

“
ENTRE
REVISTA DA UNICORP
ASPAS
”

•• 7ª Edição ••

ESPECIAL COMEMORATIVA
410 ANOS DO TJBA

Cesar Calo Peghini
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas
Cristiane Menezes Santos Barreto
Flávio Tartuce
Gamil Föppel El Hireche
Gisela Borges de Araújo Carneiro
Icaro Almeida Matos
José Fernando Simão
Luciano L. Figueiredo
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Ehrhardt Júnior
Maurício Albagli Oliveira
Nestor Távora
Pedro Lúcio Silva Vivas
Rafaela Alban Cerqueira
Ricardo Calderón
Rodolfo Pamplona Filho
Rômulo de Andrade Moreira
Rose Mary Juliano Longo
Rosmar Rodrigues Alencar
Sebastião Borges de Albuquerque Mello



UNICORP
UNIVERSIDADE CORPORATIVA TJBA

“
ENTRE
REVISTA DA UNICORP
ASPAS
”

Janeiro 2020

ENTRE
REVISTA DA UNICORP
ASPAS

ISSN 2179-1805

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO
Conselho de Artigos Jurídicos

Desembargador João Augusto Alves de Oliveira Pinto; Desembargador Julio Cezar Lemos Travessa; Juíza de Direito Rita de Cássia Ramos de Carvalho - Assessora Especial da Presidência II - Coordenadora da UNICORP; Juiz de Direito Humberto Nogueira - Assessor Especial da Presidência - Magistrados; Juiz de Direito Paulo Roberto Santos de Oliveira - Auxiliar da Corregedoria das Comarcas do Interior; Juíza de Direito Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer; Juiz de Direito Pablo Stolze Gagliano; Juiz de Direito Ricardo Augusto Schmitt; Juiz de Direito Marcelo José Santos Lagrota Félix; e Juiz de Direito Adrianno Espíndola Sandes.

Conselho de Boas Práticas do Judiciário

Pablo Roberto Nascimento Moreira - Secretário de Planejamento e Orçamento - SEPLAN;
e Mariana da Silva Lorangeira - Diretora de 1.º Grau

COMPOSIÇÃO DA UNICORP

PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

Des. Augusto de Lima Bispo

**JUÍZA ASSESSORA ESPECIAL
DA PRESIDÊNCIA II - ASSUNTOS INSTITUCIONAIS**

Rita Ramos

SECRETÁRIA-GERAL

Líbia Maria Almeida de Andrade Figueiredo Lima

CAPA

Assessoria de Comunicação do TJBA

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Assessoria de Comunicação do TJBA

Rua Rio São Francisco. 1 Monte Serrat, Salvador/BA
CEP 404425-060 - Salvador - Bahia
Tel: (71) 3496-2900 / 2912 / www.tjba.jus.br/unicorp
unicorp@tjba.jus.br



CARTA AO LEITOR

Prezado(a) Leitor(a),

A revista "ENTRE ASPAS" apresenta a sua mais recente edição, trazendo artigos relevantes na área jurídica. A preocupação, sempre, é difundir matérias capazes de provocar debates doutrinários acerca de temas do Direito, em voga no momento. Seleccionamos, assim, criteriosamente, os escritos que serão lidos, certamente, com avidez por nosso público leitor.

Boa leitura, pois.

SALVADOR, BAHIA, janeiro de 2020.

JOÃO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO,
Presidente,
Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia,
da Associação Bahiana de Imprensa,
do Instituto dos Magistrados do Brasil (RJ),
do Instituto dos Advogados da Bahia.

SUMÁRIO

- Novos paradigmas do Direito de Família

A Intensidade dos Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais para o Direito de Família Contemporâneo

Cesar Calo Peghini 12

Coparentalidade: A Autonomia Privada dos Genitores em Contraponto ao Melhor Interesse da Criança

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho 25

A Convocação dos Demais Responsáveis pela Obrigação de Alimentos Familiares

Flávio Tartuce 50

O Provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o Novo Tratamento do Reconhecimento Extrajudicial da Parentalidade Socioafetiva

Flávio Tartuce 54

A Venda de Ascendente para Descendente e a necessidade de Correção do Art. 496 do Código Civil

Flávio Tartuce 58

Os Pactos Sucessórios Ontem e Hoje: Uma Leitura À Luz da Teoria do Patrimônio Mínimo de Luiz Edson Fachin

José Fernando Simão 63

Afinal: É Namoro ou União Estável?

Luciano L. Figueiredo 75

A Hipoteca Reversa e a Proteção da Autonomia Financeira da Pessoa Idosa

Marco Aurélio Bezerra De Melo 90

Breves Notas sobre a Responsabilidade Civil no Direito das Famílias

Marcos Ehrhardt Júnior 93

Obrigação de Prestar Alimentos entre Ex-Cônjuges e Companheiros no Direito das Famílias Contemporâneo

Maurício Albagli Oliveira 105

Filiação no Direito de Família Brasileiro: Ressignificação a Partir da Posse de Estado e da Socioafetividade

Ricardo Calderón 123

“Princípio da Afetividade no Direito de Família”

Ricardo Calderón 138

- A colaboração premiada como instrumento de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro

Análise do Valor Probatório das Declarações do Delator no Juízo de Admissibilidade da Acusação

Gamil Föppel El Hireche e Gisela Borges de Araújo Carneiro 156

Colaboração Premiada: Entre Fatos e Teses

Icaro Almeida Matos 170

Valor Probatório da Colaboração Premiada

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar 182

A Colaboração Premiada como Instrumento de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

Rômulo de Andrade Moreira 192

Limites da Renúncia a Direitos nos Acordos de Delação Premiada

Sebastião Borges de Albuquerque Mello e Rafaela Alban Cerqueira 203

- A Gestão Estratégica como produto de uma Governança Corporativa à Serviço do Desempenho Institucional

A Formação Continuada como Ferramenta de Inovação no Macrodesafio da Melhoria da Gestão de Pessoas - Estudo De Caso Dos Cartórios Integrados Da Comarca De Salvador -

Cristiane Menezes Santos Barreto e Pedro Lúcio Silva Vivas 220

Complexidade, Conhecimento e a Gestão Estratégica das Organizações para o Melhor Desempenho Insitucional

Rose Mary Juliano Longo, PhD 247

“

**NOVOS PARADIGMAS
DO DIREITO DE FAMÍLIA**

”

A INTENSIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

THE INTENSITY OF CONSTITUTIONAL AND INFRA-CONSTITUTIONAL PRINCIPLES FOR THE CONTEMPORARY FAMILY LAW

CESAR CALO PEGHINI¹

“Se você passar por uma guerra no trabalho, mas tiver paz quando chegar em casa, será um ser humano feliz. Mas, se você tiver alegria fora de casa e viver uma guerra na sua família, a infelicidade será sua amiga”. Augusto Cury.

RESUMO

Como se faz nítido, o Direito de Família hodiernamente sofre grandes alterações, tal fato social repercute na concepção jurídica do instituto e, frente a crescente vertente entre os doutrinadores contemporâneos em constitucionalizar as normas, não pode ser negada a implementação de princípios ao atual Direito de Família. O presente artigo pretende analisar inicialmente um breve conceito do Direito de Família e posteriormente indicar os princípios norteadores atinentes ao tema, verificando por fim, seus principais efeitos.

Palavras-chave: Direito de Família; Conceito de Direito de Família; Princípio aplicados ao Direito de Família.

ABSTRACT

As is clear, the Family Law in our times undergoes major changes, such social fact reflected in the legal institute design and front the growing strand among contemporary scholars in constitutionalise standards, it cannot be denied the implementation of principles to current law Family. This article intends to initially analyze a brief concept of the Family Law and later indicate the guiding principles relating to the subject, verifying finally, its main effects.

Keywords: Family right; Family Law concept; Principle applied to family law.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, Curso de Extensão em Direito Imobiliário pela Faculdade Autônoma de Direito - Fadisp, Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Escola Paulista de Direito, Pós-graduado (LLM) em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino, Mestrado pela Faculdade Autônoma de Direito – Fadisp e Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP.

INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA; 2. PRINCÍPIOS DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA; 2.1. Princípio da não Intervenção ou da Liberdade de planejamento familiar; 2.2. Princípio da função social da família (art. 226, da CF); 2.3. Princípio de Proteção da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, da CF); 2.4. Princípio da Solidariedade Familiar (art. 3º, I da CF); 2.5. Princípio da Igualdade entre Filhos (art. 227, §6º e art. 1.596, do CC); 2.6. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros e a chefia familiar; 2.7. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente; 2.8. Princípio a proteção ao idoso; 2.9. Princípio da Afetividade e pluralidade familiar (reconhecimento de outras entidades familiares); **CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

Introdução

Inicialmente, deve ser registrado que o Direito de Família hodiernamente sofre grandes alterações, tal fato social repercute na concepção jurídica do instituto e, frente a crescente vertente entre os doutrinadores contemporâneos em constitucionalizar as normas, não pode ser negada a implementação de princípios ao atual Direito de Família.

O presente artigo será dividido em dois momentos, desta forma um breve conceito do Direito de Família se faz necessário pontual, para somente após indicar os princípios, dentre eles: a não Intervenção ou da Liberdade de planejamento familiar; A função social da família (art. 226, da CF); A Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, da CF); A Solidariedade Familiar (art. 3º, I da CF); A Igualdade entre Filhos (art. 227, §6º e art. 1.596, do CC); A igualdade entre cônjuges e companheiros e a chefia familiar; O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente; A proteção ao idoso; A afetividade e pluralidade familiar (reconhecimento de outras entidades familiares).

Por fim, o método de pesquisa realizado é se fez por meio do critério dedutivo e indutivo na referida ordem.

1. Conceito de Direito de Família

Direito de família é o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos: casamento, união estável, relações de parentesco, filiação e direito assistencial². Além destes, acrescenta o tema relativo às novas famílias, ou, novas entidades familiares, as quais justificam a expressão “direito das famílias”³.

Essas novas entidades familiares constam do Projeto de Lei n.º 470/2013 (Estatuto das Famílias do IBDFAM), bem como no texto constitucional⁴. Ambos os institutos serão analisados no próximo bloco.

Ademais há na Codificação Civil uma preocupação com os efeitos dessas respectivas relações, sejam de cunho patrimonial, moral ou assistencial⁵.

Sendo assim, de forma didática, observa a essência do direito existencial ou pessoal, pautado em normas de ordem pública e normas de direito patrimonial ou também tida como ordem de direito privado.

² Referido conceito é retirado dos ensinamentos de Maria Helena Diniz, nos quais são inçados vários doutrinadores in: DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 18.

³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6. Ed.. São Paulo: RT, 2010.

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 1. Ed.. Atlas. São Paulo. 2013. p. 2.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 19.

As normas de ordem pública não podem ser contrariadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta (normas cogentes). Já as normas de ordem privada podem ser contrariadas (normas dispositivas)⁶.

Como exemplo citado por Flávio Tartuce⁷, se houver entre as partes uma união estável, será nulo o contrato de namoro por fraude à lei imperativa (art. 166, VI do CC), isto porque as normas existenciais da união estável são de ordem pública (art. 226, §3º da CF e art. 1.723 do CC). Entretanto, é válido o contrato de convivência, o qual prevê outro regime para união estável que não seja o da comunhão parcial de bens (art. 1.725, do CC), bem como os regimes de casamento (art. 1.639 a 1.688 do CC) – questão patrimonial de ordem privada.

Quanto ao objeto do direito de família, Maria Helena Diniz muito bem aponta ser o próprio ente familiar, a sua regulamentação e sua proteção⁸, bem como assevera ter vários caracteres (biológico, psicológico, econômico, religioso, político e jurídico) e é “*marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não somente no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade*”⁹.

Em continuidade ao analisar os lineamentos históricos, Silvio de Salvo Venosa¹⁰ pondera com elementos abarcados pela doutrina que o Histórico da evolução familiar passa desde a Poligamia nas tribos primitivas (relação instintivas), perdurando até hoje em algumas sociedades, à *Monogamia* nos dias atuais, haja vista a forte influência da Igreja.

Outra evolução, embora no mesmo lapso temporal tratado acima, refere-se ao casamento que tinha uma grande *vinculação com a igreja*, o qual usufruía como base fundamental à procriação e criação dos filhos com o caráter perpétuo¹¹.

Desta maneira, foi lenta e gradual a transformação do nosso ordenamento jurídico decorrente da evolução da sociedade¹², da liberalização dos costumes e da profunda mudança de valores e princípios, levada a efeito ao longo dos anos.

Observa Rodrigo da Cunha Pereira¹³:

“com a revolução feminista, a mudança dos costumes, o declínio do patriarcalismo, a mulher adquire um lugar de sujeito e não mais de assujeitada ao homem. As relações extramatrimoniais e sem o selo da oficialidade do casamento começaram a aumentar”.

Com a evolução da sociedade, a doutrina e a jurisprudência refletiram e levaram ao legislador a, aos poucos, abrandar o tratamento preconceituoso dado ao concubinato, para adaptar-se à nova realidade social.

6 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 1. Ed.. Atlas. São Paulo. 2013. p. 7.

7 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 2.

8 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 19.

9 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 19.

10 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 14. Ed.. Atlas. São Paulo. 2014. p. 3.

11 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 51.

12 “Mas a sociedade, na constante função criadora e recriadora de princípios e normas, motivadora das mudanças nas relações sociais, sensibilizando os estudiosos e operadores do direito, não se furtava a provocar o Judiciário e o Legislativo apresentando esta realidade, que, mesmo não sendo nova, passou a ser cada vez mais constante, principalmente em razão da indissolubilidade do casamento” IN: CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 7.

13 PEREIRA, Rodrigo da Cunha, “Da União Estável” In: ANAIS DO III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - Família e Cidadania – O Novo CCB e a Vacatio Legis, Belo Horizonte, União OAB/MG – Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2000, p.212.

Não obstante há uma nítida desvinculação do Estado com os dogmas religiosos com algumas alterações legislativas, dentre elas a Lei n.º 6.515/77, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e a Emenda Constitucional nº 66/10, bem como reconhece a família monoparental.

Porém, o período da *monogamia* passa por algumas alterações, dentre elas inicialmente a *discriminação da união livre e dos filhos ilegítimos*, que somente foi superada após Constituição de 1988 a qual prevê a isonomia em relação aos filhos, legítimos ou não, e reconhecimento da união estável como entidade familiar¹⁴ que será tratado no próximo tópico de forma mais aprofundada.

Nesse diapasão, o Direito de Família poder ser conceituado como a entidade familiar como instituto complexo¹⁵, decorrente de um ente despersonalizado, base da sociedade, cuja natureza é baseada pela afetividade¹⁶, não cabendo ao Estado defini-la, mas sim promovê-la.

Uma vez verificado o conceito, o direito de família sofre ainda com a sua aplicação prática, qual seja: sua devida compreensão, que depende de critérios hermenêuticos imbuídos na importância e a deficiência do positivismo jurídico¹⁷.

Tal situação somente pode ser superada, segundo entendimento da doutrina, com o resgate dos princípios na atual concepção social. Ideia essa, derivativa de todos os elementos apresentados até então, ou seja, o contexto social atual e histórico, qual prima o ponto de vista do afeto, do amor, da ética e da valorização das pessoas¹⁸.

Passamos assim, aos princípios constitucionais e materiais do Direito de Família Contemporâneo e sua introdução no sistema normativo.

2. Princípios do Novo Direito de Família

Conforme muito bem registra Maria Helena Diniz¹⁹, com um novo milênio, as alterações sociais foram emblemáticas, dentre elas: liberação sexual; a conquista do poder da mulher; desbiologização; e a proteção dos conviventes dentre outros elementos.

Referido fenômeno refletiu nitidamente na organização familiar sob vários aspectos, aos quais, serão os princípios do direito de família invocados como uma forma moderna de solução para dos conflitos atendendo as necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges²⁰.

Dentre os elementos basilares, não se pode negar a importância dos princípios constitucionais – baseados no direito civil constitucional -, de suma importância para uma devida interpretação dos institutos civis baseadas.

Tal providência tem uma significância impar, tendo em vista ser possível reconhecer a aplicação das normas constitucionais que protegem a pessoa humana em uma aplicação imediata nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)²¹ – art. 5º, §1º, da CF.

14 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 1. Ed.. Atlas. São Paulo. 2013. p. 7.

15 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 39.

16 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 5.

17 Referida questão foi devidamente apontada in: ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed.. Atlas. São Paulo. 2012. p. 3.

18 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 5.

19 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 32.

20 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 22.

21 In: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 60.

21 In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Para tanto, Roberto Senise Lisboa²² nota que:

“(...) Por tudo aquilo que foi até aqui exposto, conclui-se que a sistemática e a tópica devem interagir, possibilitando-se ao julgador a realização da justiça distributiva observando-se os princípios civis constitucionais, entre os quais destacam-se, para fins de regulação da família: a dignidade humana, a solidariedade familiar, a busca da erradicação da pobreza, o reconhecimento das entidades familiares e a igualdade entre os filhos.”

Diante do exposto, analisa em conjunto os referidos princípios, com os infraconstitucionais.

2.1. Princípio da não Intervenção ou da Liberdade de planejamento familiar

Nos termos do disposto no art. 1.513, do CC, o legislador vedou qualquer pessoa de direito público, ou direito privado interferir de forma coativa nas relações familiares.

Trata da valorização da autonomia privada nas relações familiares (direito de autorregulação) que decorre da liberdade constitucional.

Como exemplo Flávio Tartuce²³ ao citar Euclides de Oliveira, este assevera haver no direito de família a autonomia privada, tem relação com a “escalada do afeto”, qual seja: ficar; namorar; noivar; conviver; e casar, ou seja, o Estado não pode intervir na vontade das pessoas, bem como na forma de sua administração enquanto essa não for prejudicial.

Sendo assim, pode-se afirmar que há dentro do direito de família a preponderância da autonomia da vontade, mas que poderá ser mitigada por disposições contrárias como as políticas de controle de natalidade e planejamento familiar (art. 226, §7º, da CF)²⁴.

Tanto é assim, que a esterilização pontuada na Lei n.º 9.263/96 estabeleceu ser equivalente ao planejamento familiar. Para tanto, com intuito de efetivar a esterilização verifica-se necessário ter mais de 25 anos, ou ter dois ou mais filhos (desde que maior de 18). Além disso, intervalo de 60 dias entre manifestação e cirurgia.

Não obstante, conforme poderá ser notado há vários outros limitadores de caráter principiológico nos termos abaixo.

2.2. Princípio da função social da família (art. 226, da CF)

A família é a base da sociedade (célula *mater*), tendo especial proteção do Estado. Assim, a família deve ser analisada de acordo com o contexto da sociedade e sua evolução, o que abrange o avanço tecnológico e as diversidades regionais.

Função social conforme Orlando Gomes trata de uma finalidade coletiva, que nos termos do art. 113 do CC, os negócios jurídicos, inclusive familiares, devem ser interpretados conforme os usos do lugar da celebração.

22 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e sucessões*. 6. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2010. p. 37.

23 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 20.

24 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 100.

Não obstante a eventual conotação de desagregação ou crise casamento, onde há incitações até mesmo de decadência desse instituto, tais afirmações não podem prevalecer²⁵, pois não só o casamento, mas a própria família cria novas concepções, ela amolda e se reformula para atender novos anseios.

Tudo isso, pois não há instituto maior que cumpra sua função social do que a própria família, pois sem a mesma, não há evolução social, ou até mesmo a existência da continuidade social²⁶.

Sendo assim, diante da complexa instituição, passa-se há outros princípios norteadores do direito de família.

2.3. Princípio de Proteção da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, da CF)

Conceituar a dignidade da Pessoa Humana não é uma tarefa fácil tendo em vista todos os seus desdobramentos, extensão de sua aplicabilidade e até mesmo uma movimentação equivocada de sua banalização²⁷.

Flávio Tartuce²⁸ cita em sua obra o entendimento de Kant, para qual a dignidade humana é aquilo que a pessoa é como ser racional, considerando-se um fim em si mesmo. Já Para Maria Helena Diniz²⁹ dado princípio: “constitui base da comunidade Familiar (biológica e afetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”.

Um nítido exemplo na atual realidade brasileira trata da moradia e a casa própria, elas têm relação com a dignidade humana, pois segundo a Súmula nº 364 do STJ³⁰, o imóvel em que reside pessoa solteira, separada ou viúva é bem de família e, portanto, impenhorável³¹.

Isso porque, segundo o STJ, o fim social da Lei n.º 8009/90 (lei do bem de família) não é proteger um grupo de pessoas, mas a pessoa, a sua dignidade e o direito constitucional a moradia (art. 6º da CF).

