooling*, desde que observado alguns requisitos, e apontou a necessidade de lei específica sobre o tema. Foi seguido por Rosa Weber.

Em total oposição ao ensino domiciliar, o ministro Luiz Fux afirmou que a Constituição veda tal prática, de sorte que qualquer norma editada sobre o tema seria constitucional. No mesmo sentido, mas por fundamento diferente, o ministro Ricardo Lewandowski sustentou a impossibilidade do ensino domiciliar por ser incompatível ao princípio republicano, que demanda engajamento, participação na coletividade, e não exclusão ou isolamento das pessoas com relação ao meio social.

O ministro Gilmar Mendes argumentou que não seria possível a educação domiciliar fora dos auspícios do Estado, pois a Constituição impôs um modelo em que a educação é concebida multidimensionalmente e promovida tanto pela família como pelo Estado. No mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio,

segundo quem a legislação infraconstitucional é clara em vedar a prática do ensino domiciliar, por estabelecer a matrícula obrigatória na rede de ensino regular.

b) Comentários

O *homeschooling* é a modalidade educacional em que o processo de formação integral da criança ou do adolescente é organizado e efetivamente dirigido pelos pais.

A partir dessa definição, é possível extrair dois aspectos essenciais dessa modalidade de ensino. O primeiro corresponde à formação integral da pessoa, isto é, a ampla transmissão e aquisição de conhecimentos cujo fim é o seu pleno desenvolvimento nas dimensões física, intelectual, moral, social e espiritual. O segundo aspecto diz respeito ao efetivo controle dos pais sobre a formação da criança ou do adolescente, ou seja, a eles pertence a prerrogativa de decidir acerca dos elementos constituintes do processo educacional – isto é, o método de ensino, o material didático, a rotina de estudos, o conteúdo, o cronograma de atividades e avaliações.

O termo *homeschooling* é o nome usual dado nos países anglófonos e usualmente traduzido para o português como “ensino domiciliar”. Outros nomes utilizados para designar a modalidade são: “ensino doméstico”; “ensino em casa”; “educação no lar”; “escola em casa”; “educação doméstica”; “educação não institucional”; “educação familiar”²⁵⁹.

Cumpre mencionar que os estudiosos do tema fazem propostas diversas acerca do nome designativo dessa modalidade de educação.

Édison Andrade sustenta que o termo “educação familiar desescolarizada” é mais adequado para descrever essa modalidade de ensino, com fundamento em duas razões. Em primeiro lugar, porque “familiar” é adjetivo que deriva de “família”, instituição à qual o ordenamento jurídico brasileiro reconhece papel educativo, enquanto “domiciliar” remete a “domicílio”, que é um conceito de significado espacial, sem relação direta com a educação. Em segundo, por considerar que o termo proposto enfatiza o papel dos agentes – no caso, os pais – e

²⁵⁹ ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação*. Tese (Doutorado em Educação). Universidade de São Paulo, 2014, p. 19.

não o lugar (escola, casa, distância), de sorte que a prática educacional não fica vinculada, de antemão, a qualquer local²⁶⁰.

Alexandre Moreira, de outro modo, entende que o termo mais adequado a precisar o fenômeno é “instrução dirigida pelos pais”. A escolha do termo “instrução” em lugar de “educação” dá-se em razão de não haver questionamentos acerca do papel educativo da família, mas sobre a instrução, isto é, a transmissão de conhecimentos necessários à atuação produtiva no mercado de trabalho. Logo, a escolha do termo “instrução” aponta que o papel educativo da família abrange essa espécie de conhecimento. O qualificativo “dirigida pelos pais” é escolhido por indicar de modo mais preciso que os pais têm efetivo controle sobre a instrução ministrada aos filhos, sendo indiferente o espaço geográfico em que é realizada²⁶¹.

Não obstante o fato de ambas as proposições trazerem contribuições significativas para a precisão dos termos que descrevem essa prática educacional, sua adequada compreensão demanda, para além do emprego de qualquer nome, que se tenha em consideração aqueles dois aspectos essenciais acima mencionados: formação integral da criança ou do adolescente e efetivo controle dos pais.

Esse último aspecto não tem o significado restrito de indicar que os pais sejam os transmissores diretos desse conhecimento. O efetivo controle dos pais indica que serão realizadas por eles a organização e supervisão do processo educacional dos filhos. Desse modo, o *homeschooling* não exclui a participação de preceptores a quem seja confiada, pelos pais, a tarefa de transmitir determinados conhecimentos.

O espaço geográfico em que esse processo se realiza não é elemento essencial descritivo da prática, assumindo relevância apenas no que diz respeito a propiciar um ambiente mais ou menos favorável ao processo educacional. Assim, pode ser realizado na casa que constitui o lar da família ou em outro local adequado para tal fim. As referências comuns como “ensino domiciliar”, “educação em casa”, “educação no lar” e outros, que remetem a local geográfico determinado, são utilizadas em razão de a casa da família ser o local mais comum em que se dá o

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 20-21.

²⁶¹ MOREIRA, Alexandre Magno. *O Direito à Educação Domiciliar*. Brasília, Monergismo, 2017, p. 58-59.

homeschooling. Nota-se que as expressões remetem ao âmbito da privacidade familiar com o fim de indicar a relação essencial entre os pais e o processo educacional.

Em perspectiva histórica, a educação promovida no lar era o meio usual para transmissão e aquisição de conhecimentos, diretamente pelos pais aos filhos, ou por tutores e preceptores a quem se atribuía tal missão. Contudo, esse fenômeno é diferente da prática contemporânea do *homeschooling*: aquele ocorria em tempos anteriores ao nascimento da escola como instituição, sendo o único meio apto a propiciar a formação integral da pessoa; o *homeschooling*, por sua vez, surge como movimento social oposto ao sistema escolar institucionalizado²⁶². Foi precisamente com essa conotação que apareceu nos Estados Unidos, sendo proposto como a culminação do processo de *unschooling*.

Esse termo foi empregado pelo educador americano John Holt para descrever o processo de desescolarização, cuja proposta enfatiza o aprendizado espontâneo, de modo natural, por meio de um ambiente que estimule os interesses correspondentes ao desenvolvimento de cada criança. O ambiente escolar, nessa visão, não é tido como sinônimo de educação, mas como um meio de coerção para o aprendizado, e não de estímulo. Assim, propõe o *unschooling* como processo que conduza ao *homeschooling*, entendido como educação espontânea, totalmente desvinculada do ensino escolar. Holt afirmava que as crianças aprendem por interesse e curiosidade, devendo, por essa razão, ter o controle do próprio aprendizado²⁶³.