Tal decisão transcende, pois cria uma nova entidade familiar não prevista no art. 226, da Carta Magna, pois as pessoas arroladas na referida Súmula não constam no referido rol, criando assim, um novo conceito de direito de família³².

2.4. Princípio da Solidariedade Familiar (art. 3º, I da CF)

Conforme Flávio Tartuce, a solidariedade significa responder ou preocupar-se com outro, com base na *Teoria do Cuidado* de Guilherme de Oliveira³³.

25 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 39.

26 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 100.

27 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 75.

28 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 7.

29 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37.

30 Súmula 364 do STJ: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

31 Observação se faz necessária quanto à alteração da lei de bem de família (Lei n.º 8009/90) e a possibilidade de penhorabilidade do bem se advindo de créditos trabalhistas, por empregados domésticos, conforme Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015.

32 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 7.

33 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 13.

Em complementação ao indicado, Roberto Senise Lisboa³⁴, adverte ter a solidariedade familiar duas eficácias a primeira a externa, relacionada à ideia do poder público e a sociedade civil realizar políticas de atendimento às entidades familiares, bem como a segunda, a eficácia interna que é do dever de colaboração para o desenvolvimento biopsíquico entre os membros da entidade.

Arremata referido autor que essa solidariedade é ampla, pois atende o âmbito Patrimonial, Moral, Afetiva e Espiritual³⁵.

A solidariedade patrimonial foi aumentada pelo CC/02, pois mesmo o cônjuge culpado pode pleitear alimentos necessários do inocente se não tiver condições para trabalho nem parentes que possam prestar os alimentos (art. 1.694, §2º e art. 1.704, parágrafo único do CC)³⁶.

Porém uma questão vai além dentro deste critério, de necessidade e possibilidade, o qual está conexo ao princípio da solidariedade, que é o da razoabilidade.

2.5. Princípio da Igualdade entre Filhos (art. 227, §6º e art. 1.596, do CC).

Todos os filhos havidos ou não durante o casamento são iguais perante a lei, sendo vedada qualquer forma de distinção ou discriminação. Portanto, não podem ser utilizadas as expressões “filhos adulterinos”, “filhos ilegítimos”, “espúrios” e “bastardos”³⁷.

Essa igualdade atinge os filhos adotivos, os filhos havidos de fecundação artificial heteróloga (com material genético de terceiro) e, por fim, os filhos socioafetivos (filhos de criação que decorrem de uma posse de estado)³⁸.

Assim não se admite qualquer distinção entre os filhos, seja de ordem formal como nome, pode familiar e alimentos, como até mesmo de ordem patrimonial como direito a sucessão³⁹.

2.6. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros e a chefia familiar

Conforme pode ser extraído do disposto na legislação em vigor, mais especificadamente os art. 5º, I da CF, art. 226 da CF e art. 1.511 do CC, constata a implementação da igualdade jurídica entre cônjuges e companheiros.

A ideia vem em substituição até mesmo de legislações anteriores (Estatuto da Mulher Casada e o Código Civil 1916) que implementavam a distinção entre homens e mulheres de forma indiscriminada e injustificada⁴⁰.

Segundo a CF/88, homens e mulheres são iguais perante a lei, o que repercute nas relações familiares. Assim, há igualdade na chefia familiar (art. 1.631 do CC), sendo certo que a hierarquia foi substituída pela diarquia (poder de dois).

34 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e sucessões* 6. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2010. p. 37.

35 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed. Atlas. São Paulo. 2012. p. 51.

36 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 15.

37 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 16.

38 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37.

39 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 24.

40 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 19.

Surge o conceito de família democrática, em que há um regime de colaboração entre cônjuges e companheiros, podendo os filhos opinar⁴¹.

Assim, não existe mais o pátrio poder, substituído pelo poder familiar “despatriarcalização do direito de família”. Neste sentido, como exemplo prático o marido ou companheiro pode pleitear alimentos da mulher ou companheira, bem como utilizar o nome do outro livremente (art. 1.565, do CC).

Não obstante, o princípio da isonomia constitucional pode ser expresso na seguinte oração: “a lei deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida das suas desigualdades” o que nos faz entender que a igualdade não é tida somente como material, mas sim formal.

Tal situação é lúdica, como a luz do sol quando tratamos do direito de família e especial a relação entre cônjuges e companheiros, como por exemplo, o direito à licença maternidade e paternidade⁴².

Tanto é assim que havia na doutrina a discussão da aplicação do art. 100, I do CPC o qual atribuía previsão de foro privilegiado em favor da mulher nas ações correlatas ao casamento, atualmente em vigor o novo CPC/2015, o art. 53, resolveu a questão, não prevendo mais tal foro privilegiado.

Em continuidade quanto à igualdade na chefia familiar pode-se afirmar que há uma alteração do procedimento. Tal situação se destaca na atualidade onde se verifica a diarquia ao invés da hierarquia familiar, ou seja, a participação do eixo da pessoa do homem e passa a ser entregue à mulher, inclusive sob a possibilidade de consulta aos filhos.

Tanto é assim, que se substitui de diversos dispositivos a expressão *pátrio poder para poder familiar*, a atual legislação⁴³.

Como exemplo da referida alteração podemos citar o art. 1.631, do CC que trata do dever da ambos os pais na administração dos filhos, bem como o art. 1.566, do CC qual impõe a ambos os cônjuges o dever de mútua assistência e respeito de acordo com suas possibilidades pessoais e patrimoniais⁴⁴.

Por fim, conforme art. 1.634, do CC (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) o poder familiar também deve ser exercido de forma igualitária quanto aos filhos da seguinte forma:

Art. 1.634. 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;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

41 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 17.

42 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed. Atlas. São Paulo. 2012. p. 54.

43 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 19.

44 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 25.

- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Conforme assevera Flavio Tartuce⁴⁵, os referidos exercícios acima descritos devem ser analisados de acordo com os usos e costumes do lugar de forma acometida sob a condição de em casos de violência haver a incidência de abuso do direito (art. 187 do CC), ou até mesmo ato ilícito (art. 186 do CC).

2.7. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Anotado pela legislação de forma expressa no art. 227 da CF, arts. 3º e 4º do ECA e arts. 1.583 e 1.584 do CC contém várias acepções, no âmbito nacional e internacional.

Os defensores do ECA utilizam o termo *proteção integral*, já os autores de direito internacional usam a expressão “*Best interestofchild*” (Convenção de Haia de Proteção dos Direitos da Criança)⁴⁶.

Não obstante a regulamentação, Maria Helena Diniz⁴⁷ pondera de forma assertiva que o referido princípio: “*permite o integral desenvolvimento de sua personalidade e é demitires solucionadora de questões conflitavas advindas da separação judicial ou divórcio dos genitores, relativas à guarda, direito de visitas e etc.*”

No direito de família o princípio tem aplicação na questão da guarda durante o poder familiar arts. 1.583 e 1.584 do CC, alterados pela Lei 11.698/2008, bem como Lei 13.058/2014.

Sendo assim, podemos analisar a questão como era tratada e como hodiernamente se aplica.

Como era: a guarda seria atribuída, em regra, conforme acordo entre os genitores (fixação consensual). Não havendo acordo, a guarda seria atribuída à quem oferecesse as melhores condições para exercê-la (melhor interesse da criança ou do adolescente). Sempre prevaleceu a guarda unilateral com direito de visitas para a outra parte.

Como ficou: foram mantidas as premissas básicas (acordo ou melhor interesse). Entretanto, a guarda compartilhada passou a ser prioritária. Na guarda compartilhada, o filho tem um lar único convivendo nesse lar com ambos os genitores que dividem as atribuições relativas ao filho.

GUARDA COMPARTILHADA. ALTERNÂNCIA. RESIDÊNCIA. MENOR. A guarda compartilhada (art. 1.583, § 1º, do CC/2002) busca a proteção plena do interesse dos filhos, sendo o ideal buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial. Mesmo na ausência de consenso do

45 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 20.

46 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 22.

47 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37.

antigo casal, o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada. Se assim não fosse, a ausência de consenso, que poderia inviabilizar a guarda compartilhada, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente porque contraria a finalidade do poder familiar, que existe para proteção da prole. A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e do período de convivência da criança sob a guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal letra morta. A custódia física conjunta é o ideal buscado na fixação da guarda compartilhada porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência das fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação. REsp 1.251.000-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/8/2011.

Não confundir com a guarda alternada que é aquela fracionada no tempo (conhecida como guarda mochileira ou ping-pong). Essa guarda não é recomendável segundo os psicanalistas e psicólogos, pois o filho não tem ponto de referência.

Uma última questão relevante refere-se a amplitude da aplicação do referido direito, em que mesmo havendo nulidade processual no trâmite de um processo, essa não pode ser alegada em prejuízo ao infante, pois, aplica-se a presente a proteção integral desse – STJ-847.597/SC.

2.8. Princípio a proteção ao idoso

Pautada não somente o disposto implicitamente na Constituição Federal por meio da solidariedade, mas também na Lei n.º 10.741/2003 a proteção do idoso se faz necessária.

De todas as mudanças legislativas até o presente momento o tratamento ao idoso é fundamental tendo em vista sua peculiaridade imperiosa, premente e necessária⁴⁸.

A acepção da aplicação de sua proteção é dinâmica e abrangente, pois engloba desde questões decorrentes aos alimentos (art. 11, do Estatuto) até mesmo a proteção contra arbitrariedades decorrentes dos planos de saúde privado.

Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. - Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas

48 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 97.

no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 989.380/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 20/11/2008)

2.9. Princípio da Afetividade e pluralidade familiar (reconhecimento de outras entidades familiares)

Afeto significa interação de afeição para com alguém de forma espontânea que nos termos do direito de família pode gerar efeitos⁴⁹ e o fundamento esta pautado na dignidade humana (art. 1º, III, da CF), bem como na solidariedade (art. 3º, I, da CF).

Para Maria Berenice Dias⁵⁰ o afeto está ligado aos sentimentos, podendo ser positivo (amor), ou negativo (ódio). Um conceito importante se refere ao entendimento de Pablo e Pamplona que registra “*Não nos propomos, com isso a tentar definir o amor, pois tal tarefa afigurar-se-ia impossível a qualquer estudioso filósofo ou cientista*”

Sendo assim, o que nos importa basilamente são seus efeitos jurídicos, como exemplo a tese do abandono afetivo (responsabilidade civil); reconhecimento de novas entidades familiares (caso da união homoafetiva); e reconhecimento da parentalidade socioafetiva como forma de parentesco civil (art. 1.593, do CC)⁵¹.

Portanto, 3 (três) são as verdades que devem ser ponderadas para determinação do vínculo parental:

- 1) verdade registral (o que está no registro);
- 2) verdade biológica (provada com DNA);
- 3) verdade socioafetiva (decorre uma posse de estado de filia, qualitativa e quantitativa).

Os principais casos de aplicação da parentalidade socioafetiva na jurisprudência envolvem a adoção à brasileira. Adoção à brasileira é a hipótese em que alguém registra como seu um filho alheio, geralmente porque há impedimento para adoção regular (RESP 1.088.157/PB 2009 e RESP 234.833/ MG 2007).

Praticamente todos os tribunais estaduais aplicam a parentalidade socioafetiva em uma análise quantitativa e qualitativa, sendo que não existe prazo para parentalidade socioafetiva.

Atinente a esse princípio, tendo em vista sua concepção, possibilita o reconhecimento das novas entidades familiares. O que está devidamente acostado em nossa Constituição Federal, além do casamento, consta ainda a união estável, bem como a família monoparental⁵².

⁴⁹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed.. Atlas. São Paulo. 2012. p. 3.

⁵⁰ In: *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 89.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 28.

⁵² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37. e LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e sucessões*. 6. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2010. p. 37.

Conclusão

Conforme se verificou no decorrer do presente artigo o Direito de Família pode ser conceituado como entidade familiar como instituto complexo, decorrente de um ente despersonalizado, base da sociedade, cuja natureza é baseada pela afetividade, não cabendo ao Estado defini-la, mas sim promovê-la.

Ainda nesse sentido, ficou registrado que o Direito de Família hodiernamente sofre grandes alterações, tal fato social repercute na concepção jurídica do instituto e, frente a crescente vertente entre os doutrinadores contemporâneos em constitucionalizar as normas, não pode ser negada a implementação de princípios ao atual Direito de Família.

Tanto é assim, que o Direito de Família sofre ainda com a sua aplicação prática e depende de critérios hermenêuticos imbuídos na importância e a deficiência do positivismo jurídico. Tal situação somente pode ser superada, segundo entendimento da doutrina, com o resgate dos princípios na atual concepção social.

Ideia essa, derivativa de todos os elementos apresentados até então, ou seja, o contexto social atual e histórico, qual prima o ponto de vista do afeto, do amor, da ética e da valoração das pessoas.

Mas não somente isso, dentre os referidos elementos, não se pode negar a importância dos princípios constitucionais de suma importância para uma devida interpretação dos institutos civis baseadas.

Tal providência tem uma significância impar, tendo em vista ser possível reconhecer a aplicação das normas constitucionais que protegem a pessoa humana em uma aplicação imediata nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) – art. 5º, §1º, da CF.

Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed.. Atlas. São Paulo. 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 1. Ed.. Atlas. São Paulo. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. Ed.. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013

FARIAS, C.; ROSENVALD, N. *Direito das Famílias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013

HIRONAKA, G. M. F. N. *Direito Civil. Direito de Família*. São Paulo: RT.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e sucessões. 6. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2010

LÔBO, Paulo. Famílias. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, “Da União Estável” In: ANAIS DO III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - Família e Cidadania – O Novo CCB e a Vacatio Legis, Belo Horizonte, União OAB/MG – Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2000

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: Direito de Família. 14. Ed.. Atlas. São Paulo. 2014.

**COPARENTALIDADE:
a autonomia privada dos genitores em contraponto
ao melhor interesse da criança**

**COPARENTALITY:
the private autonomy of parents as opposed
to the best interests of the child**

**CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS¹
RODOLFO PAMPLONA FILHO²**

RESUMO

O presente artigo tem por escopo refletir sobre a coparentalidade ou parentalidade responsável, apresentada como uma estrutura familiar baseada na cooperação, amizade, afeto, respeito e carinho entre pessoas, que objetivam conceber um filho, sem, contudo, assumir qualquer vínculo de matrimônio ou união estável. Tal conformação não tradicional tem sido mais uma opção, entre tantas outras, para solteiros convictos ou casais que, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero, buscam realizar o sonho de paternidade/maternidade, sem envolvimento romântico. Diante desse contexto, pretende-se avaliar, por meio de técnica bibliográfica exploratória, se o projeto de vida baseado na coparentalidade atenderia o melhor interesse da criança. A controvérsia central do tema se relaciona com o conflito entre o princípio da autonomia privada dos pais, o qual determina a liberdade dos genitores para planejar a maternidade e paternidade responsável, nos moldes previstos na Constituição da República de 1988, com o princípio do melhor interesse da criança, questionando-se se essa seria uma família ideal para o desenvolvimento do menor. Nessa perspectiva, será demonstra-

1 Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Brasil - Faculdade de Belo Horizonte. Professora de Direito da PUC Minas, Faculdade de Belo Horizonte, Conselho Nacional de Justiça e Polícia Militar. Pós-doutoranda pela Universidade Federal da Bahia. Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Servidora Pública Federal do TRT MG – Assistente do Desembargador Corregedor. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à distância pela PUC Minas. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. Site: www.claudiamara.com.br. E-mail: claudiamaraviegas@yahoo.com.br.

2 Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador — UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Curso de Pós-Graduação on-line em Direito Contratual e em Direito e Processo do Trabalho da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM — Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho — ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Site: www.rodolfopamplonafilho.com.br

do que o projeto de coparentalidade objetiva unicamente atender os interesses do menor, haja vista ser este o único elo entre os genitores, que tanto planejaram a sua existência.

Palavras-chave: Família. Coparentalidade. Direitos Fundamentais. Autonomia Privada. Melhor Interesse da Criança.

ABSTRACT: This article aims to reflect on coparenting or responsible parenting, presented as a family structure based on cooperation, friendship, affection, respect and affection between people, which aim to conceive a child, without, however, assuming any marriage bond or stable union. Such nontraditional conformation has been another option, among many others, for convinced singles or couples who, regardless of sexual orientation or gender identity, seek to realize the dream of parenthood without romantic involvement. Given this context, it is intended to evaluate, through exploratory bibliographic technique, whether the life project based on coparenting would meet the best interest of the child. The central controversy of the theme is related to the conflict between the principle of private autonomy of parents, which determines the freedom of parents to plan responsible motherhood and paternity, in accordance with the Constitution of the Republic of 1988, with the principle of best interest, wondering if this would be an ideal family for the child's development. From this perspective, it will be demonstrated that the project of coparenting aims only to serve the interests of the minor, since this is the only link between the parents, who so planned their existence.

Keywords: Family. Coparenting. Fundamental rights. Private Autonomy. Best Interest of the Child.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Direito de Família; 2.1 A evolução da família no Brasil: do patriarcalismo à afetividade; 3 As novas conformações familiares; 4. A coparentalidade 4.1 Conceito de coparentalidade; 4.2 O reconhecimento da coparentalidade como uma entidade familiar; 4.3 O contrato de geração de filhos na coparentalidade; 4.4 A coparentalidade e o melhor interesse da criança; 5 Conclusão. Referências

1. Introdução

O Direito das Famílias, dentre as demais vertentes do direito, é o mais próximo do ser humano, notadamente, porque, de modo geral, as pessoas iniciam a promoção da sua dignidade, e, conseqüentemente, o desenvolvimento da sua personalidade, no âmbito da organização familiar. Enfim, o início e o fim de tudo acabam ocorrendo na família, daí a sua importância e essencialidade.

A sociedade evoluiu e a família, ao longo da história da humanidade, vem passando por profundas transformações, com o objetivo de acompanhar a complexidade do ser humano. O progresso social, econômico e tecnológico, a industrialização, a emancipação da mulher e a valorização da autonomia da pessoa humana enfraqueceram o modelo multissecular patriarcal, sacramental, hierárquico e exclusivamente matrimonial, abrindo espaço para tutela dos arranjos familiares instrumentais, em que cada membro precisa ser considerado em si mesmo.

Seguindo essa linha progressista, a Constituição da República de 1988 inaugurou, no Brasil, o paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado nos princípios e regras que visam promover a dignidade humana, desconstruindo, assim, os valores da instituição fami-

liar tradicional, sacramental e excludente, cuja essência pouco se importava com a dignidade de seus membros.

O legislador constituinte, com o objetivo de por fim às desigualdades históricas no âmbito familiar, reconheceu o valor jurídico da dignidade, as liberdades e garantias da mulher, a igualdade entre os cônjuges e filhos, lançando uma visão jurídica ampliada de família, já vivenciada pela sociedade.

Por meio da consagração constitucional do princípio da pluralidade familiar, privilegiou-se a autonomia privada, concedendo às pessoas a legitimidade para escolher formas de relacionamentos alternativos ao casamento, dentre os quais se destaca a coparentalidade, tema central da presente pesquisa.

A coparentalidade ou parentalidade responsável será apresentada, no estudo, como uma nova estrutura familiar, baseada na cooperação, amizade, afeto, respeito e carinho entre pessoas que objetivam conceber uma prole, sem haver, contudo, qualquer relação amorosa, vínculo matrimonial ou união estável entre os participantes.

Tal conformação de família não tradicional tem sido mais uma opção, entre tantas outras, para solteiros convictos ou casais que, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero, buscam realizar o sonho de paternidade/maternidade, sem envolvimento romântico.

Diante desse contexto, pretende-se avaliar, por meio de técnica bibliográfica exploratória, bem como análise de casos concretos, se o projeto de constituição da coparentalidade compatibiliza o livre exercício da autonomia privada dos pais, que pretendem ter um filho, sem envolvimento amoroso, com o melhor interesse da criança, que será concebida numa modalidade alternativa de família.

A controvérsia central do tema, portanto, se relaciona com o conflito entre o princípio da autonomia privada dos pais, o qual concede liberdade aos genitores para planejar a maternidade e paternidade responsável, nos moldes previstos na Constituição da República de 1988, em contraponto ao princípio do melhor interesse da criança, questionando-se se essa seria uma família ideal para o desenvolvimento do menor.

Quer se analisar, em suma, os efeitos jurídicos da coparentalidade no Brasil.

2. O Direito de Família Brasileiro

O Direito de Família Brasileiro passou por profundas modificações tanto estruturais quanto funcionais ao longo dos anos. Quer-se dizer que, sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, o Direito de Família se moldou por diversas vezes, levando em conta a realidade fática vivida pela sociedade a qual o mesmo versava.

Nessa senda, passa-se a breve evolução histórica do instituto de família no Brasil.

2.1 A evolução da família no Brasil: do patriarcalismo à afetividade

Definir a família no Brasil Colonial também não é tarefa fácil. A diversidade de padrões familiares encontrados e suas transformações ao longo do tempo demonstram o caráter dinâmico e histórico da entidade familiar.

Nesse sentido, Leila Mezan Algranti, no livro "A História da Vida Privada no Brasil", relata que, nos primeiros séculos da colonização, a distância da Metrópole, que distanciava os membros das famílias, a falta de mulheres brancas, a presença da escravidão negra e indígena,

a constante expansão do território e a escassez de recursos marcaram a formação da organização familiar brasileira³.

A autora ainda descreve que o caráter estratificado da sociedade - brancos e negros, livres e escravos - dificultava a fixação de padrões de organização familiar. Tratou, então, da “vida doméstica na Colônia”, no seu sentido mais estrito, como sendo o espaço de convivência da intimidade, sobrepondo-se à família. Justifica que as famílias se constituíram de diferentes tipos de uniões – sacramentadas ou não – frequentemente dispersa e detalha:

Ora era o pai que se ausentava a serviço da Coroa ou em virtude de suas atividades, ora era a filha que se casava fora do local de seu domicílio, ou o filho que partia numa expedição ao sertão. Isso sem contar esposas e maridos que abandonavam a família para viver com outros companheiros, além, é claro, das repetidas interrupções dos laços familiares casadas por mortes prematuras.

É o espaço do domicílio que reúne, assim, em certos casos, apenas pessoas de uma mesma família nuclear e um ou dois escravos; em outros, somavam-se a essa composição agregados e parentes próximos, como mães viúvas ou irmãs solteiras. Por vezes encontramos domicílios compostos de padres com suas escravas, concubinas e afilhadas, ou então comerciantes solteiros com seus caixeiros. Em alguns domicílios verificamos a presença de mulheres com seus filhos, porém sem maridos; também nos deparamos com situações em que um casal de cônjuges e a concubina do marido viviam sob o mesmo teto. Isso sem falar nos filhos naturais e ilegítimos que muitas vezes eram criados com os legítimos. Tantas foram às formas que a família colonial assumiu, que a historiografia recente tem explorado em detalhe suas origens e o caráter das uniões, enfatizando-lhe a multiplicidade e especificidades em função das características regionais da colonização e da estratificação social dos indivíduos⁴.

A partir do relato de Algranti, pode-se verificar que existia, no Brasil Colônia, uma multiplicidade de arranjos que muito se parece com a pós-moderna, vislumbra-se a família unipessoal, monoparental, anaparental, simultânea, e, até mesmo, a presença da família poliafetiva.

Vainfas concorda aduzindo que num território extenso e culturalmente diverso como era o das colônias portuguesas, seria ingênuo considerar que existiu apenas um tipo de organização familiar⁵.

Segundo Iraci del Nero da Costa, na obra “A estrutura familiar e domiciliar em Vila Rica no alvorecer do século XIX”, no Brasil Colônia, “o estudo da estrutura familiar vincula-se, necessariamente, àquele relativo aos domicílios”⁶.

3 ALGRANTI, Leila Mezan. *Famílias e vida doméstica*. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord.); MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

4 ALGRANTI, Leila Mezan. *Famílias e vida doméstica*. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord.); MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 86-87.

5 VAINFAS, Ronaldo (direção). *Dicionário do Brasil imperial, 1822-1889*. RJ: Ed. Objetiva, 2002.

6 COSTA, Iraci del Nero da. *A estrutura familiar e domiciliar em Vila Rica no alvorecer do século XIX*. *Revista da IEB*, nº 79, 1971. p. 21.

Por outro lado, conquanto tenha havido famílias de várias espécies, não se pode negar a importância do casamento no projeto colonizador, a bem dizer, restrito, primordialmente à elite, em busca de status e segurança para o seu patrimônio. Segundo Algranti:

O casamento sacramentado conferia status e segurança aos colonos, tornando-o desejável tanto pelos homens como pelas mulheres, o que não significa que o simples fato de um indivíduo pertencer às camadas mais baixas implicasse necessariamente uniões consensuais. Pessoas de origem humilde, inclusive escravos, uniram-se em matrimônio perante a Igreja, conforme indicam vários estudos. A prática de oferecer dotes a moças órfãs e desprotegidas institucionalizou-se na Colônia mediante doações, reveladoras de que o casamento dignificava as pessoas.

Como conseqüência direta da colonização portuguesa, resta evidente a influência do Direito Romano, Germânico e Canônico nas famílias brasileiras formada pelo casamento sacramentado.

Mary Del Priore, na obra “História do amor no Brasil”, declara que, durante todo o período colonial e Império, “o casamento arranjado e o casamento por interesse”⁷, como contratos sociais solenes, eram mais importantes do que o amor entre elites.

Quanto ao sistema normativo, na época em que ainda era colônia de Portugal, o direito brasileiro se resumia ao que era posto pelas Ordenações do Reino de Portugal, ou seja, o Brasil se submeteu ao sistema normativo do seu colonizador por árduos 300 anos.

Na verdade, havia três Ordenações do Reino de Portugal, mas apenas as Filipinas, publicadas no ano de 1603, vigeram, no Brasil, desde o período de colonização até o advento do Código Civil de 1916. Cuidava-se de uma compilação jurídica fortemente influenciada pelo Direito Romano, Canônico e Germânico e, como não poderia deixar de ser, mantinha o tom patriarcalista e patrimonialista do período medieval⁸.

Proclamada à independência do Brasil, não houve qualquer ruptura com o sistema jurídico português. Isso porque, em 20 de outubro de 1823, D. Pedro I, editou uma lei⁹, que

7 PRIORE, Mary del. *Ritos da vida privada*. In *História da vida privada: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. SP: Cia. das Letras, 1997. p. 159.

8 DANTAS, San Tiago. *Rui Barbosa e o Código Civil*, in San Tiago Dantas. *Dois momentos de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1949.

9 LEI DE 20 DE OUTUBRO DE 1823. “Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados.

D. Pedro I, por Graça de Deus e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Perpetuo Defensor do Brasil, a todos os nossos Fieis Subditos Saude. A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Impero do Brazil tem Decretado o seguinte.

A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brazil Decreta.

Art. 1o As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

Art. 2o Todos os Decretos publicados pelas Côrtes de Portugal, que vão especificados na Tabella junta, ficam igualmente valiosos, emquanto não forem expressamente revogados. Paço da Assembléa em 27 de Setembro de 1823”. BRASIL. **Lei de 20 de Outubro de 1823**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em 21 nov. 2018.

determinou a manutenção das Ordenações Filipinas no Brasil, bem como demais formas normativas emanadas dos imperadores portugueses.

Sobre as características das Ordenações Filipinas, Francisco Amaral¹⁰ destaca que a legislação portuguesa aplicada no Brasil Colônia era “atrasada e retrograda”, com regras vigentes no século XV. E, seguindo essa perspectiva, o modelo de família patriarcalista começou a se formar logo no primeiro século da colonização, a partir da herança cultural portuguesa, cujas raízes ibéricas foram fortemente vinculadas ao passado medieval europeias.

Afora isso, o Brasil ficou por muito tempo sujeito as normas portuguesas, arraigadas de contornos religiosos, absorvendo, com isso, as leis, os costumes, as tradições e as imposições sacras advindas do Estado-Eclesiástico. Diante de tal contexto, a família era sacralizada com mera finalidade meramente procriativa.

Marise Soares Corrêa explica a influência histórica sofrida pela família brasileira, nos primórdios:

A família brasileira guardou as marcas de suas origens: da família romana, a autoridade do chefe de família; e da medieval, o caráter sacramental do casamento. Desta maneira, a submissão da esposa e dos filhos ao marido, ao tornar o homem o chefe de família — que, fincada na tradição, vem resistindo, na prática, a recente igualdade legal que nem a força da Constituição conseguiu sepultar — encontra a sua origem no poder despótico do pater *familias* romano. Ainda, o caráter sacramental do casamento advém do Concílio de Trento, do século XVI¹¹.

Naquele momento, a família patriarcal foi se instalando no Brasil, sobretudo, em decorrência da influência da família romana, da autoridade do chefe de família; e da medieval, o caráter sacramental do casamento. Seguindo essa perspectiva, o homem exercia o poder absoluto do controle e comando da casa, devendo a mulher e filhos prestar-lhe obediência e inensurável respeito¹².

No campo legislativo, a Constituição Brasileira de 1824, inspirada na ideologia liberal, ignorou o Direito de Família e o instituto do casamento civil, notadamente, porque, em face do vínculo estreito entre Igreja e Estado, apenas o casamento religioso era considerado meio formal de família.

Assim, considerando que, até o ano de 1861, quem disciplina os direitos matrimoniais era a Igreja, o casamento eclesástico era o mais praticado, em função, principalmente, do grande o número de católicos existentes à época¹³.

10 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

11 CORRÊA, Marise Soares. *A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história*. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009, p. 81.

12 Eni de Mesquita Samara, professora Titular do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, ressalva: “a família sempre foi pensada na História do Brasil como a instituição que moldou os padrões da colonização e ditou as normas de conduta e de relações sociais desde o período colonial. No entanto, até a algumas décadas atrás ainda pouco conhecíamos sobre o perfil dessa família, predominando na literatura uma imagem vinculada ao modelo patriarcal extraído da obra de Gilberto Freyre, *Casa Grande e Senzala* (Freyre, 1987), escrita no início do século XX. E assim, para várias gerações de estudiosos, esse modelo funcionou como critério e medida de valor para entendermos a vida familiar brasileira ao longo do tempo. SAMARA, Eni de Mesquita. *O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade)*. *Revista Psicologia USP*, v. 13, n. 2, São Paulo, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/53500/57500>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

13 GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. *Seleções Jurídicas*. São Paulo. Jul. 2007.

No entanto, a influência dos países protestantes e de seus imigrantes que vieram Brasil e o conseqüente aumento dos cidadãos não católicos geraram reações às imposições da Igreja, e, em 11 de setembro de 1861, foi promulgado o Decreto nº 1.144, conferindo efeitos civis ao casamento religioso realizado por outras religiões que não a católica. Tal instituto foi regulamentado pelo Decreto n. 3.069, de 1863, que permitiu o registro de outras formas de celebração do casamento diferente da do Estado, ou seja, além do realizado pela Igreja Católica.

Em março de 1888, mesmo antes da proclamação da República, o regime Imperial, por meio do Decreto nº 9.886, instituiu a obrigatoriedade de registro dos nascimentos, casamentos e óbitos, fazendo “cessar os efeitos civil dos registros eclesiásticos”.

Segundo Neder e Cerqueira Filho, na passagem do Império à República, travou-se, nos bastidores, acirrada disputa entre conservadores clericais e republicanos em relação ao domínio dos registros civis. A Igreja que mantinha todos os registros eclesiásticos em seus domínios perde tal prerrogativa para o Estado¹⁴.

A instituição do casamento civil, conforme já demonstrado neste estudo, fez com que a Igreja perdesse grande parte de seu poder, e, no ano de 1890, com a proclamação da República Brasileira, apartaram-se, formalmente, os poderes religiosos e estatais. Com a edição do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, introduziu-se, no Brasil, o casamento civil, demonstrando que o matrimônio exclusivamente religioso não tinha qualquer valor jurídico no país.

Em seqüência, a Constituição Republicana de 1891, redigida por Rui Barbosa, seguindo o cunho liberal do modelo americano combinado com o ideal republicano, cuidou de reconhecer apenas as uniões fundadas no casamento civil de celebração gratuita, desvinculando, de vez, a instituição matrimonial dos ditames da Igreja. Ressalta-se que o fato causou certa reação na sociedade, pois, mesmo enfraquecida, a Igreja ainda tinha o poder de disseminar a ideia de que a união civil seria considerada uma heresia.

Por outro lado, em busca de uma legislação civil pátria, sobreveio da Constituição Imperial de 1824, no art. 179, XVIII, o comando, *in verbis*: “organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”¹⁵.

A determinação de elaborar um Código Civil “quanto antes”, contudo, demorou a ser cumprida. Fruto de um longo processo de aprovação legislativa, o primeiro Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei nº 3.071, somente em 1º de janeiro de 1916, ou seja, ficou muito tempo para ser elaborado e, com isso, nasceu velho, retratando a realidade individualista do século XVIII. Na concepção de Gustavo Tepedino:

O Código Civil de 1916 é fruto de uma doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro, quando na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil¹⁶.

Ante a superveniência de um Código Civil calcado em realidade pretérita, não houve qualquer mudança substancial na realidade fática da família brasileira. Sendo assim, o casamento continuou indissolúvel e a família, consagrada pela lei, permanecia naquele modelo conservador, considerado como uma entidade matrimonial, patriarcal, patrimonial, indissolúvel,

14 NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Os filhos da lei*. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, vol.16. n.45 São Paulo, 2001.

15 BRASIL. *Constituição (1824)*. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 27 dez. 2018.

16 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 02.

hierarquizada e heterossexual. O vínculo que nascia da livre vontade dos nubentes era mantido, independente e até contra a vontade dos cônjuges. A família nuclear composta por homem, mulher e filhos habitando em um ambiente comum era praticamente a única existente.

Portanto, a legislação da República limitou-se ao casamento civil como única forma de matrimônio. O Código Civil de 1916 disciplinou o instituto do casamento em diversos artigos, consolidando-o como imprescindível para a constituição da família legítima¹⁷, sem fazer qualquer alusão ao casamento religioso. Ficou patente, então, que o casamento civil tinha como efeito jurídico principal a legitimação da família, deixando de lado as uniões de fato que já eram existentes de forma numerosa à época. É importante ressaltar que a união sem casamento era fenômeno estranho ao Direito de Família, gerando apenas efeitos obrigacionais.

Ademais, o mesmo Codex, permitia-se o término da sociedade conjugal somente por via do desquite, amigável ou judicial. A sentença do desquite autorizava a separação dos cônjuges, colocava termo ao regime de bens, todavia, sem extinguir o vínculo matrimonial. A enumeração das causas de desquite era taxativa: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (art. 317). Foi mantido o desquite por mútuo consentimento dos cônjuges (art. 318), se forem casados por mais de 02 anos¹⁸.

O casamento civil, como única forma de constituição legítima da família, perdurou até 1934. Neste ano, o Estado Social, inaugurado pela Constituição de 1934, voltou a admitir a celebração religiosa do casamento como apta à produção de efeitos civis, desde que cumpridos os requisitos legais. Ao mesmo tempo, influenciado pela Igreja, o legislador constituinte reconheceu o casamento indissolúvel como único modelo de entidade familiar.

A Constituição de 1937, influenciada pela Constituição Polonesa e pelos ideais facistas, reconheceu a igualdade entre filhos naturais e legítimos, bem como reiterou que a família seria constituída pelo casamento indissolúvel, sem se referir à sua forma¹⁹. O mesmo preceito foi repetido nas Constituições de 1946 e de 1967.

Com o passar dos anos, a sociedade veio a sofrer transformações em várias esferas, não ficando a família alheia a isso. A inserção da mulher no mercado de trabalho, a conquista do direito ao voto e a busca de direitos iguais foram os grandes marcos de uma sociedade que sempre foi machista e feudalista. Fiúza considera que a Revolução Sexual foi um marco importante na evolução da família: “O golpe fatal ocorre nos idos de 1960, com a chamada Revolução sexual, em que a mulher reclama, de uma vez por todas, posição de igualdade perante o homem”²⁰.

E somando-se às mudanças advindas da industrialização, Eni de Mesquita Samara explicita que a expectativa de vida das brasileiras superior à dos homens - “no período de 1872 a 1996, a porcentagem de mulheres em relação ao total variou de 48,40% para 50,70%, com um decréscimo do número de homens de 51,60% para 49,30%” – também gerou reflexos no quadro de organização das famílias e domicílios²¹.

17 Art. 229, CC/16: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”. BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 03 jul 2019.

18 BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 03 jul 2019.

19 BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

20 FIUZA, César. *Direito civil – curso completo*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 944.

21 SAMARA, Eni de Mesquita. *O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade)*. *Revista Psicologia USP*, v. 13, n. 2, São Paulo, 2002. Disponível: 12 jul. 2019. <<http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/53500/57500>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

Seguindo esse processo de transformação, a industrialização, o aumento de número de mulheres, a revolução feminista, a evolução filosófica e dos costumes e os avanços da ciência, notadamente, em relação às formas de concepção artificial, ensejaram o enfraquecimento do patriarcalismo, de modo a abrir espaço para o surgimento de um modelo familiar descentralizado, democrático e igualitário, regido pelo afeto, solidariedade social e felicidade.

Em resposta aos anseios da sociedade, foram editadas normas com o objetivo de flexibilizar a rigidez dos dispositivos constantes do Código Civil de 1916, corrigindo situações fáticas de evidente injustiça. Em 1942, o reconhecimento dos filhos naturais após o desquite foi permitido por meio do Decreto Lei n. 4.737. Na sequência, a Lei n° 883/49 permitiu esse reconhecimento em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal.

Afora isso, seguindo a linha da evolução do Direito Civil, a Lei n° 6.515/77, no art. 51, estatui o reconhecimento dos filhos ilegítimos durante a vigência da sociedade conjugal, desde que em testamento cerrado, além de permitir a ação de alimentos pelos mesmos, garantindo seu direito à herança, ainda que de forma limitada.

Entretanto, somente pela Emenda Constitucional n° 9, de 28 de junho de 1977, que o divórcio foi oficialmente instituído, posteriormente, regulamentado pela Lei n° 6.515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), de autoria do senador Nelson Carneiro. O fato de o divórcio permitir a extinção total do vínculo do casamento, de forma a autorizar novo casamento, gerou polêmica, principalmente, em face da influência religiosa que ainda pairava sobre o Estado naquela ocasião. Afinal, “novas núpcias”, em tempos pretéritos, eram totalmente rechaçadas pela Igreja. Tanto é assim que até o ano de 1977, o vínculo jurídico do casamento não podia ser dissolvido.

Em caso de convivência insuportável, a única opção seria o desquite, instrumento capaz de interromper os deveres conjugais, todavia, sem por fim à sociedade conjugal, ou seja, se finda a convivência sob mesmo teto, os bens partilhados, entretanto não era permitido novo casamento. Vale dizer que inexistiam, naquela época, leis que resguardassem os direitos daqueles que viviam juntos informalmente.

Desse modo, a Lei do Divórcio concedeu a possibilidade de extinção da sociedade conjugal, com permissão para novo casamento, todavia, somente por uma vez. O desquite deu lugar à separação, que continuou sendo um estágio intermediário da dissolução da sociedade conjugal até a obtenção do divórcio. Apenas com o advento da Constituição da República de 1988, que o divórcio passou a ser permitido mais de uma vez.

Aliás, o texto constitucional foi divisor de águas na evolução da família brasileira. A valorização da pessoa humana, princípio constitucional auto-executável, passa a exigir uma nova interpretação dos institutos do Direito Privado, iniciando a era da constitucionalização do Direito Civil, definida por Paulo Luiz Netto Lôbo²² como sendo “o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.

Segundo Tepedino, “o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou profunda modificação nos métodos de interpretação do Direito Privado”²³, tornando necessária a releitura do Código Civil à luz da Constituição da República de 1988, de forma a adequar e funcionalizar as relações jurídicas privadas patrimoniais e existenciais, visando à promoção

22 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do Direito Civil*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.199.

23 TEPEDINO, Gustavo. *A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.115.

do bem comum e o interesse coletivo.

Dessa forma, o caráter individualista e patrimonialista, que permeou o Código Civil de 1916, fora substituído pela inserção de princípios e regras constitucionais, fundados na proteção da dignidade da pessoa humana, princípio que impôs a despatrimonialização e personalização das relações jurídicas privadas.

Trilhando essa linha, a Constituição da República de 1988, adotando um modelo democrático de família, inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a igualdade entre os cônjuges e filhos, as liberdades e as garantias da mulher, a autonomia individual, enfim, a observância da dignidade de todos os membros da família.

A partir desse momento, o casamento deixa de ser o único bem jurídico tutelado, passando a ser dever do Estado assegurar a proteção da família, independente da sua forma de constituição. O legislador constituinte elevou a união estável à categoria de entidade familiar, regulando as uniões informais, facilitando, inclusive, a sua conversão ao casamento. A família monoparental também recebeu atenção constitucional.

Apesar de tais mudanças terem sido essenciais para a sociedade, algumas questões ficaram à margem de regulamentação, desconsiderando que todas as espécies de família são faces de uma mesma realidade: o afeto. O casamento e a união estável permaneceram limitados ao vínculo entre duas pessoas, homem e mulher, ignorando a relação homoafetiva, poliafetiva e anaparental, presentes na sociedade pós-moderna.