O *homeschooling* na acepção contemporânea do termo não está restrito à visão mencionada no parágrafo anterior e, portanto, não se confunde com o *unschooling*. Não está preso a uma lógica unitária. Pelo contrário, fundamenta-se na liberdade das famílias quanto à educação dos filhos, podendo fazer a simples transposição do método e conteúdo escolar para um ambiente distinto do institucional ou adotar métodos diversos do escolar²⁶⁴.

²⁶² *Ibid.*, p. 68-69.

²⁶³ "What is essential is to realize that children learn independently, not in bunches; that they learn out of interest and curiosity, not to please or appease the adults in Power; and that they ought to be in control of their own learning, deciding for themselves what they want to learn and how they want to learn it". Cf. *The New York Times*, Monday, September 16, 1985, disponível em: <http://www.johnholtgws.com/who-was-john-holt/>.

²⁶⁴ MOREIRA, Alexandre Magno. *Op. cit.*, p. 61.

A opção das famílias por educar seus filhos em casa decorre de diversas razões, que podem ser dispostas em quatro grupos principais, em classificação apresentada por Alexandre Moreira²⁶⁵:

a) sociais: a educação domiciliar propicia uma socialização positiva em oposição a socialização negativa geralmente oferecida nas escolas. A socialização pode ser descrita, de maneira geral, como o processo em que o indivíduo apreende a linguagem, as regras básicas de convivência, valores e modos de comportamento da comunidade em que se insere. Nesse sentido, a educação domiciliar resultaria no desenvolvimento de autoconfiança e sistema estável de valores, enquanto a educação escolar não permitiria contato significativo com os demais e aumentaria as chances de submissão às pressões do grupo;

b) acadêmicas: a educação domiciliar é personalizada, ou seja, considera as necessidades próprias de cada criança, observando a interdisciplinaridade, enquanto o ensino regular é feito em caráter massificado;

c) familiares: o efetivo aprendizado decorre em sua maior parte de uma estrutura familiar sólida do que da qualidade do ensino fornecido nas escolas. Ademais, nesses ambientes a ideologia predominante desvaloriza o papel da família e propaga valores que lhe são contrários.

d) religiosas: a ideologia predominante nas escolas é de viés materialista e científico, que desconsidera o valor da religião.

No Brasil, em particular, as motivações que levam as famílias à escolha dessa modalidade de ensino são²⁶⁶: a) compromisso com o desenvolvimento integral dos filhos; b) instrução científica e preparação para a vida adulta; c) valores e princípios cristãos; d) proteção da integridade física, moral, psíquica e espiritual dos filhos; e) exercício de um dever/direito fundamental.

Pelos motivos expostos, vê-se que a adoção do *homeschooling* como modalidade de ensino não é feita em razão da escassez de escolas ou da impossibilidade de levar os filhos até esses locais. No Brasil, vem sendo adotado mais em consequência da insatisfação dos pais com a qualidade do ensino do que propriamente como movimento de ruptura com o ensino escolar em si.

O *homeschooling*, ou ensino domiciliar, é fato do mundo natural de ocorrência crescente no Brasil. O ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, parece

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 67-68.

²⁶⁶ ANDRADE, Édison Prado de. *Op. cit.*, p. 14.

ignorá-lo. Por conseguinte, o quadro legal da educação, constituído por dispositivos da Constituição Federal, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não traz qualquer previsão sobre essa prática. Daí resulta que o ensino domiciliar não encontra previsão legal expressa, nem está proibido e, por esse motivo, encontra-se em situação que pode ser referida como um “limbo jurídico”.

O descompasso acima referido, entre mundo fático e mundo jurídico, torna-se evidente ao se ter em conta que a doutrina jurídica nacional não trata do tema, restringindo-se à abordagem do direito à educação, em geral, e do ensino escolar, em particular.

Tal modalidade não está expressamente prevista ou regulada e, também, não está proibida. Dessa sorte, a doutrina, as autoridades administrativas e o Poder Judiciário encontram dificuldades no tratamento de questões envolvendo a matéria.

Há, portanto, uma indeterminação acerca da situação jurídica do *homeschooling*, que se reflete nas questões relacionadas ao tema.

A doutrina penal apresenta divergência no que diz respeito a conceituar a prática como configuradora ou não do crime de abandono intelectual, previsto pelo art. 246 do Código Penal. Esse desacordo decorre, sobretudo, de interpretações diferentes acerca dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que cuidam da educação.

Tal indeterminação reflete-se na jurisprudência, que ora traz entendimentos pela vedação do ensino domiciliar, ora pela sua admissibilidade. Evidência dessa situação está no fato de que o tema chegou até o Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário sob comento.

Assim, cumpre mostrar como foi delimitada a questão em termos jurídicos e, à luz da doutrina, analisar as respostas que lhe foram dadas no acórdão.

1. A Questão Jurídica abordada na Decisão

No julgamento do Recurso Extraordinária, a questão jurídica foi posta, pelo relator, Min. Roberto Barroso, da seguinte maneira: “[...] embora a questão não seja singela, é possível expô-la de uma forma muito simples na apresentação de duas perguntas. A primeira: podem os pais de uma criança ou

responsáveis por ela optarem para o ensino domiciliar para a educação dos filhos ou a Constituição exige matrícula em ensino oficial? [...] Há um direito de escolha dos pais e dos responsáveis ou há uma imposição estatal a respeito? A segunda pergunta: no caso de se admitir a educação domiciliar, quais são os requisitos e obrigações a serem observados, considerando que não há uma lei específica que regulamente o ensino domiciliar?".

Em outros termos, a questão jurídica fundamental é saber se existe vedação constitucional ao ensino domiciliar. Se a resposta for pela inexistência, então, passa-se a outras duas perguntas acessórias: à questão sobre quais modalidades de ensino seriam constitucionais; e, por fim, se é possível depreender da Constituição Federal uma norma autoaplicável ou, então, se é necessária edição de lei sobre o tema. Por outro lado, se a resposta for pela existência de vedação, desnecessárias as respostas às duas questões acessórias.

2. As Conclusões presentes no Acórdão

A ementa do acórdão sintetiza, em seus quatro primeiros itens, conclusões presentes no voto condutor, do Min. Alexandre de Moraes. As duas primeiras, sobre a educação em geral, servem como premissas às duas conclusões finais, que tratam do *homeschooling* em particular. Portanto, é conveniente investigar as premissas a partir das quais foram obtidas, expor a concordância ou discordância da doutrina, e apresentar objeções ou ressalvas.

2.1 Direito fundamental à educação

A primeira conclusão dispõe que a educação é um direito fundamental e, no caso da educação básica obrigatória, os titulares desse direito indisponível são as crianças e os adolescentes em idade escolar.

Trata-se de ilação que se obtém pela leitura dos dispositivos constitucionais relacionados à educação e que está de acordo com a interpretação feita pela doutrina e pelos tribunais.