Não há como ignorar que as transformações sociais induziram o surgimento de novos arranjos, ficando no passado a noção de que o vínculo biológico seria o único elemento caracterizador da família. Saiu de cena a família patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e matrimonial para tomar o seu lugar a nova entidade familiar democrática, plural, socioafetiva, inspirada nos valores constitucionais da isonomia, solidariedade e dignidade da pessoa humana, cada vez mais destinada à promoção da felicidade de seus membros. É a família eudemonista.

Segundo Maria Berenice Dias: “o eudemonismo²⁴ é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito”²⁵.

Assim, a família evoluiu, recebeu novos contornos, transformando-se em relações ligadas aos sentimentos de afeto, felicidade e amor familiar. Ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, a Constituição da República de 1988 criou um novo conceito de entidade familiar, albergando novas configurações de vínculos afetivos.

De acordo com Paulo Lobo “O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão da família, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”²⁶.

Diante da nova perspectiva da família, o modelo tradicional – o casamento – passou a ser mais uma forma de constituir o núcleo familiar. A Constituição da República de 1988 alargou o conceito de família elencando, exemplificativamente, como entidades familiares o

24 O eudemonismo - eudaimonismo provém do grego eudaimonia – a felicidade como objetivo da vida humana, o agir segundo a virtude. Aristóteles, na obra “Ética a Nicômaco”, pontua que “a felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2012. A concepção de que a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade se instala na pós-modernidade.

25 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família*. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 11ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2016.

26 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: *JusNavigandi*, Teresina, ano 6, n. 53., jan. 2002. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2552>>. Acesso em 27 jul. 2019.

casamento, a união estável e a família monoparental, deixando em aberto à possibilidade de novos arranjos familiares.

Nessa esteira, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, proferindo julgamento da ADIn 4277 e da ADPF 132, alargou ainda mais o conceito de família ao conceder aos casais homoafetivos o direito de formarem família por meio da união estável. A Suprema Corte brasileira entendeu que a união homoafetiva é uma entidade familiar, sendo que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

O reconhecimento da família homoafetiva demonstra, claramente, que o direito não pode ignorar as relações fáticas existentes na sociedade.

Assim, no contexto da pluralidade familiar, não há justificativa para o não reconhecimento das entidades familiares anaparentais, poliafetivas e até mesmo as coparentais. A proteção à família plural, o respeito à dignidade humana, à liberdade e a garantia aos direitos fundamentais, impõem a aceitação de novas modalidades de família fundadas no afeto entre seus membros, as quais se passam a analisar.

3. As novas conformações familiares

A sociedade vem passando por transformações significantes ao longo dos anos, com destaque ao Direito de Família que, até então, era considerado um dos mais fechados e conservadores institutos da legislação brasileira.

A família composta pela figura do pai, da mãe e de sua prole deixou de ser o modelo a ser seguido e passou a ser apenas uma das conformações familiares reconhecidas, atualmente, pelo Direito brasileiro. Nesse sentido, Gatto²⁷ apresenta a reflexão sobre os aspectos ligados à valoração da pessoa humana e sua mútua proteção entre as conformações familiares afetivas:

A nova estrutura familiar busca a promoção da pessoa humana, com o desenvolvimento da personalidade de seus membros, avançando assim para uma compreensão socioafetiva de sua formulação, onde se abandona o casamento como forma de instituição principal e necessária, para se buscar a proteção de seus membros, unidos pela afeição.

Conseqüentemente, em decorrência da nova função social dos núcleos familiares, surgem novos arranjos em sua composição, que cumpriam igual função, antes exercida preferencialmente pela família tradicionalmente reconhecida. O afeto tornou-se o elemento essencial à sua instituição, tornando seus membros unidos como cúmplices de amor e felicidade. Daí, fundadas essencialmente pelo afeto, diversas entidades passaram a se fortalecerem, ainda que não tuteladas pelo direito.

Ressalta-se, desse modo, que as famílias contemporâneas são caracterizadas pela diversidade, derivando-se não apenas dos laços consanguíneos e genéticos, mas, notadamente, por laços criados a partir da liberdade de convivência e do afeto. As transformações sociais induziram ao surgimento de novos arranjos, ficando no passado a noção de que o vínculo biológico seria o único elemento caracterizador da família.

27 GATTO, Gabriela. *As novas modalidades de famílias do direito civil brasileiro no século XXI e, os aspectos da multiparentalidade*. Disponível em: <https://gabiggatto.jusbrasil.com.br/artigos/527805537/as-novas-modalidades-de-familias-do-direito-civil-brasileiro-no-seculo-xxi-e-os-aspectos-da-multiparentalidade?ref=topic_feed>. Acesso em: 02 jul. 2019.

Com isso, sai de cena a família patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e matrimonial, tomando o seu lugar a nova entidade familiar democrática, plural, socioafetiva, inspirada nos valores constitucionais da isonomia, solidariedade e dignidade da pessoa humana, cada vez mais destinada à promoção da felicidade de seus membros. Trata-se da família eudemonista²⁸, ou seja, a concepção de família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade se instala na pós-modernidade.

Ao tratar do pluralismo das entidades familiares, Lôbo²⁹ exemplifica as novas conformações familiares como sendo: a) homem e mulher com vínculo de casamento, com filhos biológicos; b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos; c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefe, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homoafetivas, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; k) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação; por fim, l) as famílias Poliafetivas³⁰, constituídas por três ou mais pessoas que se juntam com afetividade, numa relação pautada pela honestidade, transparência, solidariedade e afeto.

No entanto, das conformações familiares supracitadas, o Código Civil de 2002 trata expressamente apenas do casamento (artigos 1.511 e seguintes), da união estável (artigos 1.723 a 1.726) e do concubinato (artigo 1.727). As demais entidades familiares, apesar de principiologicamente reconhecidas, ainda não estão positivadas.

Carlos Roberto Gonçalves, a seu turno, reconhece a família matrimonial – decorrente do casamento, a família decorrente da união estável, a família monoparental – constituída por um dos genitores e seus filhos, a família anaparental – constituída somente pelos irmãos, a família homoafetiva – formada por pessoas do mesmo sexo, a família poliafetiva – constituída de mais de duas pessoas, em suma, a família eudemonista – caracterizada pelo vínculo afetivo³¹.

Das considerações realizadas, é possível identificar junto às novas conformações familiares alguns elementos comuns, tais quais: a afetividade, valor jurídico que afasta a supremacia do direito patrimonial, enfatizando o direito existencial; a estabilidade das relações afetivas, elemento importante que exclui do âmbito familiar os relacionamentos meramente

28 O eudemonismo - eudaimonismo provém do grego eudaimonia – a felicidade como objetivo da vida humana, o agir segundo a virtude. Aristóteles, na obra “Ética a Nicômaco”, pontua que “a felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2012.

29 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.78-79.

30 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias Poliafetivas: uma análise sob a égide do Direito Contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

31 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. Volume 6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39-40. Versão eletrônica.

casuais, e, por fim, a convivência pública – a qual pressupõe uma unidade familiar reconhecida publicamente pela sociedade³².

Assim, a afetividade, esquecida pelo mundo jurídico, em decorrência do racionalismo e do positivismo, que separava a razão do sentimento, passa a ter papel fundamental nos tempos pós-contemporâneos, alterando, por completo, a realidade até então vivida no âmbito familiar. Por consequência, a família secular patriarcal cedeu lugar à família eudemonista, a qual se vincula e se mantém, preponderantemente, por laços afetivos.

Conclui-se, portanto, que a afetividade é um valor moral, um sentimento juridicamente relevante, sobretudo, quando manifestado no âmbito da convivência familiar, constituindo-se, nesses casos, um dos elementos configuradores da família moderna.

Partindo de tais premissas, pode-se afirmar que a manifestação de afetividade familiar recíproca em relação à prole comum é elemento capaz de legitimar a coparentalidade, que merece atenção por parte dos juristas brasileiros.

Não obstante a importância das famílias constantes no limbo legislativo - anaparental, poliafetiva, multiespécie, etc., o estudo, em questão, limita-se às unidades coparentais, as quais se passa a discorrer.

4. A Coparentalidade

Toda novidade, principalmente, no Direito de Família, é tratada com certa desconfiança, muitas vezes, por confrontar princípios e costumes já consolidados na sociedade, indo de encontro, portanto, a antigos preceitos jurídicos e religiosos.

No entanto, considerando o direito está sempre aquém dos fatos sociais, necessário se faz abordar situações que incomodam os tradicionais e desafiam a tese de que a família perfeita seria aquela formada por pai e mãe, que se amam e, supostamente, vivem felizes para sempre.

A coparentalidade, nessa senda, quebra o paradigma tradicional do amor romântico, demonstrando a possibilidade de duas ou mais pessoas assumirem o papel parental, desde o planejamento aos cuidados diários de uma criança e adolescente, sem haja qualquer envolvimento amoroso entre os genitores. Trata-se da máxima “Faça um filho comigo?”.

Assim, considerando que a coparentalidade já tem sido uma realidade na sociedade brasileira, quer se chamar a atenção do operador do direito para a necessidade de interpretar a norma jurídica teleologicamente, de modo a atender as novas realidades sociais.

4.1 Conceito de coparentalidade

Conforme demonstrado, o instituto da família vem se adaptando à realidade social contemporânea da pluralidade, ficando evidente a necessidade de proteção dos arranjos não tradicionais.

Nessa perspectiva, surge a coparentalidade ou parentalidade responsável como uma forma alternativa para aqueles que pretendem constituir uma família calcada no afeto, transparência e confiança, unida pelo único objetivo de procriar e cuidar do filho (a) comum, ou seja, não há necessariamente um relacionamento conjugal entre os genitores.

32 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.80.

Frizzo, Kreutz, Schmidt, Piccinini e Bosa³³ defendem que a noção de coparentalidade surgiu a partir dos estudos das relações em famílias nucleares, especialmente, aquelas que passaram por situações de divórcio.

Para Margolin, Gordis e John³⁴, a relação coparental se constitui pela colaboração mútua estabelecida entre pessoas, em função de uma criança. Os autores, em suma, realizam um reflexão sobre o modo como as figuras parentais coordenam sua parentalidade, apoiando ou minando o outro em função de suas crianças, sendo essa dinâmica considerada um eixo central da vida intrafamiliar. Ressaltam que em relações parentais pouco colaborativas existem altos níveis de conflito conjugal.

Não obstante os estudos de coparentalidade terem se iniciado a partir das famílias nucleares, Baker, Strozier e Cecil ampliam essa concepção e estabelecem que uma relação coparental se dá entre os cuidadores dos filhos, independente do tipo de vínculo jurídico mantido entre si. Tal conceito de coparentalidade se mostra compatível com a nova prática social contemporânea, materializada pelas configurações familiares constituídas com um único objetivo de exercer o cuidado de crianças e/ou adolescentes.

Nessa perspectiva ampliada, Rodrigo da Cunha Pereira define a coparentalidade ou famílias coparentais como sendo:

aquelas que se constituem entre pessoas que não necessariamente estabeleceram uma conjugalidade, ou nem mesmo uma relação sexual. Apenas se encontram movidos pelo interesse em fazer uma parceria de paternidade/maternidade. Na maioria das vezes o processo de geração de filhos se vale de técnicas de reprodução assistida. No mundo globalizado e de transnacionalidades, proporcionado pela internet, e associado a distinção entre famílias conjugais e parentais, têm aumentado o número de filhos que nascem dessas novas famílias. Não há nenhuma ilegalidade, ou ilegitimidade nessas relações. Não há mais filhos ou famílias ilegítimas desde a Constituição da República de 1988.³⁵

Kumpel, a seu turno, cita que:

A coparentalidade ou parentalidade responsável (coparenting) é a relação entre pais de uma criança em que ambos se apoiam na criação do menor e em suas funções de “chefes de família”, compartilhando o poder parental e dividindo funções sem que necessariamente haja equilíbrio entre elas. Nesse sentido, as atribuições de cada um podem ser estipuladas contratualmente, mas sempre com as partes em consenso³⁶.

33 FRIZZO, G. B., KREUTZ, C., SCHMIDT, C., PICCININI, C. A., & BOSA, C. A.. O conceito de coparentalidade e suas implicações para pesquisa e a clínica. *Revista Brasileira de crescimento e Desenvolvimento Humano*, 15(3), 84-94, 2005.

34 MARGOLIN, G., GORDIS, E. B., & JOHN, R. S.. **Coparenting: a link between marital conflict and parenting in two-parent families.** *Journal of Family Psychology*, 15(1), 3-21. doi: 10.1037/0893-3200.15.1.3, 2001.

35 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar.** Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-13/processo-familiar-coparentalidade-abre-novas-formas-estrutura-familiar>>. Acesso em 13 jun 2019.

36 KUMPEL; Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura. **Coparentaliade.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI260401,91041-Coparentalidade>. Acesso em 13 jun 2019, p.1.

Na coparentalidade, portanto, busca-se a formação de uma família não tradicional, uma nova opção para aqueles que desejam ter filhos, mas que não querem sentir obrigados a estabelecer um vínculo afetivo com o parceiro (a). Trata-se de um meio legítimo de se constituir família, disponível para solteiros ou para casais que, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero, querem realizar o sonho de exercer a paternidade e maternidade responsável, sem qualquer vínculo amoroso-sexual entre si³⁷.

Vale destacar que a formação da coparentalidade pode ocorrer no meio social entre amigos, que não possuem vínculo amoroso, ou até mesmo tratado por meio de redes sociais, instrumento que tem sido eficiente para aproximar pessoas que desejam constituir família nessa modalidade. A propósito, já existem muitos sites e páginas nas redes sociais que agregam pessoas com interesses de buscar um parceiro (a) de paternidade/maternidade, sendo possível verificar no Facebook³⁸, por exemplo, grupos com centena de pessoas que buscam a coparentalidade para partilhar o interesse comum de procriação.

Diante desse contexto, em que pessoas adultas objetivam gerar, educar, dar carinho e atenção ao filho comum surge a família coparental, sem, necessariamente, haver o laço amoroso entre os genitores.

Conceituada a coparentalidade, passa-se a abordar os fundamentos do reconhecimento da nova entidade familiar.

4.2 O reconhecimento da coparentalidade como uma relação familiar

O estudo sobre a coparentalidade, inicialmente, nos remete a uma breve reflexão sobre a transformação da entidade familiar ao longo da história. Fato incontroverso é que o Direito de família mudou, sobretudo, impulsionado pela alteração da visão do indivíduo inserido na sociedade complexa. Nesse sentido, Paulo Lôbo retrata³⁹:

A família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX. No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se caracterizam a despeito da lei.

A evolução da família, portanto, denota a quebra de paradigmas, que influencia, permanentemente, a sociedade e o cenário jurídico como um todo, inclusive, foi por meio de tal aceção que a Constituição da República incorporou mudanças sociais que impactaram todo o Direito de Família brasileiro, adotando princípios que preconizam a proteção a toda e qualquer forma de família constituída pelo afeto.

Dessa forma, o conceito jurídico de família transmudou-se e o modelo único formado pelo casamento foi substituído pela pluralidade de formas, tendo como pano de fundo a

37 PAIS AMIGOS. **Coparentalidade.** 2017. Disponível em: <http://paisamigos.com/coparentalidade/>. Acesso em: 05 set. 2019.

38 PAIS AMIGOS. **Coparentalidade.** Disponível em: <https://www.facebook.com/PaisAmigosCoparentalidade/> Acesso em: 05 set. 2019.

39 LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias.** 1ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 01.

afetividade de seus membros. Com isso, o ente fechado, voltado para si mesmo, perde espaço para a era da espontaneidade, momento em que a pessoa humana passa a exercer o direito de promover a sua dignidade na família que bem lhe aprouver.

Maria Berenice Dias ensina que “a consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família” (DIAS, 2007, p. 37).

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988 dispôs, em seu artigo 226, *caput*, que família é a base da sociedade, recebendo especial proteção do Estado, na sua forma plural. Apesar do avanço nas disposições normativas que tratam sobre o tema, o texto constitucional retratou apenas um rol exemplificativo de família, fixando-se no casamento, união estável e arranjo monoparental.

Não obstante todas as transformações elencadas, a nova família conjugal ainda conserva traços tradicionais típicos de controlar a sexualidade feminina e preservar as relações de classe, circunstâncias que ainda impedem o reconhecimento de famílias diversificadas, como as provenientes do poliamor e da coparentalidade.

Como se observa, as alterações do modo de pensar do ser humano - que passou a busca da felicidade sem culpas e preconceitos, consubstanciada pela inserção de princípios constitucionais inclusivos e ampliativos, abriram espaço para o surgimento de novas formas de constituições familiares, dentre elas, a coparentalidade.

Nesse particular, o conceito ampliativo de família apresentado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho se presta a fundamentar o reconhecimento da coparentalidade como entidade familiar, senão vejamos:

família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, é possível sistematizar o nosso conceito da seguinte maneira:

a) *núcleo existencial composto por mais de uma pessoa*: a idéia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas pessoas;

b) *vínculo socioafetivo*: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. A família é um fato social, que produz efeitos jurídicos;

c) *vocação para a realização pessoal de seus integrantes*: seja qual for a intenção para a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e conveniência social, ou até mesmo ao extremo mesquinho dos interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social;

É preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda que existam - e infelizmente existem - arranjos familiares constituídos sem amor.⁴⁰

40 GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

A linha conceitual ampliativa de família como fato social, considerada como um vínculo socioafetivo livremente manifestado por seus membros e vocacionado para a realização pessoal dos seus integrantes se amolda, perfeitamente, ao caso da coparentalidade, situação jurídica em que as pessoas optam pela procriação fora de uma relação amorosa.

Para compreender a coparentalidade como nova instituição familiar existente na sociedade pós-contemporânea, necessária se faz a abordagem dos princípios informadores do Direito de Família, sobretudo, a pluralidade familiar, a autonomia privada, a paternidade responsável e o melhor interesse da criança e do adolescente, verificando-se a compatibilidade destes no âmbito da estrutura coparental.

Especificamente, em relação ao princípio da pluralidade familiar Cristiano de Chaves de Farias e Nelson Rosenthal⁴¹ reconhecem que a Constituição da República apenas positivou uma realidade social existente, sendo o matrimônio apenas uma das opções disponíveis de constituição de família. Os autores defendem a família inclusiva nas mais diversas modalidades, teoria compatível com a coparentalidade.

No que tange ao princípio da autonomia privada, no âmbito da pluralidade familiar Rodrigo Pereira da Cunha⁴², aduz: “Em um Estado laico, as pessoas devem ser livres para escolher seguir os caminhos do seu desejo e constituir família como bem entender. Estado só deve intervir se essas constituições ferirem direitos alheios”.

Sobre os princípios da paternidade responsável previsto no art. 226 §7º da CR/88, Carolina de Castro Janotti e Lílian Cristina Ferreira Paduani⁴³ estabelecem a proteção das relações, no âmbito familiar, responsabilizando os pais e apontando seus deveres para com os filhos, independentemente da conformação familiar em que se esteja inserido.

Vê-se, então, referenciados princípios legitimam a opção de se conceber uma criança, sem envolvimento afetivo amoroso.

Vale dizer que as referidas autoras defendem a coparentalidade e destacam que o melhor interesse das crianças e adolescentes, disposto no art. 227 *caput* da CF/88 deve ser buscado em qualquer entidade familiar, sendo o seu principal foco assegurar àqueles que não desenvolvem completo a possibilidade de alcanças as melhores condições, físicas, psíquicas e morais que o tornem uma pessoa capaz de contribuir para a sociedade.

Diante de tal contexto, Vitor Frederico e Ana Laura Pongeluppi classificam a coparentalidade como uma nova modalidade de família, nos seguintes termos⁴⁴:

A sociedade está mudando. As relações sociais parecem modificar-se de forma constante e as mudanças no Direito de Família são a forma mais latente dessa volatilidade do modelo sócio-familiar. A união estável, por exemplo, em um intervalo de meio século passou a contar com um amparo constitucional, todo um aparato civil, distanciando-se cada vez menos do casamento. [...] O casamento homoafetivo finalmente passou a contar com o respaldo jurídico e

41 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, volume 6. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivum, 2014. p.91.

42 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-13/processo-familiar-coparentalidade-abre-novas-formas-estrutura-familiar>>. Acesso em 13 jun 2019.