2.2. Dever solidário para família e Estado

A segunda conclusão afirma ser dever solidário da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação.

O caráter solidário do dever infere-se do texto constitucional e, considerado de modo abstrato, não apresenta dificuldades em sua interpretação. No entanto, em sua concretização é que podem surgir complicações, em razão da necessidade de definir como se articula a cooperação entre Estado, sociedade e família no desempenho desse dever.

Nesse ponto, assumem relevância considerações antropológicas, sociológicas e políticas. A quem cabe a primazia no dever de educar? O ensino domiciliar demanda tais considerações, precisamente porque há divergência sobre quem é o ator principal no que diz respeito a determinar como se deve realizar a educação.

No voto condutor do acórdão, afirmou-se que a solidariedade entre família e Estado significa a existência de um dever compartilhado, que implica cooperação solidária, uma união de esforços de que resulte maior efetividade na educação dos filhos. Não haveria, assim, preponderância de um ou outro, mas complementaridade na realização da tarefa educacional.

A primeira parte de tal conclusão, sobre a solidariedade do dever, contrapõe-se a uma objeção comum que se faz ao *homeschooling*, pela afirmação de que o dever de promover a educação caberia primordialmente ao Estado, de modo que aos demais agentes educativos – família, comunidade e sociedade – caberia apenas um papel subsidiário. Alega-se, quanto à instituição familiar, que a educação dos filhos não é direito absoluto e seu exercício estaria limitado à observância do interesse social²⁶⁷.

Em primeiro lugar, o dever de promover a educação cabe ao Estado e à família, como estabelece o art. 205 da Constituição Federal. Portanto, pela leitura do dispositivo constitucional, não há como se inferir qual dos agentes educativos, Estado ou família, tem preponderância. Sobre esse aspecto, é esclarecedora a redação do art. 4º do ECA:

²⁶⁷ BOUDENS, Emile. *Ensino em casa no Brasil*: Estudo apresentado à Câmara dos Deputados, pela Consultoria Legislativa da Área XV, 2002, p. 19-23.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nota-se que a redação dispõe as instituições segundo uma ordem que observa a maior ou menor proximidade – em sentido existencial – de cada uma em relação à pessoa em desenvolvimento. Tal se dá porque a maior proximidade com a criança e o adolescente permite atenção e cuidados mais efetivos no que diz respeito a assegurar direitos fundamentais. O sentido adotado pelo referido dispositivo aponta que a tarefa de educar a pessoa em desenvolvimento cabe antes à família e depois ao Poder Público (= Estado), esse, ainda, antecedido pela comunidade e pela sociedade em geral. Trata-se, na verdade, da consagração do princípio da subsidiariedade, segundo o qual as organizações sociais maiores devem abster-se de fazer aquilo que pode ser feito pelas menores.

Em segundo lugar, é correta a afirmação de que o direito da família de promover a educação dos filhos não é absoluto, limitado que está pela observância do interesse social. Contudo, reconhecer a relatividade desse direito não implica vedação ao ensino domiciliar. Com efeito, os pais que optam pelo *homeschooling* exercem o direito de educar os filhos observando o interesse social, vez que essa modalidade de ensino atende às finalidades da educação, indicadas no art. 205 da Constituição Federal, quais sejam o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

2.3. Inexistência de vedação constitucional ao ensino domiciliar

A terceira conclusão declara que a Constituição não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe o *unschooling* radical, o *unschooling* moderado e o *homeschooling* puro, porque não respeitam o dever de solidariedade entre família e Estado.

Essas modalidades são descritas pelo Min. Alexandre de Moraes. O *unschooling* radical consistiria na promoção do processo educacional pelos pais, fundada na premissa de que a institucionalização, isto é, o ensino escolar é prejudicial; e, sendo direito à educação dos filhos exclusivo dos pais, não seria

permitido ao Estado instituir escolas e determinar currículos. O *unschooling* moderado conservaria o traço de oposição a qualquer interferência estatal na educação dos filhos, sem, contudo, ter aversão ao ensino escolar. O *homeschooling* puro, por sua vez, estaria fundado na ideia da primazia da família no que diz respeito à educação dos filhos e, por consequência, no papel subsidiário do Estado.

Pelo entendimento sustentado no voto condutor, essas espécies são vedadas pela Constituição, por não observarem o dever solidário entre família e Estado. As duas primeiras, em razão de se oporem a qualquer ingerência estatal na educação dos filhos; a terceira, porque, muito embora admita a estipulação de um currículo mínimo, confere preponderância ao papel da família na educação.

No entender do ministro, apenas seria permitida a modalidade utilitarista ou por conveniência circunstancial, isto é, aquela realizada para escapar de circunstâncias desfavoráveis, tais como divergência de concepção religiosa, *bullying*, drogas e violência no ambiente escolar.

Nesse ponto do acórdão, é reconhecida a legitimidade do *homeschooling* como modalidade de ensino admissível pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Pela leitura dos arts. 205 a 208 da Constituição Federal, nota-se que existe para o Estado brasileiro a obrigação de garantir a prestação de ensino fundamental a todos os cidadãos, independentemente da idade e sob responsabilidade da autoridade competente.

A existência de tal dever para o Estado não exclui o papel da família, a quem cabe promover a educação dos filhos, sob fiscalização do Estado. Exemplo de como essa fiscalização ocorre é a verificação da frequência escolar do aluno que, caso seja irregular, deve ser comunicada às autoridades educacionais (art. 12, VII, ECA).

A Constituição Federal reconhece ao cidadão a faculdade de se educar segundo sua própria determinação, pela leitura combinada dos arts. 5º e 206, II, da qual se conclui serem os cidadãos livres para aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Nesse sentido, o indivíduo pode escolher a via que considere mais adequada para obter educação e seus fins, ou seja, um processo que não se reduz à aquisição de conhecimento técnico ou científico, mas que possibilite alcançar a tripla finalidade da educação, a saber, o pleno

desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A promoção desses objetivos é precisamente a condição que recai sobre a faculdade do indivíduo de determinar por qual modalidade deseja obter a educação. Essa faculdade é reconhecida pela Constituição, ao permitir o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206, III, CRFB/88). Não obstante a existência da escola tradicional, com o fim de atingir o escopo do processo educacional, pode a sociedade utilizar-se de outros instrumentos e métodos.

2.4. Necessidade de lei federal para implementação do ensino domiciliar

A quarta conclusão presente no acórdão é a de que o ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família e que, na modalidade utilitarista, não é vedado pela Constituição. Entretanto, não possui aplicabilidade imediata, de modo que, para ser implementado, demanda a edição de lei federal, pelo Congresso Nacional, cujas disposições observem e façam observar os seguintes requisitos: (i) necessidade de a criança e o adolescente frequentarem um ensino básico obrigatório, que deve ser fornecido dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos; (ii) núcleo curricular mínimo definido por lei, atendendo às finalidades do art. 210 do texto constitucional; (iii) necessidade de se verificar a convivência familiar e comunitária, como prescreve o art. 227 da CRFB/88; (iv) supervisão, avaliação e fiscalização pelo poder público; (v) observância de disposições normativas impostas pelo texto constitucional, sobretudo aquelas relacionadas às finalidades e objetivos do ensino.

É interessante notar que, a fim de se preservar a essência do ensino domiciliar, estabeleceu-se que a obrigatoriedade de frequência à escola será, nessa modalidade, diferente da tradicional. Essa frequência terá por finalidade avaliar o aluno e promover sua socialização por meio da convivência comunitária e plural.

A obrigatoriedade do ensino escolar e a socialização são duas ideias que estiveram presentes em todos os votos e sobre as quais se formularam os argumentos determinantes para a decisão. Assim, é pertinente uma análise mais detida sobre cada uma delas.

Afirma-se que o ensino escolar é obrigatório, sobretudo por força de dois dispositivos legais, o art. 6º da LDB e o art. 55 do ECA²⁶⁸. Tal entendimento apoia-se, ainda, no art. 208, I da CRFB/88, segundo o qual o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade. Esses dispositivos sustentam o entendimento pela vedação do *homeschooling* como modalidade de ensino.

A esse argumento de ordem formal, opõe-se entendimento que parte da adequada compreensão do sentido de obrigatoriedade.

A educação básica visa a atender às finalidades educacionais – pleno desenvolvimento da pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho – em correspondência aos níveis de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. Para que sejam cumpridas tais finalidades é que o legislador constituinte estabeleceu a obrigatoriedade da educação básica. Entretanto, note-se que educação básica não é sinônimo de ensino escolar, já que outras modalidades de ensino são admissíveis, desde que promovam a educação básica obrigatória.

O caráter obrigatório aponta, ainda, que o Estado cumprirá seu dever mediante a oferta da educação básica e a fiscalização de sua efetividade. É incorreta a inferência de que a obrigatoriedade é do ensino escolar, pois, se assim fosse, estariam vedadas quaisquer outras modalidades de ensino, tais como o semipresencial ou a educação à distância, que são praticadas comumente no ensino médio, terceira etapa da educação básica.

Os dispositivos infraconstitucionais – art. 6º do ECA e art. 55 da LDB – estabelecem a obrigatoriedade de matrícula por conta da preocupação em não deixar a pessoa em desenvolvimento sem formação. Trata-se, na verdade, do único meio legal de coerção sobre os pais ou responsáveis para que não deixem de prover à instrução dos filhos. Contudo, são aplicáveis apenas aos pais que optem por educar o filho por meio da escola. Não se aplicam, portanto, aos pais que optem pelo ensino domiciliar, pois, de outro modo, violariam a liberdade de ensino e a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas, princípios consagrados pelo art. 206 da Constituição Federal.

²⁶⁸ ECA, Art. 6º. É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade; LDB, Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

A educação é estabelecida como dever do Estado e da família (art. 205, CRFB/88). O Estado efetiva o cumprimento desse dever mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade (art. 208, I, CRFB/88). O art. 6º da LDB indica ser dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade. O art. 55 do ECA impõe aos pais ou responsável a obrigação de matricular os filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

A leitura dos dispositivos legais referidos permite concluir ser obrigatória a educação básica e a existência da obrigação para os pais ou responsáveis de matricular a criança ou o adolescente na educação básica escolar. A adequada compreensão dessa obrigatoriedade demanda análise acerca da finalidade de sua instituição.

Como visto, sobre esse dever legal funda-se o argumento daqueles que se opõem à educação domiciliar como modalidade de ensino. Assim, sustentam que, se a LDB e o ECA impõem tal obrigação, logo, o único meio de cumpri-la é aquele previsto por esses diplomas, qual seja a rede regular de ensino.

Contudo, põe-se em questão se essa obrigatoriedade instituída pelo legislador se restringe à finalidade de garantir que todos tenham acesso à educação, qualquer que seja a modalidade de ensino, ou estende-se para vedar qualquer outra modalidade educacional que não seja a escolar. A resposta a tal indagação pode ser obtida a partir da análise histórica acerca das razões que levaram os legisladores constitucional e infraconstitucional a estabelecer o referido dever aos pais ou responsáveis.

No Brasil, desde o descobrimento até o fim do século XIX, o foco educacional estava voltado à educação secundária e à educação superior, em consequência da preocupação em formar um grupo intelectual capaz de levar a cabo as tarefas administrativas do Estado.

Fato notório reflexo dessa preocupação foi a criação dos cursos jurídicos em 1827. Assim, a educação primária ficou relegada a segundo plano, mesmo porque não era meio necessário para o ingresso nos demais níveis de ensino. O ingresso no ensino superior dava-se por meio de exames vestibulares que não exigiam como requisito ter cursado os níveis anteriores. Veja-se, como exemplo, que a Lei de 11 de agosto de 1827 exigia do candidato ao curso jurídico como requisitos a idade mínima de 16 (dezesseis) anos e estudos prévios que

preparassem o entendimento para prosperar nos maiores²⁶⁹. Esses estudos prévios eram realizados formalmente nos liceus, aos quais se conferia o encargo de realizar exames de conhecimento. Os liceus, na realidade, funcionavam apenas como locais em que os alunos compareciam para realização de tais avaliações, sendo a educação provida em âmbito domiciliar, pelos pais ou, nas famílias mais abastadas, por preceptores contratados para tal fim²⁷⁰.

A educação primária apenas passou a ser o centro das atenções nas primeiras décadas da República, quando se tomou a compreensão de que fator relevante para as crises de um país seria o descaso com a educação. Nessa perspectiva, foram implementadas inúmeras reformas ao ensino, em âmbito federal e estadual, culminando na instituição da obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário pela Constituição de 1934.

O caráter obrigatório atribuído ao ensino primário revela uma atenção do legislador voltada ao combate da ignorância. No contexto de um país sustentado por uma economia agrária, comprehende-se a imposição de um tal dever como meio de garantir a educação da população. A maior parte das famílias, à época, não tinha acesso à educação de qualidade e, por conseguinte, davam pouca importância aos estudos. Além disso, no meio rural, o imperativo da sobrevivência ou a necessidade de mão de obra sem custo, conduziam à ideia dos estudos como um capricho desnecessário²⁷¹.