43 JANOTTI, Carolina de Castro; PADUANI, Lílian Cristina Ferreira. *Direito Civil Aplicado*, volume I. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

44 KUMPEL; Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura. *Coparentaliade*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI260401,91041-Coparentalidade>. Acesso em 13 jun 2019.

ampla aceitação social. [...] A poliafetividade, por sua vez também adentrou na pauta jurídica, e apesar da suspensão da permissão para lavratura de escrituras declaratórias dessa união nos Tabelionatos de notas, está na pauta do CNJ, para análise de sua regulamentação [...] paternidade socioafetiva, em que as relações obrigacionais passaram a ser as mesmas da paternidade biológica. [...] conta-se também com a recentíssima coparentalidade ou patencialidade responsável, que é a relação entre pais de uma criança em que ambos se apoiam na criação do menor e sem qualquer vínculo afetivo entre eles.

O tema é controverso! Uns defendem a coparentalidade como espécie familiar, enquanto outros rechaçam a possibilidade. Nesse último contexto, Regina Beatriz Tavares Silva defende que a coparentalidade é o estabelecimento da irresponsabilidade intencional na base da relação humana em que a responsabilidade é a mais exigida: a paternidade⁴⁵.

Lado outro, Cristiano Chaves de Farias aduz que “a coparentalidade é um indicativo de que o amor deve prevalecer nas relações afetivas. Isso porque já não mais será preciso se relacionar com alguém para realizar o sonho da maternidade/ paternidade.”⁴⁶

Assim, em que pese os argumentos em sentido contrário, entende-se que a parceria de genitores que optam por gerar uma prole, sem qualquer vínculo sentimental, gera efeitos jurídicos de coparentalidade, sendo necessário discorrer sobre a possibilidade de se firmar um contrato de geração de filho para dar segurança jurídica à relação afetiva.

4.3 O contrato de geração de filhos na coparentalidade

Não menos polêmica é a forma em que se materializa a parceria da coparentalidade. O preconceito se inicia na escolha do parceiro e se estende à possibilidade de se assinar o “contrato de geração de filhos”, instrumento jurídico que consubstancia a manifestação de vontade livre e desembaraçada, voltada a regular a concepção da criança e seus reflexos futuros.

Como se trata de uma modalidade de família ainda não positivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, filia-se à corrente doutrinária que considera o contrato de geração de filhos um instrumento plausível para reger as relações de coparentalidade, especialmente, quanto à guarda, visitação e questões decisórias que incidirão na vida do filho.

O ideal é que a avença seja firmada antes mesmo da geração do filho, incluindo, no seu conteúdo a previsão quanto ao método de concepção da prole⁴⁷, o custo e outras especificidades pertinentes a nova situação jurídica que será criada, garantindo, desse modo, direitos básicos relacionados ao registro da criança, à guarda compartilhada, à responsabilidade pelo sustento do menor, ou seja, no contrato de geração de filhos deve ser estabelecida a regulação específica sobre a estrutura da convivência familiar no âmbito da coparentalidade, dentre outros efeitos jurídicos.

45 SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Coparentalidade: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos*. Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>>. Acesso em 13 jun 2019.

46 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Da produção independente a coparentalidade: a existência de novas entidades familiares*. Disponível em <http://meusitejuridico.com.br/2017/07/30/da-producao-independente-coparentalidade-existencia-de-novas-entidades-familiares/>. Acesso em 13 jun 2019.

47 Há várias maneiras de conceber o filho na coparentalidade: pelo método tradicional - por meio de uma relação sexual consentida; por meio de inseminação artificial ou caseira, bem como pela fertilização in vitro

No entanto, para que o contrato de geração de filhos tenha efeitos jurídicos, há de se observar os requisitos contratuais de validade previstos no art. 104 do Código Civil brasileiro, ou seja, o contrato de geração de filhos será válido se celebrado por pessoas civilmente capazes, que negociam o objeto lícito relacionado à geração de filhos, firmado de forma livre e desembaraçada pelas partes.

Vitor Frederico Kumpel e Ana Laura Pongeluppi destacam a possibilidade de existência da coparentalidade contratual:

A novidade traz consigo inúmeros questionamentos quanto à sua regulação pelo direito, na medida em que haverá uma simultânea família monoparental, sem qualquer relação jurídica patrimonial, alimentar ou de outra ordem entre os ascendentes, havendo regulação apenas do compartilhamento de guarda em relação a criança, além dos alimentos e outros efeitos próprios do poder familiar. Sem adentrar nos aspectos sociológicos quanto à escolha mútua de “parceiro”, avança-se o debate para outro tópico bastante interessante: os aspectos contratuais que podem reger essa relação, especialmente quanto à guarda, visitação e questões decisórias que incidirão na vida do filho⁴⁸.

Os autores reconhecem a validade do contrato de geração de filho, no âmbito da coparentalidade, limitando-o, no entanto, à regulação dos aspectos relacionados à guarda, visitação e questões decisórias que incidirão na vida do filho.

Rodrigo da Cunha Pereira⁴⁹, por outro lado, defende que:

Essas parcerias de paternidade/maternidade tem remetido ao mundo jurídico a elaboração de uma nova espécie de pactos, que são os “**contratos de geração e filhos**”. Nada melhor do que deixar claro, de antemão, as regras de convivência e sustento do filho decorrente desta parceria que gerará um filho. Fazer filhos, planejados ou não, desejados ou não, e independentemente da forma que foi gerado, significa antes de tudo, responsabilidade, um dos mais importantes princípios do Direito de Família, que necessariamente está atrelado ao princípio da afetividade.

Conclui-se, portanto, que o contrato de geração de filhos feito de forma particular ou por escritura pública é o instrumento hábil a formalizar e conceder segurança jurídica à família coparental, desde que respeitados os requisitos de validade do direito contratual.

4.4 A coparentalidade e o melhor interesse da criança

Vencida a possibilidade jurídica da coparentalidade, surge a indagação se a formação de tal família atenderia o melhor interesse da criança.

48 KUMPEL; Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura. *Coparentalidade*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI260401,91041-Coparentalidade>. Acesso em 13 jun 2019.

49 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-13/processo-familiar-coparentalidade-abre-novas-formas-estrutura-familiar>>. Acesso em 13 jun 2019.

Nesse particular, Regina Beatriz Tavares da Silva rechaça a coparentalidade, aduzindo prejuízo ao melhor interesse do menor, pelo fato de não haver uma relação de estabilidade entre os genitores⁵⁰:

O filho, por outro lado, não decidiu ser gerado dessa maneira; não será um “filho da coparentalidade” por opção; não terá culpa nenhuma do mesmo estigma que nascerá e que tanto prejuízo emocional e psicológico certamente lhe trará. Tudo lhe será imposto pelo capricho egoísta de seus genitores, como se seus infortúnios fosse um preço pequeno a pagar pela autossatisfação de seus genitores.

Por outro lado, Rodrigo da Cunha Pereira⁵¹ entende que:

Os filhos decorrentes da coparentalidade serão felizes, ou infelizes, como quaisquer outros filhos de famílias tradicionais. Sofrerão bullying como qualquer outra criança ou adolescente. Infelizes são os filhos de pais infelizes, que brigam eternamente, que manipulam, são violentos, fazem alienação parental etc. Os filhos, independentemente de sua origem, serão felizes é na medida do amor e dos limites que receberem dos seus pais. (Grifo nosso)

Seguindo do mesmo raciocínio, Cristiano Chaves de Farias menciona que⁵²:

E aqui dois importantes avisos aos navegantes desses novos mares abertos pelas novas famílias: i) **não se trata de um modelo obrigatório, impositivo, por óbvio!** Portanto, quem deseja realizar um projeto parental-filiatário por meio de um modelo tradicional, com dois pais e sua prole, continua merecendo “especial proteção do Estado” (CF 226). Trata-se, apenas, de elastecer proteção para alcançar novos modelos, a partir da pluralidade garantida pela Lei Maior; ii) **não se cogite de suposto prejuízo para a formação psíquica dos filhos, uma vez que a coparentalidade parte do pressuposto da responsabilidade de ambos os pais com o processo de criação da prole. E, além disso, os estudos mais avançados da Psicologia de JACQUES LACAN já sinalizam na direção de que as pessoas cumprem papéis funcionais na família que não estão presos necessariamente a uma presença física, mas funcional!**

Portanto, a coparentalidade existe, é um fato jurídico que merece um cuidado especial dos juristas brasileiros!

50 SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Coparentalidade: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos*. Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>>. Acesso em 13 jun 2019.

51 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-13/processo-familiar-coparentalidade-abre-novas-formas-estrutura-familiar>>. Acesso em 13 jun 2019.

52 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Da produção independente a coparentalidade: a existência de novas entidades familiares*. Disponível em <http://meusitejuridico.com.br/2017/07/30/da-producao-independente-coparentalidade-existencia-de-novas-entidades-familiares/>. Acesso em 13 jun 2019.

Assim, abraça-se a noção defendida por Rodrigo da Cunha e Cristiano Chaves Farias, concluindo-se que os princípios da autonomia privada e melhor interesse da criança, estarão plenamente compatibilizados na coparentalidade, se observados os mandamentos da paternidade responsável.

Vitor Frederico e Ana Laura Pongeluppi argumentam a sua preocupação com o melhor interesse da criança, nos seguintes termos⁵³:

Ao direito cabe mais uma vez olhar cuidadosamente para a questão, seja, pelo fato de envolver relações complexas, seja por ter uma criança em desenvolvimento como o principal agente nessa nova formulação familiar. É possível concluir que o operador do direito deve estar atento às novas realidades sociais e fazer com que a norma jurídica venha a tutelar adequadamente essa nova opção e modelo de família para que a criança atinja o desenvolvimento integral e participe de uma melhor sociedade neste século XXI.

Nesse particular, para melhor entender o melhor interesse da criança, no contexto da coparentalidade, recorre-se ao aspecto interdisciplinar que envolve o tema, adotando-se como referencial teórico da psicologia, a teoria estrutural dos sistemas familiares de Minuchin⁵⁴, pela qual a família é um sistema que passa por um desenvolvimento, ultrapassando estágios que requerem reestruturação, que se adaptem às circunstâncias do crescimento psicossocial de cada membro. Segundo o autor, famílias são:

diferentes e semelhantes, pois constituem: um grupo de pessoas conectadas por emoção e/ou sangue, que viveu junto o tempo suficiente para ter desenvolvido padrões de interação e histórias que explicam esses padrões de interações. Em suas interações padronizadas entre si, os membros familiares constroem uns aos outros⁵⁵.

Minuchin entende que o sistema familiar se opera através de transações repetidas que estabelecem padrões de como, quando e com quem se relacionar, sendo possível aprender a viver em determinadas conformações familiares diversas.

Tais padrões de relacionamento seriam mantidos por dois sistemas de repressão.

O primeiro sistema genérico, especialmente, por envolver regras universais da organização familiar, tais como: a **hierarquia de poder entre pais e filhos e a complementaridade das funções entre os pais** (o casal aceita a interdependência, operando como uma equipe – como na relação coparental)⁵⁶.

O segundo sistema de repressão envolveria as expectativas mútuas dos membros da família, originárias de negociações explícitas e implícitas em torno de pequenos eventos cotidianos⁵⁷.

Observa-se, pois, que, para a teoria psicológica, a coparentalidade é definida pelo envolvimento conjunto e recíproco de ambos os pais na educação, formação e decisões sobre a

53 KUMPEL, Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura. *Coparentalidade*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI260401,91041-Coparentalidade>. Acesso em 13 jun 2019.

54 MINUCHIN, S. *Famílias: Funcionamento e tratamento*. Porto Alegre: Artmed. 1982. p. 52.

55 MINUCHIN, S. *Famílias: Funcionamento e tratamento*. Porto Alegre: Artmed. 1982.

56 MINUCHIN, S. *Famílias: Funcionamento e tratamento*. Porto Alegre: Artmed. 1982.

57 MINUCHIN, S. *Famílias: Funcionamento e tratamento*. Porto Alegre: Artmed. 1982.

vida dos seus filhos⁵⁸, circunstância que deve ocorrer em toda e qualquer situação de filiação.

Diante de tais considerações, conclui-se que a criança que nasce e cresce no âmbito da coparentalidade, em situações que as figuras de maternidade e paternidade estão bem definidas, em tese, terá o seu melhor interesse preservado, sobretudo, levando em conta que o único objetivo da formação familiar se relaciona com o cuidado e desenvolvimento do menor.

Nessa senda, os parceiros coparentais devem individualmente ser capazes de moldar a tonalidade emocional das suas interações, de modo a compatibilizar o livre exercício da autonomia privada dos pais, com o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

5. Conclusão

Apresentou-se a coparentalidade como uma nova alternativa de constituição familiar para aqueles que desejam procriar, sem a existência de relacionamento amoroso-sexual.

Nessa senda, demonstrou-se que o projeto de coparentalidade se compatibiliza com os princípios da autonomia privada dos pais e do melhor interesse da criança, sobretudo, considerando ser a criança o único elo jurídico que une seus genitores.

Concluiu-se que os pais que decidem ter um filho, sem envolvimento amoroso, objetivam, unicamente, atender os interesses do menor, ficando evidente, nesse caso, que a prole foi planejada e querida por ambos os pais, situação que afasta o risco de abalos relacionados ao fim de um relacionamento amoroso, como ocorre no divórcio.

Por outro lado, considerando a lógica inclusiva constitucional, defendeu-se a possibilidade de formação da família coparental por meio de um contrato, pelo qual os genitores manifestariam livremente a vontade de articular os papéis parentais, deixando estipulado todos os cuidados globais, bem como a responsabilidade conjunta pelo bem-estar da criança a ser concebida.

Tal situação se compatibiliza com as normas do Estado Democrático de Direito, laico por excelência, no qual as pessoas são livres para escolher a família que melhor lhe atendam, desde que assumam a responsabilidade pela sua opção. Nessa linha, o Estado não deve interferir em constituições familiares que, não obstante incômodas, haja vista o princípio da intervenção mínima no âmbito familiar.

Desse modo, rechaça-se a afirmativa de que ausência de relação amorosa feriria o melhor interesse da criança, pois não há como prever se os filhos decorrentes da coparentalidade serão felizes, ou infelizes, como quaisquer outros filhos de famílias tradicionais. Afinal, não se pode esquecer que casais heterossexuais abandonam seus filhos, cometem alienação parental, e seus filhos sofrem *bullying* como qualquer outra criança ou adolescente.

Defende-se, portanto, a ideia de que os filhos, independentemente de sua origem, serão felizes na medida do amor e dos limites que receberem dos seus pais, em qualquer conformação familiar.

⁵⁸ FEINBERG, M. *The internal structure and ecological context of coparenting: A framework for research and intervention*. *Parenting*, 3, 2003 85-131.

Referências

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord.); MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). **História da vida privada: cotidiano e vida privada na América portuguesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 03 jul 2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (de 5 de outubro de 1988). Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 jun 2019.

BRASIL, **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil (de 10 de janeiro de 2002). Diário Oficial da União, Brasília, 2 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 13 jun 2019.

CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história**. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009, p. 81.

COSTA, Iraci del Nero da. **A estrutura familiar e domiciliar em Vila Rica no alvorecer do século XIX**. Revista da IEB, nº 79, 1971. p. 21.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora das Américas S.A, 2006.

DANTAS, San Tiago. Rui Barbosa e o Código Civil, in San Tiago Dantas. **Dois momentos de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1949.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 11ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, volume 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Da produção independente a coparentalidade: a existência de novas entidades familiares**. Disponível em <http://meusitejuridico.com.br/2017/07/30/da-producao-independente-coparentalidade-existencia-de-novas-entidades-familiares/>. Acesso em 13 jun 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, volume 6. 6ª.ed. Salvador: Editora Juspodivum,2014.

FEINBERG, M. **The internal structure and ecological context of coparenting**: A framework for research and intervention. *Parenting*, 3, 2003 85-131.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 14.ed. Belo Horizonte: Del Rey,2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

GATTO, Gabriela. **As novas modalidades de famílias do direito civil brasileiro no século XXI e, os aspectos da multiparentalidade**. Disponível em: <https://gabiggatto.jusbrasil.com.br/artigos/527805537/as-novas-modalidades-de-familias-do-direito-civil-brasileiro-no-seculo-xxi-e-os-aspectos-da-multiparentalidade?ref=topic_feed>. Acesso em: 02 jul. 2019.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. **Seleções Jurídicas**. São Paulo. Jul. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume.6, 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. Volume 6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39-40. Versão eletrônica.

JANOTTI, Carolina de Castro; PADUANI, Lilian Cristina Ferreira. **Direito Civil Aplicado**, volume I. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2016.

KUMPEL; Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura. **Coparentaliade**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI260401,91041-Coparentalidade>. Acesso em 13 jun 2019.

LISBOA. Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**, volume 5. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 1ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: **JusNavegandi**, Teresina, ano 6, n. 53,, jan. 2002. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2552>>. Acesso em 27 jul. 2019.

OLIVEIRA, Leonardo Petró de. **Afinal, o que é coparentalidade?**. Disponível em < <https://leonardopetro.jusbrasil.com.br/artigos/481250773/afinal-o-que-e-coparentalidade>>. Acesso em 13 jun 2019.

MARGOLIN, G., GORDIS, E. B., & JOHN, R. S.. **Coparenting: a link between marital conflict and parenting in two-parent families**. *Journal of Family Psychology*, 15(1), 3-21. doi: 10.1037/0893-3200.15.1.3, 2001.

MINUCHIN, S. **Famílias**: Funcionamento e tratamento. Porto Alegre: Artmed. 1982.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, vol.16. n.45 São Paulo, 2001.

PAIS AMIGOS. **Coparentalidade**. Disponível em: <https://www.facebook.com/PaisAmigos-Coparentalidade/> Acesso em: 05 set. 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, volume 5. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-13/processo-familiar-coparentalidade-abre-novas-formas-estrutura-familiar>>. Acesso em 13 jun 2019.

PRIORE, Mary del. Ritos da vida privada. In **História da vida privada**: cotidiano e vida privada na América portuguesa. SP: Cia. das Letras, 1997. p. 159.

SAMARA, Eni de Mesquita. O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade). **Revista Psicologia USP**, v. 13, n. 2, São Paulo, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/psicoup/article/view/53500/57500>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Coparentalidade: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos**. Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>>. Acesso em 13 jun 2019.

SPAGNOL, Débora. **Novos arranjos familiares: a coparentalidade**. Disponível em <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/412146047/novos-arranjos-familiares-a-co-parentalidade>. Acesso em 13 jun 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 02.

VAINFAS, Ronaldo (direção). **Dicionário do Brasil imperial**, 1822-1889. RJ: Ed. Objetiva, 2002.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas**: uma análise sob a égide do Direito Contemporâneo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

A CONVOCAÇÃO DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS PELA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS FAMILIARES

FLÁVIO TARTUCE¹

Conforme as antigas lições doutrinárias, a obrigação de alimentos familiares é, em regra, divisível, o que pode ser retirado do conteúdo dos arts. 1.696 e 1.697 do Código Civil em vigor; exceção feita ao caso em que o credor for idoso, nos termos da legislação específica. Como bem leciona Maria Helena Diniz, a obrigação de alimentos “é divisível entre os parentes do necessitado, encarregados da prestação alimentícia, salvo se o alimentando for idoso, visto que a obrigação passará, então, a ser solidária ex lege, cabendo-lhe optar entre os prestadores (Lei n. 10.741/2003, art. 12)”. (*Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 550). No mesmo sentido, Yussef Said Cahali ensina que “o caráter divisível da obrigação representa o entendimento doutrinário dominante; excepcionando a lei o caso em que o credor é idoso” (*Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 138).

De fato, como a solidariedade obrigacional não se presume, por força do art. 265 do Código Civil, haveria a necessidade de a lei prever, em sentido geral, que a obrigação não seria fracionária, cabendo sempre uma *opção de demanda* em relação aos devedores, o que não ocorre na legislação civil brasileira. Tal opção possibilitaria que o credor ingressasse com a ação de alimentos em face de um, alguns ou todos os devedores, estando prevista no art. 275 do Código Civil. Sendo a obrigação divisível, e não solidária, como regra geral, aplica-se a máxima *concurso partes fiunt*, dividindo-se o encargo de acordo com o número de partes, nos termos do art. 257 da mesma codificação privada.

Não se pode negar que essa solução de divisibilidade dada pela lei afronta a solidariedade constitucional. Dessa forma, o melhor caminho seria a solidariedade passiva legal, o que facilitaria o recebimento do crédito alimentar pelo credor. Em verdade, o sistema jurídico nacional a respeito dos alimentos parece desequilibrado, ao proteger pela solidariedade passiva alimentar apenas o idoso. Não se justifica a falta de proteção de outros vulneráveis, caso das crianças e dos adolescentes, das pessoas com deficiência e das mulheres sob violência doméstica. E não se olvide que o alimentando constitui um *vulnerável por excelência*, o que justifica a existência de todo o aparato legal protetivo e o fundamento da matéria em normas de ordem pública e interesse social.