Compreende-se que a intenção do legislador era garantir à criança e ao adolescente o acesso à educação, por meio do ensino escolar, diante da inércia em que permaneceriam as famílias caso não existisse uma obrigação legal que a isso as impelisse. Conclui-se que não se pretendeu vedar outras modalidades de ensino, mas somente garantir que houvesse um meio ordinário de acesso à educação.

²⁶⁹ Capítulo 1. Dos Estudos Preparatórios para o Curso Jurídico. 1º Sendo necessário que os estudantes, que houverem de matricular-se nas aulas jurídicas tenham a conveniente idade, e os estudos prévios que preparam o entendimento para prosperar nos maiores, nenhum poderá matricular-se sem apresentar certidão de idade, pela qual conste que tem 16 annos paracima, porque só desta época em diante poderá Ter (*sic*) os necessarios preparatorios, e o espirito medrado, e disposto para bem conceber as materias da sciencia, a que se dedicam, e discorrer sobre ellas mais madura reflexão.

²⁷⁰ DALLABRIDA, Norberto. A reforma Francisco Campos e a modernização nacionalizada do ensino secundário. *Revista Eletrônica PUCRS*, v. 32, n. 2, p. 185-191, mai./ago. 2009, p. 186.

²⁷¹ RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Direito Educacional: Educação Básica e Federalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 186, nt. 623.

É sob essa perspectiva que devem ser interpretados o art. 55 do ECA e o art. 6º da LDB. Esses dispositivos legais visam a garantir que à criança seja dada a educação básica. Para tanto, estabelece que o conteúdo correspondente à educação básica – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – devem ser ministrados à criança e ao adolescente. Não se pode inferir de tais dispositivos uma vedação a outra modalidade de ensino distinta do escolar.

O argumento de ordem substancial utilizado com maior frequência para obstar a prática de o ensino domiciliar diz respeito à socialização da criança ou do adolescente.

Afirma-se que a escola é o ambiente por excelência em que se promovem a troca de experiências, o contato com a diversidade – de opiniões, de valores, de religião, de formação familiar, de condição econômica, de posição social – e a vivência de situações distintas daquelas vividas no âmbito familiar. Tal ideia é sintetizada no dito comum segundo o qual a escola é a antecâmara do mundo; de que esse espaço funciona como uma minissociedade. Pressuposto fundamental dessa concepção é que a escola propicia socialização única e insubstituível²⁷².

Nesse sentido, o ensino no âmbito familiar é visto como prejudicial ao desenvolvimento da criança e do adolescente, como meio inapropriado a promover a adequada socialização da pessoa, pois resultaria em isolamento, na criação e educação conforme visão de mundo única, dentro de uma redoma que afastaria as dificuldades da vida em sociedade. Assim, o ensino domiciliar promoveria a segregação, indo de encontro à finalidade integrativa da educação, pois a formação assim promovida não permitiria o confronto de valores, convicções e hábitos.

Afirma-se, ainda, que espaços educacionais segregatórios, no qual se enquadrariam o ensino em escolas religiosas e em âmbito domiciliar, constituem a maior causa do cisma social que leva à conduta violenta, por consequência de educação fundada em visão de mundo única e não confrontada, que não partilha dos valores comuns à sociedade²⁷³.

A resposta a essa objeção demanda conceituação precisa do que seja a socialização da pessoa.

²⁷² BOUDENS, Emile. *Homeschooling no Brasil*: Estudo apresentado à Câmara dos Deputados, pela Consultoria Legislativa da Área XV, 2001.

²⁷³ CRABTREE, Vexen, *Religion, Violence, Crime and Mass Suicide*. Disponível em: http://www.humanreligions.info/violence_and_crime.html#Prevention. Acesso em 15.09.2017.

Socialização é processo de apreensão da linguagem, das regras básicas de convivência, dos valores e modos de comportamento da sociedade em que se insere o indivíduo. Os agentes primários são as pessoas mais próximas do educando (família natural e família extensa) e os secundários, as instituições sociais de que seja parte (local de estudos, local de trabalho, igreja)²⁷⁴.

Em sentido contrário à objeção indicada, afirma-se que o ensino domiciliar é capaz de promover a socialização adequada da criança e do adolescente.

Em primeiro lugar, ao se tomar como verdade que a única instituição capaz de socializar a pessoa é a escola, entendida em seus moldes atuais, de currículo uniforme e ensino massificado, ignora-se a perspectiva histórica, vez que a instituição escolar como tal é fenômeno recente no mundo e, mais ainda, no Brasil.

A obrigatoriedade do ensino surge como consequência dos ideais iluministas de liberdade e igualdade, sendo proposto um ensino laico, livre das ideias de religião, e capaz de promover a ascensão social a todos sem distinção. Assim, o ensino fundamental obrigatório foi impulsionado tanto pela Revolução Francesa, na busca por promover oportunidades iguais de ascensão social e acesso ao trabalho produtivo, como pela Revolução Industrial, que enfatizou o aspecto técnico da educação e a padronização de condutas com vistas à preparação para o trabalho²⁷⁵.

No Brasil, a escola nesses moldes surge apenas com a proclamação da República, ao final do século XIX. A obrigatoriedade do ensino primário, por sua vez, foi estabelecida quase meia década depois, na Constituição de 1934.

Portanto, essa consideração traria de modo implícito a assunção equivocada de que nos períodos anteriores ao surgimento da escola moderna, não haveria socialização, que teriam sido formadas pessoas incapazes ou de visão de mundo parcial e conduta totalitária.

Em segundo lugar, carece de fundamento a afirmação de que o *homeschooling* resultaria em socialização deficiente da criança ou adolescente. Pesquisas empíricas demonstram o contrário: as crianças educadas pela modalidade do ensino domiciliar não apresentam disparidades em relação às aquelas educadas pelo ensino escolar, desenvolvendo em igual nível as capacidades e habilidades sociais. Além disso, alguns estudos apontam que as pessoas educadas

²⁷⁴ MOREIRA, Alexandre Magno. *Op. cit.*, p. 30.

²⁷⁵ BOUDENS, Emile. *Ensino em casa no Brasil...*cit., p. 8.

na modalidade de ensino domiciliar apresentam maior autonomia, motivação e comportamento de liderança em comparação às educadas na rede regular de ensino. Vê-se que por essa modalidade a socialização da pessoa é possível e possibilita um exercício da cidadania mais efetivo²⁷⁶, o que foi reconhecido no voto do Min. Roberto Barroso.

Em terceiro lugar, põe-se em questão a efetiva capacidade da escola em promover a socialização. É de fácil percepção que o ambiente escolar é marcado por uniformidade, sobretudo por parte do corpo docente, composto por pessoas de formação acadêmica semelhante e que, no mais das vezes, assume linha ideológica bem determinada. Além disso, é evidente da mesma maneira o fenômeno das pressões de grupos, isto é, a força moral que alguns alunos reunidos exercem sobre outros não inseridos nesse grupo, o que se reflete concretamente na prática denominada *bullying*.