Sendo assim, a título de exemplo sobre o atual sistema, se um pai não idoso necessita de alimentos, tem quatro filhos em condições de prestá-los e quer receber a integralidade do valor alimentar, a ação deverá ser proposta em face de todos, em litisconsórcio passivo necessário. Entretanto, como a obrigação é divisível, esse pai pode optar por receber de um ou alguns dos filhos, havendo litisconsórcio passivo facultativo, até porque cabem ações em separado. Na última situação descrita, caso a ação seja proposta em face de apenas um dos filhos, terá subsunção o polêmico e tão nebuloso art. 1.698 do CC/2002, que tem a seguinte redação: “Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar to-

talmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

Reafirme-se, contudo, que, nos casos em que quem pleiteia os alimentos é idoso, com idade superior a 60 anos, o art. 12 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) estabelece que a obrigação é solidária. Para essas hipóteses, no exemplo analisado, se o pai que irá pleitear os alimentos dos filhos tiver aquela idade, poderá fazê-lo contra qualquer um dos filhos e de forma integral, o que visa proteger o vulnerável, no caso, o idoso.

Voltando-se ao art. 1.698 da codificação, a segunda parte do comando deixa clara novamente a divisibilidade da obrigação, aplicando-se a máxima *concurso partes fiunt*, de divisão igualitária de acordo com o número de devedores. No âmbito doutrinário, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 342, tratando da responsabilidade subsidiária, sucessiva e complementar dos demais parentes, caso dos avós, com a seguinte redação: “observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores”.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a posição é consolidada no mesmo sentido, merecendo colação, por ser um dos primeiros precedentes sobre o tema: “A responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor” (STJ, REsp 579.385/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 26/08/2004, DJ 04/10/2004, p. 291). Na mesma linha é a afirmação n. 15, constante da Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, da Corte Superior: “a responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos apresenta natureza complementar e subsidiária, somente se configurando quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor”. Exatamente no mesmo sentido da tese, a Súmula 596 do Tribunal da Cidadania, aprovada em novembro de 2017.

Dúvidas fulcrais surgem do art. 1.698 do Código Civil e desse contexto jurídico. A quem cabe a convocação dos demais parentes? Qual o instrumento jurídico cabível para tanto? A ilustrar, imagine-se que um filho ingressa com uma demanda contra o pai, que não tem condições de suportar totalmente o encargo. Como será possível a inclusão dos avós para que estes respondam pelas verbas alimentares, concretizando a citada responsabilidade subsidiária, sucessiva e complementar, retirada do entendimento doutrinário e da jurisprudência superior consolidada?

Como Rodrigo Reis Mazzei, sempre sustentei que a hipótese seria de um litisconsórcio sucessivo-passivo, pois se trata de uma situação de responsabilidade subsidiária especial (Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Processo e direito material*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 235). Sendo assim, tais convocações dos demais parentes devedores serão formuladas preferencialmente pelo autor da ação, e não pelo réu, presente um litisconsórcio facultativo. Acrescente-se que a tese de *convocação* pelo autor da ação de alimentos ganha força com o art. 238 do CPC/2015, segundo o qual a citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual. Consigne-se que o termo “convocados” não constava do art. 213 do CPC/1973, seu correspondente, que utilizava a expressão “se chama”.

Aproveitando o exemplo antes exposto, um filho pede alimentos ao pai, em ação própria. Após a contestação por este, mencionando que não tem condições de arcar integralmen-

¹ Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito Civil USP, cursando estágio pós-doutoral em Direito Civil na mesma Faculdade. Professor do programa de mestrado e doutorado da FADISP - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Coordenador e Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu em Direito Privado da EPD - Escola Paulista de Direito. Diretor nacional e estadual do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Advogado, parecerista e consultor jurídico em São Paulo.

te com os alimentos, o autor da ação poderá requerer a inclusão do avô no polo passivo, com base no que consta do art. 1.698 do Código Civil Brasileiro de 2002. Parece ser um equívoco dizer que a convocação dos demais devedores cabe sempre ao réu, pois o Código de Processo Civil vigente, assim como o seu antecessor, não consagra essa forma de intervenção de terceiro. Em reforço, o atual Código Civil não menciona que a referida *convocação* cabe ao demandado. Do ponto de vista funcional, verifica-se que, por razões óbvias, se a convocação coubesse ao réu, não iria ele indicar os avós paternos, mas, sim, os maternos.

De todo modo, sempre foi forte o entendimento de que a convocação caberia ao réu, por meio de uma forma de intervenção de terceiros *sui generis*, atípica ou especial. Essa é a opinião de Daniel Amorim Assumpção Neves, citando os posicionamentos, na mesma linha, de Sílvio de Salvo Venosa e Luiz Felipe Brasil Santos (*Manual de direito processual civil*. Volume único. São Paulo: Método, 2009. p. 179).

Destaque-se, ainda, existir corrente doutrinária, a terceira delas, que sustenta a extensão da regra de solidariedade, sendo cabível o chamamento ao processo, posição liderada por Cassio Scarpinella (Chamamento ao processo. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 88). Em síntese, nota-se uma *torre de babel doutrinária* a respeito da matéria.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo de forma majoritária que caberia aos réus da demanda – no caso, os pais – chamar ou convocar os avós. Nesse sentido, por todos: “A obrigação alimentar é de responsabilidade dos pais, e, no caso de a genitora dos autores da ação de alimentos também exercer atividade remuneratória, é juridicamente razoável que seja chamada a compor o polo passivo do processo a fim de ser avaliada sua condição econômico-financeira para assumir, em conjunto com o genitor, a responsabilidade pela manutenção dos filhos maiores e capazes. Segundo a jurisprudência do STJ, ‘o demandado (...) terá direito de chamar ao processo os corresponsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras’ (REsp n. 658.139/RS, Quarta Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 13/3/2006)” (STJ, REsp 964.866/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 01/03/2011, DJe 11/03/2011). Como se percebe, as decisões colacionadas seguem essa terceira corrente doutrinária, liderada por Cassio Scarpinella Bueno.

Por fim, como uma quarta e derradeira corrente a respeito do art. 1.698 do Código Civil e a convocação dos demais responsáveis, anote-se a aprovação de enunciado, na *V Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2011, visando facilitar a compreensão da matéria e possibilitando a citada convocação tanto pelo autor quanto pelo réu: “O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado” (Enunciado n. 523). Não se pode negar que a ideia constante do enunciado é louvável, por viabilizar a ampla tutela do alimentando, vulnerável na relação jurídica. O proponente do enunciado, Professor Daniel Ustarroz, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, argumentou muito bem em suas justificativas que “essa solução privilegia o princípio do melhor interesse do menor e o ideal de celeridade processual, tornando desnecessária a propositura de outra ação de alimentos”.

No final de 2018, surgiu outro julgado superior, expondo todo o debate doutrinário – inclusive com a posição sustentada por mim, conforme a primeira corrente –, e decidindo, pelo menos em parte, na linha desse Enunciado n. 523 da *V Jornada de Direito Civil*, que “em

ação de alimentos, quando se trata de credor com plena capacidade processual, cabe exclusivamente a ele provocar a integração posterior no polo passivo”. Ainda nos termos do aresto, “nas hipóteses em que for necessária a representação processual do credor de alimentos incapaz, cabe também ao devedor provocar a integração posterior do polo passivo, a fim de que os demais coobrigados também componham a lide, inclusive aquele que atua como representante processual do credor dos alimentos, bem como cabe provocação do Ministério Público, quando a ausência de manifestação de quaisquer dos legitimados no sentido de chamar ao processo os demais coobrigados possa causar prejuízos aos interesses do incapaz” (STJ, REsp. 1.715.438/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 13/11/2018, DJe 21/11/2018).

Como nele consta, explicando o teor do dispositivo em estudo, “a regra do art. 1.698 do CC/2002, por disciplinar questões de direito material e de direito processual, possui natureza híbrida, devendo ser interpretada à luz dos ditames da lei instrumental e, principalmente, sob a ótica de máxima efetividade da lei civil. A definição acerca da natureza jurídica do mecanismo de integração posterior do polo passivo previsto no art. 1.698 do CC/2002, por meio da qual são convocados os coobrigados a prestar alimentos no mesmo processo judicial e que, segundo a doutrina, seria hipótese de intervenção de terceiro atípica, de litisconsórcio facultativo, de litisconsórcio necessário ou de chamamento ao processo, é relevante para que sejam corretamente delimitados os poderes, ônus, faculdades, deveres e responsabilidades daqueles que vierem a compor o polo passivo, assim como é igualmente relevante para estabelecer a legitimação para provocar e o momento processual adequado para que possa ocorrer a ampliação subjetiva da lide na referida hipótese” (STJ, REsp 1.715.438/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 13/11/2018, DJe 21/11/2018). Em arremate final, julgou-se que: “no que tange ao momento processual adequado para a integração do polo passivo pelos coobrigados, cabe ao autor requerê-lo em sua réplica à contestação; ao réu, em sua contestação; e ao Ministério Público, após a prática dos referidos atos processuais pelas partes, respeitada, em todas as hipóteses, a impossibilidade de ampliação objetiva ou subjetiva da lide após o saneamento e organização do processo, em homenagem ao contraditório, à ampla defesa e à razoável duração do processo” (STJ, REsp 1.715.438/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 13/11/2018, DJe 21/11/2018).

Não se pode negar que esse último julgado representa um notável avanço, por afastar a possibilidade de convocação exclusiva pelo réu, tutelando efetivamente o direito a alimentos. Espera-se, portanto, que a questão seja pacificada nesse sentido no âmbito da Segunda Seção da Corte, seguindo-se as premissas constantes do enunciado doutrinário antes destacado e revendo as correntes doutrinárias que entendiam de forma contrária.

O PROVIMENTO 83/2019 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O NOVO TRATAMENTO DO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA¹

FLÁVIO TARTUCE²

No último dia 14 de agosto de 2019, a Corregedoria Geral de Justiça do CNJ editou o Provimento n. 83/2019, que altera o anterior Provimento n. 63/2017, em especial quanto ao tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. A modificação se deu diante dos pedidos de providências 0006194-84.2016.2.00.0000 e 0001711.40.2018.2.00.0000, um deles instaurado de ofício pelo próprio Ministro Corregedor, Humberto Martins, e outro a pedido do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

Os “considerandos” da nova norma destacam, entre outras questões e justificativas para a alteração do preceito administrativo anterior: *a*) o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos; *b*) a competência do Poder Judiciário para fiscalizar os serviços notariais e de registro; *c*) a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da filiação civil; *d*) a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade proibida toda designação discriminatória relativa à filiação: a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais; *e*) a necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação; *f*) o fato de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios, como decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC, em repercussão geral; *g*) a plena aplicação do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva para aqueles que possuem dezoito anos ou mais; *h*) a possibilidade de aplicação desse instituto aos menores, com doze anos ou mais, desde que seja realizada por intermédio de seus pais, nos termos do art. 1.634, inc. VII do Código Civil, ou seja, por representação; e *i*) ser recomendável que o Ministério Público seja sempre ouvido nos casos de reconhecimento extrajudicial de parentalidade socioafetiva de menores de 18 anos.

O primeiro dispositivo alterado é o art. 10 do Provimento n. 63, que passou a ter a seguinte redação: “o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais”. Eis aqui uma das principais modificações a ser destacada, pois a regra anterior não limitava o reconhecimento extrajudicial quanto ao critério etário, atingindo agora apenas os adolescentes, assim definidos pelo art. 1º da Lei n. 8.069/1990 como as pessoas com idade entre 12 e 18 anos, e adultos.

¹ Coluna do Migalhas de agosto de 2019.

² Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor Titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação lato sensu da EPD. Professor do G7 Jurídico. Diretor do IBDFAM – Nacional e vice-presidente do IBDFAM/SP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

Seguiu-se, assim, parcialmente o critério etário da adoção, que, como a parentalidade socioafetiva, constitui forma de parentesco civil. Diz-se *parcialmente* pois, pelo art. 45, § 2º, do mesmo Estatuto da Criança e do Adolescente, há necessidade apenas de ouvir a pessoa adotada que tenha essa idade ou mais, mas não há essa limitação de idade para a adoção, restrição que agora atinge a parentalidade socioafetiva extrajudicial.

Como escreve Ricardo Calderón, que participou dos debates prévios que permearam a elaboração da nova norma representando o IBDFAM, quanto à ausência de limitação anterior, “esta amplitude passou a sofrer alguns questionamentos, principalmente para se evitar que crianças muito pequenas (com meses de vida até cerca de 5 anos de idade) tivessem sua filiação alterada sem a chancela da via judicial. Para parte dos atores envolvidos com infância e juventude, os registros de filiações de crianças ainda na primeira infância (até 6 anos) deveriam remanescer com o Poder Judiciário. Uma das principais preocupações era que, como crianças de tenra idade podem vir a atrair o interesse de pessoas que pretendessem realizar ‘adoções à brasileira’ ou então ‘furar a fila adoção’, melhor seria deixar tal temática apenas para a via jurisdicional”. Ainda segundo ele, em palavras às quais me filio, “a observação parece ter algum fundamento, visto que o intuito do CNJ é justamente deixar com as Serventias de Registros de Pessoas Naturais apenas os casos consensuais e incontroversos, sob os quais não parem quaisquer dúvidas. Quanto aos casos litigiosos, complexos ou que possam ser objeto de alguma outra intenção dissimulada a ideia é que fiquem mesmo com o Poder Judiciário, que tem maiores condições de tratar destes casos” (CALDERÓN, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ. Disponível em: <http://ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 ago. 2019).

Além dessa alteração no *caput*, o art. 10 recebeu uma alínea a, outra novidade, passando a estabelecer critérios para a configuração da parentalidade socioafetiva, que deve ser estável e exteriorizada socialmente. Conforme o seu § 1º, recomenda-se na norma que o registrador ateste a existência do vínculo socioafetivo mediante apuração objetiva, por intermédio da verificação de elementos concretos, a fim de demonstrar os três critérios da posse de estado de filhos citados no julgamento do STF: o tratamento (*tractatio*), a reputação (*reputatio*) e o nome (*nominatio*).

O mesmo comando ainda estabelece que o ônus da prova da afetividade cabe àquele que requer o registro extrajudicial, admitindo-se todos os meios em Direito admitidos, especialmente por documentos, tais como elencados em rol meramente exemplificativo ou *numerus apertus*: *a*) apontamento escolar como responsável ou representante do aluno em qualquer nível de ensino; *b*) inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência privada; *c*) registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; *d*) vínculo de conjugalidade, por casamento ou união estável, com o ascendente biológico da pessoa que está sendo reconhecida; *e*) inscrição como dependente do requerente em entidades associativas, caso de clubes recreativos ou de futebol; *f*) fotografias em celebrações relevantes; e *g*) declaração de testemunhas com firma reconhecida (art. 10-A, § 2º, do Provimento n. 83 do CNJ). Além desses documentos, cite-se a possibilidade de prova por escritura pública de reconhecimento da parentalidade socioafetiva, que chegou a ser lavrada em alguns poucos Tabelionatos de Notas do País, de forma corajosa, e que confirma que a relação descrita no dispositivo não é taxativa ou *numerus clausus*.

A ausência desses documentos não impede o registro do vínculo socioafetivo, desde que justificada a impossibilidade. No entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo (novo art. 10-A, § 3º, do Provimento n. 83 do CNJ). Percebe-se, desse modo, a existência de uma construção probatória extrajudicial e certo poder decisório atribuído ao Oficial de Registro Civil, o que representam passos avançados e importantes em prol

da *extrajudicialização*, que contam com o meu total apoio. Todos esses documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador – em originais ou cópias –, juntamente com o requerimento (art. 10-A, § 4º do Provimento n. 83 do CNJ).

Feitas essas anotações, o art. 11 do Provimento n. 63 também recebeu alterações, para se adequar a regulamentações anteriores. O dispositivo trata do processamento do reconhecimento extrajudicial, enunciando o seu *caput* que será feito perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação. Na dicção do novo § 4º desse art. 11, se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento. A previsão anterior do § 4º era de que “se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento”. Como se percebe, o novo texto está de acordo com a vedação de reconhecimento extrajudicial do menor de doze anos de idade.

Também foi incluído o § 9º nesse art. 11 do Provimento n. 63, agora com menção expressa à atuação do Ministério Público, conforme justo pleito formulado pelas suas instituições representativas. Conforme o novo comando, atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante local do Ministério Público para que elabore um parecer jurídico. O registro da paternidade ou maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador somente após o parecer favorável do Ministério Público. Eventualmente, se o parecer for desfavorável, o registrador civil não procederá ao registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando o expediente. Por fim, está expresso nesse artigo que eventual dúvida referente ao registro deverá ser remetida ao juízo competente para dirimi-la, ou seja, não sendo viável o caminho da extrajudicialização, a solução está no Poder Judiciário.

A previsão da necessária atuação extrajudicial do Ministério Público tem, mais uma vez, meu total apoio. Tanto isso é verdade que fiz sugestões de alterações legislativas para a *Comissão Mista de Desburocratização*, para que sejam viáveis juridicamente a alteração do regime de bens, o inventário e o divórcio extrajudiciais perante o Tabelionato de Notas – os dois últimos mesmo havendo herdeiros ou filhos menores ou incapazes –, sempre com a intervenção do MP. Os projetos de lei que tratam dessas possibilidades estão em trâmite no Congresso Nacional.

Para encerrar, como tema mais polêmico, o art. 14 do antigo Provimento n. 63 recebeu novos parágrafos, a fim de tratar da multiparentalidade extrajudicial, na linha do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da repercussão geral sobre o tema, aqui antes citado e citado expressamente nos “considerandos” dos dois provimentos. Conforme a tese fixada pelo STF, que merece sempre ser transcrita, “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” (Informativo n. 840 da Corte, de setembro de 2016).

Foi mantido o *caput* do art. 14, *in verbis*: “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”. A previsão vinha gerando muitas dúvidas e incertezas a respeito da possibilidade ou não de reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade e talvez poderia ser até aperfeiçoada, com mais clareza. Com o texto atual, acrescido dos dois novos parágrafos, a minha resposta continua sendo positiva quanto a essa polêmica, apesar de o *caput* não ter sido modificado.

Na dicção do novo § 1º do art. 14 do Provimento n. 63 do CNJ, “somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno”. Além disso, se o caso envolver a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo, deverá tramitar pela via judicial (§ 2º). Penso que evidenciado e se confirma, portanto, o registro da multiparentalidade no cartório. Porém, tal reconhecimento fica limitado a apenas um pai ou mãe que tenha a posse de estado de filho.

Se o caso for de inclusão de mais um ascendente, um segundo genitor baseado na afetividade, será necessário ingressar com ação específica de reconhecimento perante o Poder Judiciário. Nota-se, assim, a preocupação de evitar vínculos sucessivos, que, aliás, são difíceis de se concretizar na prática, pois geralmente a posse de estado de filhos demanda certo tempo de convivência.

De toda forma, pela redação mantida no *caput*, não é possível que alguém tenha mais de dois pais ou duas mães no registro, ou seja, três pais e duas mães ou até mais do que isso. Esclareceu-se o real sentido do termo “unilateral” que consta do *caput* e que era objeto dos citados calorosos debates. Exatamente como opina mais uma vez Ricardo Calderón, “a redação destes novos parágrafos deixa mais claro o sentido do termo unilateral utilizado na redação originária do respectivo artigo 14. Como se percebe, o que se quer limitar é apenas a inclusão de mais um ascendente socioafetivo, pela via extrajudicial. Esta opção parece pretender acolher as situações mais comuns e singelas que se apresentam na realidade concreta, que geralmente correspondem a existência de apenas mais um ascendente socioafetivo. Os casos com a presença de um pai e uma mãe socioafetivos, por exemplo, são mais raros e podem pretender mascarar ‘adoções à brasileira’ – o que não se quer admitir. Daí a opção do CNJ em limitar este expediente extrajudicial a apenas mais um ascendente socioafetivo. Dessa forma, eventual segundo ascendente socioafetivo terá que se socorrer da via jurisdicional. Em consequência, restou esclarecida com estes novos parágrafos a manutenção da admissão da multiparentalidade unilateral: ou seja, a inclusão de um ascendente socioafetivo ao lado de um outro biológico que já preexistia, mesmo que da mesma linha (dois pais, por exemplo)” (CALDERÓN, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ. Disponível em: <http://ibdfam.org.br>. Acesso em 23 de agosto de 2019). Assim como ele, também elogio o aperfeiçoamento do texto, que deve trazer mais certeza a respeito do tema.

Em suma, tentando atender a vários pleitos e pedidos que foram formulados por entidades distintas, o novo Provimento n. 83 do CNJ aperfeiçoa o anterior, firmando o caminho sem volta da redução de burocracias e da extrajudicialização. Em um momento de argumentos e teses radicais, parece trazer o bom senso e o consenso em seu conteúdo, ou seja, a afirmação de que muitas vezes *a solução está no meio do caminho*.

A VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE E A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO ART. 496 DO CÓDIGO CIVIL

FLÁVIO TARTUCE¹

O art. 496 do Código Civil trata da venda de ascendente para descendente, regra que, apesar de estar inserida na seção relativa aos contratos na vigente codificação, interessa diretamente ao Direito de Família e das Sucessões. Conforme a sua dicção atual, “é anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”. Além disso, na exata expressão do seu parágrafo único, “em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória”.

A norma encerrou polêmica anterior – que existia no âmbito da doutrina e da jurisprudência – a respeito de ser a venda de ascendente a descendente, celebrada sem a citada autorização, nula ou anulável. Como bem demonstram Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, juristas que participaram do processo final de elaboração do vigente Código Civil, “no que se refere ao contrato de compra e venda feita por ascendente a descendente, torna-se ele suscetível de anulabilidade, não mais se podendo falar de nulidade. Esta, a significativa inovação. O dispositivo espanca a vacilação então dominante na doutrina, diante do preceituado pelo art. 1.132 do CC/1916, tornando defeso que os ascendentes pudessem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentissem. A referência expressa à anulabilidade contida na nova norma encerra, por definitivo, dissenso jurisprudencial acerca das exatas repercussões à validade do negócio jurídico, quando superada por decisões recentes do STJ, a Súmula 494 do STF” (*Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 255).

Desse modo, para vender um imóvel para um filho, o pai necessita de autorização dos demais filhos e de sua esposa, sob pena de nulidade relativa da venda, a menos grave das invalidades. O objetivo da norma, entre outros fundamentos, é a proteção da legítima dos herdeiros necessários, como bem salienta Marco Aurélio Bezerra de Melo, em obra da qual sou um dos coautores:

“O artigo em comento tem por objetivo resguardar a legítima dos herdeiros necessários, pois com a necessidade de anuência destes há uma fiscalização prévia que poderá evitar demandas futuras que se verificariam após a morte do doador. Para entender o fundamento da anulabilidade necessitamos mergulhar, ainda que na parte rasa desse oceano, nos meandros do Direito das Sucessões, notadamente nos artigos 1.845 e 1.846 do Código Civil, os quais estabelecem, respectivamente, que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge e que pertencem a estes, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima, da qual somente

podem ser privados pelo instituto da deserdação. Pudesse o ascendente vender ao descendente sem o consentimento dos demais e estaria franqueada e facilitada a possibilidade de simulação de uma doação travestida documentalmente de compra e venda, contemplando determinado herdeiro necessário em detrimento de outro. Isso porque se efetivamente se tratasse de uma doação, esta, em regra, seria considerada adiantamento de legítima (art. 544 do CC) e o herdeiro contemplado estaria obrigado a trazer à colação o que recebeu em vida de seu ascendente para o fim de igualar as legítimas e conferir o valor das doações recebidas, sob pena de responder pelas sanções da sonegação, conforme prescreve o artigo 2.002 do Código Civil. Daí o interesse do ascendente que pretende fugir da regra da preservação da legítima dos herdeiros necessários de adotar o modelo da compra e venda e não da doação como era de seu real intento” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 295).

Pelo que está escrito no parágrafo único do dispositivo, dispensa-se a autorização do cônjuge se o regime for o da *separação obrigatória de bens*, aquele que é imposto pela lei, nos termos do art. 1.641 da codificação e em três hipóteses: *a)* para as pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (art. 1.523 do CC); *b)* casamento da pessoa maior de setenta anos, hipótese que encontra os principais debates no âmbito prático e *c)* de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Como tenho sustentado há tempos, a norma necessita de reparos técnicos, o que é objeto de projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, de número 4.639/2019, de autoria do Deputado Carlos Bezerra. A proposição visa retirar a expressão “em ambos os casos”, que consta do parágrafo único do art. 496 do Código Civil e que ali permaneceu por erro de tramitação legislativa. Como consta da projeção, “o artigo 496 do novo Código Civil, cujo *caput* corresponde basicamente ao artigo 1.132 do Código Civil anterior, proíbe a venda de bens de ascendente a descendente, salvo nas condições que especifica. Durante a tramitação do projeto, houve momento em que se proibiu, também, a venda de descendente a ascendente. Nesse período, surgiu o parágrafo único do artigo, que especifica uma exceção à proibição. No curso regular da tramitação legislativa, a proibição da segunda hipótese de venda, de descendente para ascendente, foi derrubada. No entanto, não se atualizou a redação do parágrafo único, o que procuramos fazer agora”.

A projeção confirma o teor do Enunciado n. 177, aprovado na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, que assim preceitua: “por erro de tramitação, que retirou a segunda hipótese de anulação de venda entre parentes (venda de descendente para ascendente), deve ser desconsiderada a expressão ‘em ambos os casos’, no parágrafo único do art. 496”. O autor da proposta, Professor José Osório de Azevedo Jr., jurista que sempre merece todas as homenagens, pelas suas numerosas contribuições ao Direito Civil Brasileiro, assim fundamentou a sua proposta de enunciado doutrinário:

“Na realidade, não existem ambos os casos. O caso é um só: a venda de ascendente para descendente. Houve equívoco no processo legislativo. O artigo correspondente do Anteprojeto do Código Civil, publicado no DOU de 07.08.1972, (art. 490) não previa qualquer parágrafo. A

¹ Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor Titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação lato sensu da EPD. Professor do G7 Jurídico. Diretor do IBDFAM – Nacional e vice-presidente do IBDFAM/SP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

redação era a seguinte: Art. 490 – Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentam. A venda não será, porém, anulável, se o adquirente provar que o preço pago não era inferior ao valor da coisa. No Projeto 634/1975, DOU 13.06.1975, houve alteração: Art. 494. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes expressamente houverem consentido. Em Plenário, foram apresentadas pelo Dep. Henrique Eduardo Alves as Emendas 390, 391 e 392 ao art. 494. A primeira delas para tornar nula a venda e para exigir a anuência do cônjuge do vendedor: Art. 494. É nula a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do vendedor expressamente houverem consentido. A segunda, para acrescentar um parágrafo considerando nula também a venda de descendente para ascendente: Art. 494. § 1.º É nula a venda de descendente para ascendente, salvo se o outro ascendente do mesmo grau, e o cônjuge do vendedor expressamente houverem consentido. A terceira emenda acrescentava mais um parágrafo (2.º), com a redação do atual parágrafo único, com a finalidade de dispensar o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória: Art. 494. § 2.º Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória. Pelo que se vê do texto do Código, a primeira emenda (390) foi aprovada em parte, só para exigir a anuência do cônjuge. A segunda emenda (391) foi inteiramente rejeitada. E a terceira (392) foi acolhida e transformada no atual parágrafo único. Esqueceu-se de que a segunda emenda, que previa uma segunda hipótese de nulidade – a venda de descendente para ascendente –, foi rejeitada. Assim, no contexto das emendas, fazia sentido lógico a presença da expressão em ambos os casos, isto é, nos dois casos de nulidade, venda de ascendente para descendente e venda de descendente para ascendente. Agora não faz sentido, porque, como foi dito no início, a hipótese legal é uma só: ‘a venda de ascendente para descendente’. Houve erro material, s.m.j., e a expressão em ambos os casos deve ser tida como não escrita, dispensáveis maiores esforços do intérprete para achar um significado impossível. A regra de que a lei não contém expressões inúteis não é absoluta. Cumpre, portanto, desconsiderar a expressão em ambos os casos” (destaque nosso).

Assim, é louvável a projeção legislativa, a fim de corrigir esse equívoco histórico. Porém, há necessidade de se fazer outro reparo no parágrafo único do art. 496 do Código Civil, o que foi sugerido por emenda propositiva do Deputado Luiz Flávio Gomes, após me consultar. O comando não deveria mencionar como exceção o regime da *separação obrigatória*, mas a *separação convencional de bens*, que tem origem em pacto antenupcial.

Isso porque, no regime da separação obrigatória de bens, alguns bens se comunicam, por força da antiga Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que ainda vem sendo aplicada pelos nossos Tribunais, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça. Conforme essa ementa jurisprudencial consolidada, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. E, conforme um dos últimos arestos do STJ a respeito

dessa temática, determinante na interpretação da sumular: “nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça” (STJ, EREsp 1.623.858/MG, Segunda Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), j. 23/05/2018, DJe 30/05/2018).

Ora, percebe-se que, pela sumular e na sua atual interpretação, alguns bens se comunicam no regime da separação legal ou obrigatória de bens – aqueles havidos durante o casamento pelo esforço comum –, sendo imperiosa a autorização do cônjuge para a venda de ascendente para descendente nesse regime, pois ele pode ter algum interesse patrimonial na alienação.

Por isso, repise-se, a norma deveria excepcionar o regime da separação convencional de bens – aquele que decorre de pacto antenupcial –, único regime de separação em que nenhum bem se comunica, presente uma verdadeira *separação absoluta*, e em que a autorização do cônjuge deve ser dispensada. Nesse sentido, cabe transcrever o que pontuo a respeito do dispositivo que se pretende corrigir, confrontando-o com outra regra da própria codificação, o art. 1.647:

“Interessante confrontar o parágrafo único do art. 496 CC que excepciona o regime da separação obrigatória (de origem legal), com o art. 1.647, I, também do CC, que trata da necessidade de outorga conjugal para a venda de imóvel a terceiro, sob pena de anulabilidade (art. 1.649). Isso porque o art. 1.647 dispensa a dita autorização se o regime entre os cônjuges for o da separação absoluta. Mas o que seria separação absoluta?

Entendemos que a separação absoluta é apenas a separação convencional, pois continua sendo aplicável a Súmula 377 do STF. Por essa súmula, no regime da separação legal ou obrigatória comunicam-se os bens havidos pelos cônjuges durante o casamento pelo esforço comum, afirmação que restou pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em 2018 (EREsp 1.623.858/MG, 2.ª Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5.ª Região), j. 23.05.2018, DJe 30.05.2018).

Em síntese, o regime da separação legal ou obrigatória não constitui um regime de separação absoluta, uma vez que alguns bens se comunicam. Em outras palavras, a outorga conjugal é dispensada apenas se o regime de separação de bens for estipulado de forma convencional, por pacto antenupcial. Na doutrina, essa também é a conclusão de Nelson Nery Jr., Rosa Maria de Andrade Nery, Rolf Madaleno, Zeno Veloso, Rodrigo Toscano de Brito, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona, entre outros” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Volume 3. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 317).

Não restam dúvidas de que é necessário adaptar o art. 496, parágrafo único, ao art. 1.647 do Código Civil, mencionando-se na primeira regra também o que se considera separação absoluta de bens. E, para que não parem mais dúvidas do que seja a citada “separação absoluta”, a necessidade de autorização do cônjuge na venda de ascendente para descendente deve ser afastada somente se o regime de casamento entre os cônjuges for o da separação convencional. Espera-se, por tudo isso, que o projeto de lei tenha êxito no Congresso Nacional, fazendo-se esses dois reparos no artigo ora analisado.

Como palavras finais, uma outra questão poderia ser levantada, a respeito da inclusão do companheiro no art. 496 do Código Civil. Porém, essa inclusão passaria por uma reforma mais ampla de todo o Código Civil, o que será objeto de outro artigo, a ser publicado neste mesmo canal.

OS PACTOS SUCESSÓRIOS ONTEM E HOJE: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO DE LUIZ EDSON FACHIN.

JOSÉ FERNANDO SIMÃO

“Ave ou demônio que negrejas!
Profeta, ou o que quer que sejas!
Cessa, ai, cessa! clamei, levantando-me, cessa!
Regressa ao temporal, regressa
À tua noite, deixa-me comigo.
Vai-te, não fique no meu casto abrigo
Pluma que lembre essa mentira tua.
Tira-me ao peito essas fatais
Garras que abrindo vão a minha dor já crua.”
E o corvo disse: “Nunca mais”.

E o corvo aí fica; ei-lo trepado
No branco mármore lavrado
Da antiga Palas; ei-lo imutável, ferrenho.
Parece, ao ver-lhe o duro cenho,
Um demônio sonhando. A luz caída
Do lampião sobre a ave aborrecida
No chão espraia a triste sombra; e, fora
Daquelas linhas funerais
Que flutuam no chão, a minha alma que chora
Não sai mais, nunca, nunca mais!”¹O Corvo, Edgard Allan Poe.

Sumário: I – Introdução. II – As reflexões de outrora. 1. A denominação pacta corvina. Notas históricas. 2.1 – Notas sobre o Direito Romano. 2.2- Notas sobre as Ordenações Filipinas e a Consolidação das Leis Civis. 2.3 - Razões de ser da vedação aos pacta corvina. III – As reflexões do presente. O diálogo necessário.

¹ Tradução de Machado de Assis. No original: “Be that word our sign of parting, bird or fiend!” I shrieked, upstarting. Get thee back into the tempest and the Night’s Plutonian shore! Leave no black plume as a token of that lie thy soul hath spoken! Leave my loneliness unbroken!—quit the bust above my door! Take thy beak from out my heart, and take thy form from off my door!” Quoth the Raven “Nevermore.”

*And the Raven, never flitting, still is sitting, still is sitting
On the pallid bust of Pallas just above my chamber door;
And his eyes have all the seeming of a demon’s that is dreaming,
And the lamp-light o’er him streaming throws his shadow on the floor;
And my soul from out that shadow that lies floating on the floor
Shall be lifted—nevermore!*

I – Introdução

No ano de 2005 escrevi algumas linhas relativas aos pactos sucessórios e o contrato de sociedade.² Ainda aluno do curso de Doutorado da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), o tema me encantou pelas razões históricas e pela sua manutenção no ordenamento pátrio, apesar de tão antiga regra, passados mais dois milênios.

Ainda não conhecia Luiz Edson Fachin e sua obra Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal.³

Decorridos 13 anos da publicação daquelas velhas linhas, já doutor e livre-docente pela Faculdade de Direito da USP e professor das Arcadas, do Largo de São Francisco, estabelecido no presente artigo um diálogo entre as convicções de outrora e as atuais a partir dos ensinamentos do mestre Fachin que ora se homenageia.

É do confronto da tradição histórica de vedação aos pactos sucessórios (ou *pacta corvina*⁴) com as lições contemporâneas de Luiz Edson Fachin que analisaremos o artigo 426 do Código Civil e a (in)conveniência de sua manutenção, com eventual possibilidade de abrandamento da regra de lege ferenda.

II – As reflexões de outrora

1. A denominação *pacta corvina*.

Trata-se do Pacto Sucessório, ou seja, os chamados *Pacta Corvina*, isto é, aqueles negócios capazes de levantar no coração de uma das partes, ou de ambas, um anseio pela morte da outra ou de terceiro, um *votumalicujus mortis*⁵.

O nome latino do pacto sucessório advém da palavra corvo, designação comum a diversas grandes aves da espécie dos corvídeos, especialmente aquelas do gênero *Corvus*, de plumagem negra e que são encontradas em todos os continentes, com exceção da América do Sul⁶. O corvo⁷ é uma ave carnívora que se alimenta basicamente de seres mortos, sendo, portanto necrófago. É uma ave agourenta, segunda a tradição europeia⁸.

2 Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência de pacto sucessório, Revista IMES, jan/jun 2005, p. 47.

3 Nestas linhas faço uso da segunda edição de 2006, Editora Renovar.

4 *Pactum* no singular e *pacta* no plural. Nominativo neutro da segunda declinação. Logo utilizar em português a expressão antecedida pelo artigo definido feminino ('a *pacta corvina*') é um equívoco gramatical.

5 *Pactum* no singular e *pacta* no plural. Nominativo neutro da segunda declinação. Logo utilizar em português a expressão antecedida pelo artigo definido feminino ('a *pacta corvina*') é um equívoco gramatical.

6 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v. 3: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28ª Ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

7 Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p. 852.

8 "O corvo é o maior de todos os corvídeos, chegando quase aos 70 cm de comprimento. Tem um bico forte e curto, e uma 'barba' hirsuta, que o distingue da gralha, que é também mais pequena. Tal como esta, é inteiramente negro. É principalmente necrófago, mas também mata pequenas aves e mamíferos, numa dieta que inclui ainda ovos, caracóis e cereais. Nidifica entre Fevereiro e Março num ninho em forma de uma grande taça, num armo bifurcado de uma árvore. Põe entre 4 e 6 ovos azul esverdeados claros com manchas castanhas, que são incubados pela fêmea durante 20/21 dias". Informação disponível no site: <http://www.bragancanet.pt/patrimonio/faunacorvo.htm>, acesso em 08/06/2018.

9 Há uma lenda referente aos corvos que habitam a Torre de Londres desde tempos imemoriais (pelo menos 500 anos). Segundo a lenda, se os corvos da Torre de Londres sumirem ou deixarem a Torre, a Coroa cairá e a Grã-Bretanha também ("if the Tower of London ravens are lost or fly away, the Crown will fall and Britain with it").

A analogia que se faz é justamente com relação aos hábitos alimentares do corvo (animais mortos) e o objeto do contrato (herança de pessoa viva). O negócio jurídico com tal objeto indicaria o desejo, os votos de morte para aquele de quem a sucessão se trata. Tal como os corvos, que esperam a morte de suas vítimas para se alimentarem (carne fresca), os contratantes (ou pelo menos aquele que adquiriu os bens) estariam avidamente aguardando o falecimento para se apossarem dos bens da herança.

2. Notas históricas.⁹

2.1 – Notas sobre o Direito Romano

Afirma GUILHERME BRAGA DA CRUZ que "o direito romano foi francamente hostil aos pactos sucessórios, embora não tenha chegado a formular, a esse propósito, qualquer construção jurídica. Não chegou a elaborar um conceito, nem muito menos uma classificação dos pactos sucessórios; e, por isso mesmo, nunca chegou a formular, nem sequer na época justiniana, uma proibição genérica dos pactos sobre sucessão futura. Neste, como em muitos outros domínios, o direito romano limitou-se a proceder casuisticamente: limitou-se a condenar, uma por uma, as várias modalidades possíveis de pactos, à medida que a prática se encarregava de as ir criando; e invocou fundamentos diversos, consoante os casos, para justificar essa condenação. E foi também casuisticamente que condescendeu com a prática, acabando por admitir, na época pós-clássica e justiniana, algumas das modalidades de pactos sucessórios que teimavam em não ceder perante a proibição"¹⁰.

PONTES DE MIRANDA descreve as espécies de pactos sucessórios: "pactos sucessórios, sucessões pactícias, contratos de herança, sempre se chamaram, no direito romano, os pactos aquisitivos, em que algum dos contraentes promete instituir ou se obriga a aceitar sucessão (*de succedendo*), e os *renunciativos*, em que se promete não instituir ou não aceitar (*de non succedendo*). Esses pactos sempre foram (com ligeiras exceções) considerados nulos. Procurava-se, assim, evitar que os contratos derogassem regras legais de interesse público, *iuris publici*, como o é a matéria das sucessões, *quod pactis privatorum mutari non potest* (L. 38, D., de *pactis*, 2, 14)"¹¹.

Foi apenas no Baixo Império¹², já no reinado de Diocleciano¹³, que o problema é enfrentado por meio de uma Constituição Imperial que viria a ser reproduzida no Código de Justiniano.¹⁴

BRAGA DA CRUZ explica que "consultado sobre a validade duma cláusula dum pacto dotal onde se convencionava, vice *testamenti*, que o marido, por morte da mulher, sucederia nos seus bens extradotais, o Imperador declara que essa cláusula é de todo destituída de valor,

9 Para as notas históricas, a obra de referência é de Guilherme Braga da Cruz: Pacto sucessório na História do Direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 60. São Paulo, 1965.

10 Op. cit., p. 97.

11 Tratado de direito privado. t. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 359.

12 Séculos III a V d. C.

13 Diocleciano nasceu em 22 de dezembro de 245 d. C., na região da Dalmácia, provavelmente nos arredores de Split, e faleceu em 3 de dezembro de 311 d. C., também em Split. Diocleciano optou por uma carreira militar, tendo ascendido ao corpo de elite do exército ilírico. Ele comandou o Império Romano de 284 d. C. a 305 d. C., período que foi considerado o início de uma nova era para enfrentar as deficiências de comandos anteriores dos imperadores Aureliano e Probo. Foi sua a ideia de criar a tetrarquia, ou seja, dividir o Império em quatro partes e garantir de maneira efetiva a proteção das fronteiras (SCARRE, Chris. Chronicle of the Roman Emperors. Thames and Hudson: London, 1995, pp. 196/197).