A consideração de que a escola promove uma socialização negativa é uma das razões que leva os pais a optarem por educar seus filhos em casa. De tal modo, a educação domiciliar pela família resultaria no desenvolvimento de autoconfiança e sistema estável de valores, enquanto a educação escolar não permitiria contato significativo com os demais, bem como haveria maior chance de submissão às pressões do grupo.

Outra objeção feita ao ensino domiciliar diz respeito à qualidade dos pais como agente educativos. Afirma-se que a família instrui mal e educa pior. Isso porque as relações nela desenvolvidas estão fundadas no afeto e respeitam o dever filial, em oposição ao ambiente educacional saudável cujas relações se fundem em bases racionais e objetivas. Ademais, alega-se não haver prova científica de que os pais sabem melhor do que os professores aquilo que deve compor a formação da criança do adolescente²⁷⁷.

Um desdobramento dessa objeção é dizer que o ensino domiciliar promove inadequado isolamento, que vai de encontro ao ideal da sociedade moderna, em que o conhecimento verdadeiro seria coletivamente construído e

²⁷⁶ MOREIRA, Alexandre Magno. *Op. cit.*, p. 155-157. O autor apresenta a conclusão de dez estudos que apontam as conclusões mencionadas.

²⁷⁷ BOUDENS, Emile, *Ensino em casa no Brasil...*cit., p. 22.

resultaria do confronto de ideias²⁷⁸. Nesse sentido, apenas a escola propiciaria acesso a um conhecimento neutro.

Em contraposição aos argumentos demonstrados, está o reconhecimento de que a família é, dentre as instituições sociais, aquela cuja finalidade essencial é educativa. A sociedade tem como fim alcançar o bem comum. O Estado, por sua vez, volta-se a criar os meios e condições para que o bem comum seja alcançado. A família é a instituição diretamente responsável pelo surgimento de novas pessoas, sendo por essa razão anterior às demais e tida como célula básica do tecido social. Por conseguinte, tem primazia em relação às demais instituições no que diz respeito ao bem de seus próprios membros. E isso pela simples razão de ser a instituição mais próxima, em sentido existencial e físico, das pessoas que a compõem.

É por reconhecer essa posição de precedência da família que a Constituição Federal adota redação orientada por um sentido que vai da maior para a menor proximidade em relação à pessoa em desenvolvimento²⁷⁹. Por essa razão é que se atribui o dever de assegurar direitos fundamentais à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, à família, à sociedade e ao Estado, nessa ordem. Nesse mesmo sentido se orienta o ECA, interpondo entre família e as outras duas instituições mencionadas a comunidade, consolidando a visão de que a efetiva proteção da pessoa em desenvolvimento exige proximidade, não apenas em seu aspecto físico, mas existencial.

Ao se ter em conta que a finalidade da família é essencialmente educativa, isto é, instituição que se volta à procriação e pleno desenvolvimento de novas pessoas, não há que se falar em fragilidade como agente educativo. É de elementar constatação que não há quem queira mais o bem dos filhos do que os pais. Daí já se pode concluir que a família, por sua própria essência, seria o agente educativo ideal.

Esse entendimento, contudo, não foi adotado na decisão em comento. Em sentido contrário, conclui-se não haver preponderância da família ou do Estado no que se refere à educação da criança e ao adolescente.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 23.

²⁷⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No que diz respeito ao desempenho acadêmico, em particular, outros estudos mostram que não há desvantagem para as crianças educadas pelo homeschooling em relação àquelas educadas no ensino escolar. Pelo contrário, as comparações apontam melhor desempenho daquelas que recebem a educação domiciliar²⁸⁰.

Sobre a escola como espaço educativo por excelência, basta a verificação da situação do ensino na maior parte das escolas brasileiras, que promove socialização negativa e sequer forma seus alunos em níveis satisfatórios de alfabetização, isto é, não atende sequer à finalidade mais elementar da educação, quanto mais no que diz respeito ao preparo para o exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho. A situação atual da escola brasileira, contudo, não é utilizada como argumento contra a instituição escolar em si, mas serve para dar sustento às razões que levam os pais a optarem pelo ensino domiciliar.

Vale mencionar assunto levantado pelos ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, sobre o crime de abandono intelectual, tipificado pelo art. 246 do Código Penal²⁸¹.

A doutrina de Direito Penal apresenta divergência sobre ensino domiciliar configurar crime de abandono intelectual. Há, de um lado, autores que sustentam configurar o crime de abandono intelectual a prática do *homeschooling*, pois o único meio de prover à educação do filho seria a rede de ensino regular (= ensino escolar); de outro, estão os autores que afirmam não haver o referido crime, vez que a nuclear do tipo penal, “deixar de prover a educação”, não ocorreria.

A posição de haver crime na prática do ensino domiciliar funda-se sobre os argumentos já apresentados como objeções a essa modalidade: socialização insuficiente; obrigatoriedade de matrícula na rede regular de ensino (art. 6º, LDB, e art. 55, ECA); ensino escolar como único meio apto a promover a socialização e instrução completa da pessoa.

Tais argumentos foram enfrentados, pelo que se demonstrou a suficiência da socialização promovida pelo ensino domiciliar, bem como o sentido

²⁸⁰ RAY, Brian D. *Research Facts on Homeschooling*. Disponível em: <https://www.nheri.org/research-facts-on-homeschooling.html>. Acesso em 15.09.2017. O autor do estudo citado apresenta conclusões a partir de diversas pesquisas sobre o *homeschooling*.

²⁸¹ Art. 246 – Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

em que se deve compreender a obrigatoriedade da educação básica e ao comando de matrícula obrigatória, destinado apenas aos pais que optem pelo ensino escolar.

A prática do *homeschooling* não configura o crime de abandono intelectual. A obrigação de prover à instrução primária do filho em idade escolar não é cumprida somente pela frequência a escola, mas também pelo ensino domiciliar. Desde que sejam fornecidos elementos e condições para instrução do filho menor, pouco importa se a educação é ministrada em escola pública, particular ou em casa. O art. 246 do Código Penal tipifica a conduta dos pais que não fornecem aos filhos o ensino devido, e não a conduta dos pais que deixam de matricular o filho na rede de ensino regular.

3. A metodologia da decisão

A respeito da formulação da questão jurídica, interessante notar a perspectiva pela qual foi apreendido o seu objeto.

Na decisão em que se reconheceu a existência de repercussão geral, o Min. Roberto Barroso entendeu que o debate se daria sobre “os limites da liberdade dos pais na escolha dos meios pelos quais irão prover a educação dos filhos, segundo suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas”.

O enfoque metodológico²⁸² adotado na decisão deu-se pela perspectiva da liberdade dos pais em escolher o meio pelo qual promover a educação dos filhos. Não se cogitou de perceber o objeto do julgamento pela perspectiva do Direito Civil e seus institutos próprios, em especial, aqueles relativos

²⁸² O conceito de metodologia, no sentido que lhe confere Karl Larenz, implica uma concepção sobre o que é o Direito e qual a sua finalidade. Trata-se do duplo rosto da ciência do direito, um que olha para a dogmática jurídica e sua aplicação prática, e outro, voltado à teoria e à filosofia do Direito. Em consequência, se a concepção dogmática varia de julgador para julgador, então, serão distintas as aplicações práticas, senão no resultado ao menos no método, isto é, a maneira de decidir, o caminho para a decisão, varia de acordo com a concepção metodológica de cada julgador. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamengo. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1991, p. 1-6 (prefácio à primeira edição): “A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria atividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos aplicados na ciência, mas também comprehendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites. A necessidade e a justificação de um método decorrem do significado, da especificidade estrutural do objeto que por meio dele deve ser elucidado. Não se pode, portanto, tratar da ciência do Direito sem simultaneamente tratar também do próprio Direito. Toda e qualquer metodologia do Direito se funda numa teoria do Direito, ou quando menos implica-a. Ela exibe um duplo rosto – um que está voltado para a dogmática jurídica e para a aplicação prática dos seus métodos, outro que se volta para a teoria do Direito e assim, em última análise para a filosofia do direito. Nesta dupla direção reside a dificuldade da metodologia, mas também o seu particular encanto”.

ao Direito de Família. Essa abordagem foi objeto de crítica por Maria Celina Bodin de Moraes e Eduardo Nunes Souza, por entenderem que tratou do tema da educação como um problema de autonomia privada, pondo de lado a situação jurídica subjetiva denominada poder jurídico²⁸³.

O caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal cuida de tema situado na intersecção entre Direito Constitucional – que define os contornos da relação entre Estado e família na educação de crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada em face de imposições estatais – e Direito Privado (autonomia privada e poder-familiar). No que diz respeito à educação, trata-se de matéria que certamente exige o adequado diálogo entre esses ramos do direito.

Os votos presentes no acórdão ignoram a disposição normativa do Código Civil, sequer lhe fazem referência (a exceção de Gilmar Mendes, que cita o art. 1.634 do Código Civil, o que, contudo, não assume relevância no conjunto de sua argumentação), e não apoiam os argumentos na doutrina do Direito Civil e nos institutos próprios a esse ramo. Trata-se de questão situada na intersecção entre Direito Público e Direito Privado, de modo que, se não necessário, ao menos conveniente trazer a perspectiva do Direito Civil, em geral, e dos institutos do Direito de Família, em particular, para esclarecer a questão e, a partir daí, obter respostas jurídicas precisas e tecnicamente adequadas.

Nesse sentido, pode-se dizer que o Direito Civil foi posto de lado. Trata-se do problema apontado por Otávio Luiz Rodrigues Jr. sobre as relações entre os ramos do direito e a questão da autonomia epistemológica de cada um²⁸⁴.

A desconsideração do Direito Civil deixou de lado um instituto que seria valioso, qual seja o poder-dever, que poderia fornecer esclarecimentos à relação entre pais e filhos, bem como às limitações de um poder cujo exercício deve observar limitações impostas por sua finalidade. A consideração de tal instituto poderia dar maior precisão técnica à decisão.

²⁸³ “Causa estranheza, portanto, que qualquer controvérsia relativa ao tema da educação dos filhos seja abordada prioritariamente pelo prisma de uma suposta *liberdade* do titular do poder jurídico – ou, ao menos, de uma liberdade funcionalmente voltada ao interesse desse titular, em lógica completamente alheia à configuração da situação jurídica subjetiva denominada poder jurídico. [...] o enfoque da liberdade parece simplificar a discussão porque, ao que tudo indica, no entender da Corte, esse princípio já conta, de antemão, com ampla primazia sobre todos os outros”. BODIN DE MORAES, Maria Celina; SOUZA, Eduardo Nunes. Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar. *Civilistica.com*, ano 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/educacao-e-cultura-no-brasil/>. Acesso em 16.06.2019.

²⁸⁴ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo – Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2019.

A disciplina jurídica do direito civil é esclarecedora no que diz respeito à responsabilidade pela criança e pelo adolescente: a primazia é dos pais.

A criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, pelo que se reconhece o incompleto desenvolvimento das faculdades intelectuais, a pouca experiência de vida e a consequente facilidade de sofrer influência de outros, a falta de critérios para autodeterminação e auto-orientação²⁸⁵.

É precisamente pelo reconhecimento da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que o ordenamento jurídico lhes confere tutela protetiva. Essa proteção desdobra-se no instituto da incapacidade civil, absoluta para os menores de dezesseis anos e relativa aos de idade entre dezesseis e dezoito anos, e no poder familiar atribuído aos pais em relação aos filhos ou responsável, isto é, tutor ou curador sobre pupilo ou curatelado.

A capacidade jurídica, compreendida como possibilidade de que são dotados certos entes de ser titulares de posições jurídicas subjetivas ativas e de posições jurídicas, é manifestação da personalidade jurídica.

A capacidade de agir refere-se ao exercício dos poderes e deveres jurídicos compreendidos na capacidade jurídica. Os menores de idade, até os 16 (dezesseis) anos, são titulares de direitos e, ao mesmo tempo, incapazes de exercitá-los, ou, ao menos, de exercitá-los por si somente. São pessoas absolutamente incapazes de entender e de querer, são titulares de posições jurídicas subjetivas ativas, mas não estão na posição de exercitá-las. Faz-se necessária, para esse fim, a representação, pela qual outros sujeitos, designados pelo ordenamento jurídico, exercitam os poderes correspondentes àquela posição e cumprem os deveres próprios aos incapazes de agir, em nome e no interesse destes últimos.

O poder familiar consiste, dentre outros deveres, em dirigir a criação e educação dos filhos²⁸⁶. Esse poder jurídico dos genitores é semelhante em sua estrutura ao direito potestativo, porém, constitui categoria diversa, vez que não é exercido exclusivamente no interesse do titular²⁸⁷.

²⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2014, v. 1, p. 232.

²⁸⁶ Art. 1634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I- dirigir-lhes a criação e a educação.

²⁸⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/situacesjuridicas-subjetivas-aspectos-controversos>. Acesso em 08.09.2017.

Para uma adequada compreensão do poder familiar e do correspondente dever de educar os filhos presta contribuição significativa a teoria da relação jurídica e, nesse particular, a conceituação de poder funcional segundo Giuseppe Lumia.

A relação jurídica é a relação da vida social disciplinada pelo direito, em que há atribuição de um direito subjetivo a uma pessoa e a correspondente imposição de um dever ou uma sujeição a outra pessoa.

Sujeitos da relação jurídica são as pessoas entre as quais ela se constitui. Nos pontos terminais da linha em que se figura a relação jurídica estão os sujeitos: no polo ativo, está o titular do direito subjetivo, no polo passivo aquele onerado com o correspondente dever ou sujeição²⁸⁸.

O direito subjetivo, por sua vez, pode ser conceituado como aquele correspondente à posição de seu titular que se traduz no poder de exigir ou pretender de outra pessoa determinado comportamento²⁸⁹. Na categoria dos direitos subjetivos se insere o direito dos pais em relação ao filho.

Giuseppe Lumia reconhece que as relações jurídicas podem ter por substrato tanto relações da vida prática, preexistentes ao ordenamento jurídico, como relações criadas pela própria norma jurídica. O poder familiar é, nessa perspectiva, uma relação anterior ao ordenamento jurídico, sobre a qual a norma incide para regulá-la. A filiação é relação que existe como fato natural, independente em relação à norma jurídica. Essa incide sobre aquela relação, sucessivamente e apenas no plano lógico, para torná-la jurídica²⁹⁰. Essa relação, contudo, deve levar em conta a distinção entre direitos subjetivos e poderes funcionais.

Direito subjetivo, nessa visão, é conceituado como um complexo unitário de posições jurídicas subjetivas ativas elementares, que corresponde a um conjunto de faculdades, pretensões, poderes formativos e imunidades, de que é titular um determinado sujeito, em relação a determinado objeto²⁹¹.

Os poderes funcionais constituem uma categoria diversa de posição jurídica subjetiva ativa complexa. Decorrem da conjunção entre um poder formativo e um dever comportamental, em que se atribui a um sujeito determinada posição

²⁸⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1966, v. 1, p. 2.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 10.

²⁹⁰ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 100-101.

²⁹¹ LUMIA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 107.

jurídica para a satisfação de interesses não exclusivamente seus. O exercício dessa posição surge como um dever comportamental que deve ser atuado em favor do interesse de outrem, sob pena de sanção imposta pelo ordenamento jurídico em caso de não cumprimento. Em correlação ao poder funcional, existe, no lado passivo, uma posição jurídica subjetiva passiva de sujeição.

O poder familiar é um poder funcional. Trata-se, portanto, de um poder jurídico que apenas pode ser exercido se tiver em conta interesse jurídico de outrem. Dessa sorte, o sujeito investido na posição jurídica ativa – os pais ou responsável - tem o dever de exercitar os poderes correspondentes a tal posição para modificar a situação jurídica do sujeito passivo.

Assim, na relação jurídica, os pais ocupam a posição subjetiva ativa e os filhos, a posição subjetiva passiva. O objeto dessa relação é a educação dos filhos. O poder familiar (poder funcional) é de titularidade dos pais ao que se conjuga o dever (dever comportamental) de dirigir a educação dos filhos (interesse de outrem e não exclusivo dos pais).

As prerrogativas conferidas ao titular do poder funcional devem ser necessariamente direcionadas em função do interesse da parte que se sujeita a esse poder. Tendo em conta esse necessário direcionamento funcional, conclui-se que o exercício dessa posição jurídica subjetiva ativa é necessário, e não facultativo. Ao contrário do que ocorre nos direitos subjetivos e potestativos, o titular do poder funcional não pode se recusar a exercê-lo. Nesse sentido, pode- se dizer que o poder funcional conferido aos pais deve ser exercido tendo em vista o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Há mecanismos de controle valorativo do exercício do poder, de modo que é possível coibir seu exercício disfuncional, podendo haver até mesmo a destituição do titular em caso de omissão. Assim, se for descumprido o dever correspondente ao poder funcional de educar os filhos, pode ocorrer a destituição do poder familiar, segundo dispõem os arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil²⁹².

²⁹² Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Pùblico, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Com efeito, o exercício do poder funcional deve estar orientado pela tutela do melhor interesse da criança, de modo a se reconhecer que o menor possui pretensões que devem ser respeitadas pela escolha dos pais²⁹³.

Conclusão

A decisão assume relevância por ter declarado a inexistência de vedação constitucional ao ensino domiciliar pela família no Brasil. Além disso, preservou a competência constitucional do Poder Legislativo, a quem cabe a edição de lei específica para regular a prática.

Nesse sentido, sinalizou alguns requisitos que devem ser observados por eventual espécie normativa sobre o tema a fim de que esteja conforme à Constituição. São eles: (i) necessidade de a criança e o adolescente frequentarem um ensino básico obrigatório, fornecido dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos; (ii) núcleo curricular mínimo definido por lei; (iii) necessidade de se verificar a convivência familiar e comunitária; (iv) supervisão, avaliação e fiscalização pelo poder público; (v) observância de disposições normativas impostas pelo texto constitucional, sobretudo aquelas relacionadas às finalidades e objetivos do ensino.

Outro ponto relevante abordado de passagem pela decisão diz respeito ao crime de abandono intelectual (CP, art. 246). Afastou-se a ideia de que a prática do ensino domiciliar configure essa conduta ilícita, uma vez que a nuclear do tipo penal “deixar de prover” (à educação de filho menor em idade escolar) não estaria presente no ensino domiciliar.

Os diversos posicionamentos presentes nos votos do acórdão permitem concluir que o tema, longe de estar pacificado, ainda ensejará intenso debate, já que a eventual edição de lei sobre a matéria poderá ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade e demandar um novo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

²⁹³ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Op. cit.*

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Requisitos para publicação:

- (a) de artigos: titulação mínima de mestrando (estar matriculado em curso de pós-graduação em nível de mestrado);
- (b) de comentários jurisprudenciais: titulação mínima de graduado;
- (c) os textos deverão ser inéditos.

Regras de formatação:

- (a) tamanho do papel: A4;
- (b) tamanho do texto: mínimo de 10 e máximo de 40 páginas;
- (c) margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) alinhamento: justificado;
- (e) fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 – título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 – notas de rodapé;
- (f) espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) destaque em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) citações: entre aspas e com recuo;
- (i) as citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I);
- (j) as referências devem constar na nota de rodapé (não usar sistema autor-data);
- (k) título do artigo em português e em inglês;
- (l) resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços;
- (m) lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;
- (n) sumário.

Folha de rosto:

- (a) deve vir em arquivo à parte;
- (a) nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Todos os artigos são submetidos ao processo Blind Peer Review, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos devem ser enviados para: rdfas@adfas.org.br