14 BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Op. cit., p. 98.

porque é ofensiva da liberdade de testar, visto que a herança só se pode dar a estranhos por meio de testamento (*haereditasextraneis testamento datur*) (C. 5, 14,5).¹⁵

Lembra o autor que “o caso mais frequentemente citado e condenado nas fontes – e que devia, portanto, ser o mais vulgarizado – é o da renúncia da filha dotada à herança paterna. A hipótese aparece já prevenida e condenada num texto de Papiniano¹⁶, com o fundamento de que as convenções particulares não podem prevalecer sobre a autoridade das leis (*privatorum enim cautiones legum auctoritate non censeri*) (D. 38, 16, 16); e é novamente referida e condenada numa constituição de Alexandre Severo¹⁷, mais tarde reproduzida no Código de Justiniano (C. 6, 20, 3).¹⁸

Segundo GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “os pactos *de hereditatetertii*, finalmente, são já objeto de condenação casuística na época clássica, a propósito da *venda* (D. 18, 4, 1), da *doação* (D. 39, 5, 29, 2) e da *aceitação* duma sucessão não aberta (D. 28, 6, 2, 2); e acabam por ser proibidos, em termos genéricos, logo nos começos do Baixo Império, através duma constituição de Constantino¹⁹, mais tarde incluída no Código Teodosiano²⁰ (C. Th., 2, 24).²¹

¹⁵ Op. cit., p. 98.

¹⁶ Havia um grupo de jurisconsultos na segunda metade do Século II e da primeira metade do Século III d.C. que atingiu importância indiscutível para o direito romano. Depois de Gaio (jurista na época de Antonino Pio e Marco Aurélio), outros três jurisconsultos exerceram as mais altas funções no Império Romano. O primeiro é Aemilius Papinianus que é, a partir de então, considerado o príncipe dos jurisconsultos romanos. Nascido em Emese, na Síria, no início do Reinado de Marco Aurélio, alcança o cargo de *magister libellorum* (chefe da chancelaria) sob Severo, torna-se Prefeito do Pretório em 203 e foi morto em 212 por ter se recusado a fazer o elogio fúnebre do Imperador Geta, que foi morto por seu irmão o Imperador Caracalla. Era sobretudo especialista em solucionar as questões de direito e dar respostas aos consulentes. Seus escritos testemunham uma grande independência de espírito (MONIER, Raymond. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Tome 1er, Éditions Domat Monchrestien: Paris, 1947, p. 86). Sobre o assassinato de Geta, efetivamente ele e Caracalla assumiram em 211 a função de Imperadores. Contudo, desde logo, os irmãos se mostram rivais e antagônicos em suas políticas. A solução seria dividir o Império: Geta deveria ficar com as províncias asiáticas e faria de Antioquia sua capital. Caracalla se manteria em Roma cuidado das províncias ocidentais. Julia Domna, mãe dos Imperadores, impediu a divisão afirmando se eles, também, dividiriam a própria mãe. Caracalla, como última solução, assassinou seu irmão (SCARRE, Chris. *Chronicle of the Roman Emperors*. Thames and Hudson: London, 1995, pp. 139).

¹⁷ Alexandre Severo reinou entre os anos de 222 a 235 d.C. Foi o último Imperador da dinastia dos Severos cujo mais famoso membro foi Caracalla, não só por suas termas em Roma, como pela reforma monetária que criou. Alexandre Severo era primo de Elagabalus e por isso o sucedeu. Sobre Alexandre Severo, afirma Aurelius Victor no Livro dos Césares, que apesar de ele ter ficado no poder por não mais de 13 anos, ele deixou o Estado fortalecido em todos os aspectos. De Romulus a Septimus, o Estado cresceu sensivelmente em força, mas atingiu seu apogeu no governo de Caracalla. Foi graças a Alexandre que não sofreu declínio imediato”. (SCARRE, Chris. *Chronicle of the Roman Emperors*. Thames and Hudson: London, 1995, pp. 153).

¹⁸ Op. cit., p. 99.

¹⁹ Foi um dos mais famosos Imperadores por ter adotado o cristianismo como religião oficial e fundado uma nova capital, Constantinopla. Governou entre 307 a 337. É sua a frase: “quando os homens elogiam meus serviços, que devem suas origens à inspiração do Céu, eles não percebem claramente a verdade que Deus é a causa dos feitos que realizo? Claramente eles percebem, pois pertence a Deus fazer o que é melhor e ao homem fazer o que Deus manda.” Acabou com a divisão do Império em quatro partes (tetrarquia) e governou com exclusividade. In: SCARRE, Chris. *Chronicle of the Roman Emperors*. Thames and Hudson: London, 1995, p. 213.

²⁰ Teodósio II governou, entre 408 e 450 d.C., a parte Oriental do Império Romano. Foi responsável pelo Código Teodosiano, que compreende as constituições imperiais desde Constantino. É uma obra colossal dividida em dezesseis livros, o último dos quais versa sobre direito eclesiástico. O Código Teodosiano, publicado, no Oriente, por Teodósio II e, no Ocidente, por Valentiniano III (governou o Império Romano do Ocidente entre os anos de 425 e 455 d.C.), entrou em vigor em 1º de Janeiro de 439. In: GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*, .2. ed. Petrópolis: Vozes, 1968, p. 265.

²¹ Explica o autor que “os pactos sobre a sucessão dum terceiro ou ‘*de hereditatetertii*’ constituem, justamente, a terceira e última categoria de pactos sucessórios. Na sua configuração típica, não cabem na categoria de pactos sucessórios *stricto sensu*, porque não se destinam a regular a sucessão dum dos contraentes: não são, numa palavra, actos de direito sucessório ou de direito hereditário; são actos bilaterais *inter vivos* (uma venda, uma renúncia, uma doação, etc.) efectuados entre dois interessados, acerca da sucessão duma pessoa viva, que permanece estrada ao acórdão celebrado”. Op. cit., p. 100.

2.2 – Notas sobre as Ordenações Filipinas e a Consolidação das Leis Civis.

A vedação aos pactos sucessórios é muito antiga no direito brasileiro.

O Título LXX do Livro IV das Ordenações do Reino, em seu parágrafo terceiro afirmava:

“Ou se feito contrato sobre herança de pessoa viva, por aquele que não deveria ser seu herdeiro, ou seja, sob certa pena, porque tais contratos são assim ilícitos e pelo Direito reprovados, que não podem por juramento serem confirmados: e por conseguinte as penas neles postas não pode pedir, nem demandar”.

Explica COELHO DA ROCHA que, no direito civil português, desde as Ordenações Afonsinas, os legisladores tinham a mesma opinião, que todos os pactos eram reprovados: tratasse-se de herança própria, ou da herança de terceiros, ou fossem *de succedendo* ou de *non succedendo*. Quanto a esses últimos havia uma exceção de direito canônico: os pactos jurados. É por isso que se admitiu como válida renúncia à herança de seus pais da filha ao ingressar em uma ordem religiosa, “aconselhando-se a cautela do juramento a fim de evitar risco de nulidade”.²²

A regra continha exceções²³:

- a) Contratos que versassem sobre herança de terceiro, sendo consentidos por este, ao qual fica livre de mudar de vontade;
- b) Quando contivesse doações para casamento determinado ou são estipulados nos contratos antenupciais (lei de 17 de agosto de 1761, §8º).

É de se salientar que Melo Freire se insurge contra a proibição afirmando que são ineptas e supersticiosas as razões do direito romano e que os pactos sucessórios, em razão do Título 5, § 36 do Livro 3 das Ordenações Filipinas, eram geralmente permitidos²⁴.

Os artigos 352 e 353 da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, seguindo o preceito proibitivo das Ordenações dispunham:

Art. 352. As heranças de pessoas vivas não podem ser igualmente objeto de contrato.

Art. 353. São nulos todos os pactos sucessórios, para succeder, ou não succeder, ou sejam, entre aqueles que esperão ser herdeiro, ou com a própria pessoa, de cuja herança se trata.

Foi destas regras que nasceu o artigo 1089 do Código Civil de 1916, posteriormente copiado pelo Código Civil de 2002 (art. 426):

“Não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva”.

²² COELHO DA ROCHA, M.A. *Instituições de Direito Civil português*. Tomo II, Rio de Janeiro: H. Garnier, 1807, p. 424.

²³ COELHO DA ROCHA, M. A. *Op. cit.*, p. 261.

²⁴ COELHO DA ROCHA, M. A. *Op. cit.*, p. 424.

2.3 - Razões de ser da vedação aos pacta corvina

A principal razão de ser da regra em questão é o problema moral do desejo de morte daquela pessoa a quem os bens pertencem. O legislador evita negócios capazes de alimentar a esperança de apressar a morte de outrem.²⁵

CLÓVIS BEVILÁQUA²⁶ explica os motivos da proibição da sucessão pactícia e seus inconvenientes. Afirma o autor que tais disposições determinam um surto de sentimentos imorais, porque tomam por base de suas combinações a morte da pessoa de cuja sucessão se trata, sejam os pactos aquisitivos (*de succedendo*), sejam renunciativos (*de non succedendo*).

Chega-se a aventar a possibilidade de o pacto sucessório despertar sentimentos de tentação para a prática de crime, levando o interessado ao extremo da eliminação daquele de cuja herança se trata.²⁷

Não é nova essa leitura. BRAGA DA CRUZ conta que “desta fundamentação, tira Justiniano uma consequência: a convenção sobre a sucessão dum terceiro deixa de ser imoral e de representar um perigo para a vida do de *cuiusse* este der o seu expresso consentimento e se perseverar nesse consentimento até a morte (*si voluntatem suam eis accommodaverit*). É a mesma doutrina, como se vê, que a constituição de Constantino tinha estabelecido para o caso concreto da partilha da herança materna feita pelos filhos em vida da mãe, agora generalizada a todos os casos de pactos sobre a sucessão dum terceiro”.²⁸

A razão de ordem moral e de decência pública é também considerada fundamento para a vedação aos pactos sucessórios para JOÃO LUIZ ALVES²⁹ e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO³⁰. CARVALHO DE MENDONÇA³¹ afirma que o direito moderno sempre considerou tais pactos imorais e perigosos.

Não só o direito moderno. Justiniano, “respondendo a uma consulta dos advogados de Cesareia sobre a validade duma convenção celebrada entre vários herdeiros presuntivos dum terceiro, numa constituição datada de 531, declara nulas todas estas convenções, com o fundamento de que, além de contrárias aos bons costumes, são odiosas e cheias de tristíssimas e perigosas consequências (*odiosaevidentur et plenaetristissimi et periculosieventus*) (D. 2, 3, 30). Invoca-se assim, pela primeira vez, como fundamento da nulidade dos pactos sobre a sucessão dum terceiro, o fato de representarem um perigo para a vida da pessoa de cuja sucessão se trata, na medida em que assentam na condenável esperança (*acerbissimaspes*) da sua morte próxima”.³²

A ideia de vedação aos pactos sucessórios por afronta aos bons costumes é confirmada por DERROUSSIN. Segundo o autor, os pactos foram reputados como ilícitos ora por dizerem respeito a coisas fora do comércio, ora por serem contrários à moral³³. Conforme mostra o autor, a sanção aos pactos sucessórios (e a outros atos que versassem sobre coisas fora do comércio) eram exemplos concretos de repúdio, pelo Direito Romano, de atos que desrespeitassem os bons costumes e a ordem pública. As convenções de

25 RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 78.

26 Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. v. 4. 3ªEd. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, p. 202.

27 CARVALHOS SANTOS, J. M. Código Civil Brasileiro interpretado - Direito das Obrigações (Arts. 1.079 - 1.121). 9 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. 15 v, p. 196.

28 *Op. cit.*, pp. 100/101.

29 Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil. v. 2.2ªEd. rev. aum. Rio de Janeiro: Saraiva, 1935, p. 169.

30 Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações Segunda Parte. v. 6. 24ªEd. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 34.

31 Doutrina e prática das obrigações: ou tratado geral dos direitos de crédito. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 723.

32 *Op. cit.*, p. 100/101.

33 *Contra bonos mores. Isso porque tais acordos impedem o direito de dispor dos bens e contrariam o dever de piedade (pietas). In: DERROUSSIN, David. Histoire dudoitdesobligations. Paris : Economica, 2007, p. 380.*

sucedendo ou de non succedendo foram rapidamente vedadas pelo Direito Civil (D. 39, 5, 29, 2 et C.J. VIII, 38, 4).³⁴

Havia, ainda, no Direito Romano, uma questão curiosa. Segundo THEODOR KIPP, consideravacontra os bons costumes e nulo, portanto, disporde bens de outrem em razão da morte deste. Só seria válido o acordo quando o terceiro (titular dos bens) concordasse com o contrato. E se o herdeiro fizesse isso sem consentimento do titular dos bens perderia a herança *como indignus* (1. 2 § 3 de *hisquae ut indignis* 34, 9, 1. 94 D. de A. v. O. 29, 2).³⁵

Entretanto, é SILVIO RODRIGUES³⁶ que, com base nas lições de Larombière, traz um forte argumento jurídico a justificar a proibição do pacto sucessório. Isso porque a sucessão de pessoa viva representa apenas perspectiva futura e distante de um bem, de maneira que o herdeiro, necessitando de dinheiro imediatamente, não podendo suportar os ônus da demora em receber sua herança, pode, de maneira atabalhoada e afoita, vender seus direitos futuros por valores inferiores aos reais, sofrendo um forte prejuízo material. Conclui-se, então, que a norma é eminentemente protetiva do herdeiro³⁷.

CLÓVIS BEVILÁQUA³⁸ lembra, também, que tais disposições, ainda que contassem com a concordância da pessoa de quem a sucessão se trata, contrariariam o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser revogáveis, até o momento da morte do disponente.

Assim, a justificativa do dispositivo superaria a tradicional noção de *votumalicujus mortis* e passaria a cuidar do interesse do herdeiro e até mesmo do disponente de quem a sucessão se tratará.

O alcance da regra é bastante amplo conforme esclarecem os doutrinadores, mas há necessidade da presença de dois elementos simultâneos para que se caracterize o pacto sucessório: que a coisa objeto do contrato deva consistir na totalidade ou em parte de uma sucessão futura e que, em se tratando da sucessão de uma das partes, que a outra tenha eventual direito sobre esta herança. Ainda, em se tratando de herança de terceiro (não dos contratantes), é necessário que o promitente tenha uma pretensão hereditária sobre a coisa que é objeto de sua obrigação.³⁹

CARVALHO DE MENDONÇA⁴⁰ explica o alcance da ideia de sucessão futura. Ela é para terceiros uma parte de bens de outrem que atualmente constituem um direito eventual do contratante. Explica, também, que para a existência de pacto sucessório é essencial que se efetue na expectativa de uma sucessão ainda não aberta, que a coisa, objeto da prestação, esteja no momento do contrato fazendo parte da sucessão e que o pactuante tenha direito a receber tal sucessão ou tal objeto.⁴¹

34 DEROUSSIN, David. *Histoire du droit des obligations. Paris : Economica, 2007, p. 380.*

35 KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho Civil: Derecho des Sucesiones. t. V. v. I. 8ª Ed. Barcelona: Bosch, 1951, pp. 204/205.*

36 *Op. cit.*, p. 79.

37 *Trata-se de estudo referente ao artigo 1130 do Código Civil francês. Esse dispositivo assim dispunha: “As coisas futuras podem ser objeto de uma obrigação. Contudo, não se pode renunciar a uma sucessão não aberta, nem se fazer qualquer estipulação sobre uma sucessão, ainda que como o com sentimento daquele de quem a sucessão se trata, salvo se nas condições previstas em lei”. Já o novo artigo 1.163 do Código Civil francês, após a reforma de 2016, (lei 2016-131 de 10 de fevereiro) não reproduz a proibição contida anteriormente. Remete-se à regra do artigo 722 após a reforma. Há uma regra genérica proibindo os pactos sucessórios com a seguinte redação: “Art. 722 – as convenções que tenham por objeto criar ou renunciar direitos sobre o todo, uma parte ou um bem de uma sucessão ainda não aberta, não produzem efeitos se não nos casos em que elas são autorizadas por lei”. Há uma mudança topológica, pois a regra sai dos contratos e passa ao livro de sucessões. O conteúdo, contudo, prossegue o mesmo.*

38 *Op. cit.*, p. 202.

39 CARVALHOS SANTOS, J. M. *Op. cit.*, p. 197.

40 *Op. cit.*, p. 723.

41 *Op. cit.*, p. 724.

Não se pode, por fim, renunciar à herança de pessoa viva, porque, antes da abertura da sucessão a herança é considerada mera expectativa de direito para o possível herdeiro. Tecnicamente não existe “herança de pessoa viva” como dispõe o artigo 426. Pessoa viva tem patrimônio. Herança surge no momento da morte, com a abertura da sucessão. Nota-se, portanto, uma imprecisão terminológica histórica.⁴²

Explica JOÃO LUIZ ALVES que podem ser objeto de contrato as coisas futuras, exceto herança de pessoa viva.⁴³ Melhor seria que o Código Civil dissesse “herança futura”, pois “herança de pessoa viva” é uma contradição em termos.

As consequências dos *pacta corvina* são minuciosamente explicadas por CARVALHO SANTOS⁴⁴. O pacto sucessório:

- a) não priva a pessoa a quem a herança pertence do direito de sobre ela dispor livremente em testamento;
- b) não confere qualquer direito aos contraentes e a herança deverá ser partilhada entre os herdeiros legítimos ou testamentários, de acordo com as regras da sucessão;
- c) é ineficaz se declara haver recebido certa importância como pagamento pelos futuros direitos sucessórios;
- d) é ineficaz no tocante à remissão de dívida feita envolvendo a alienação do direito hereditário de uma pessoa viva.

A expressão contida no artigo 426 (“não pode”) deve ser compreendida como causa de nulidade absoluta da disposição contratual. É a chamada nulidade virtual que está prevista no artigo 166, inciso VII, do Código Civil.

Não se trata de matéria de simples anulabilidade que se convalidaria com o decurso do tempo. O negócio é nulo e não produz nenhum efeito. É uma sanção prevista em lei que pune severamente o negócio jurídico, já que não se cogitará no seu aproveitamento, ainda que parcial.

Diante da teoria das nulidades, forçoso concluir que se o negócio é nulo e não se convalida pelo decurso do tempo, também não poderá ser confirmado pelas partes interessadas quando do falecimento do futuro de *cujus*. A ratificação só seria possível em se tratando de negócio jurídico meramente anulável.

Com a nulidade do principal, todas as cláusulas acessórias também são nulas inclusive eventuais garantias prestadas por terceiros para garantir o cumprimento do pacto sucessório, na hipótese de inadimplemento dos contratantes.

III – As reflexões do presente. O diálogo necessário.⁴⁵

LUIZ EDSON FACHIN, ao dar o norte para conhecimento de seu pensamento, afirma que “o valor ‘pessoa’ abarca a possibilidade de se lhe garantir um patrimônio mínimo a fim

⁴² O art. 1089 do Código Civil de 1916 já utiliza essa expressão.

⁴³ Op. cit., p. 169.

⁴⁴ Op. cit., pp. 194/195.

⁴⁵ A obra de Fachin que é citada em todas as passagens é: *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ª Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

de que seja resguardada a dignidade em razão da qual os indivíduos merecem proteção e amparo. A tutela desses valores não preserva apenas a individualidade, com também se projeta para a coletividade”.⁴⁶

Trata-se da ideia pela qual o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana precisa ganhar concretude, densidade teórica. Essa densidade se dá partindo-se da premissa que sem o mínimo existencial ninguém é digno. Não se trata de passar pelo filtro kantiano. Trata-se de algo bem mais simples e direto: faltando o mínimo existencial, o ser humano tem uma vida indigna⁴⁷.

Ao tratar da doação universal⁴⁸ preconizada no artigo 548 do Código Civil, lembra FACHIN que a despeito do caráter acentuadamente patrimonialista da doutrina civilista consubstanciada no Código Civil de 1916, já se tutelavam, topicamente, direitos fundamentais da pessoa⁴⁹.

Qual a possível relação entre a vedação aos pactos sucessórios e a nulidade da doação universal?

Como fundamento histórico à vedação da doação universal, Fachin cita exatamente o mesmo Título das Ordenações que veda o pacto sucessório: Livro IV, Título 70:

“No parágrafo 3º do Título 70 do Livro 4 das Ordenações estavam inseridas duas regras que no Código de 1916 comparecem em capítulos distintos: a vedação da doação de todos os bens sem reservas e a proibição que tenha por objeto herança de pessoa viva. Tal constatação é elucidativa, pois a proibição de cessão de direitos hereditários antes de aberta a sucessão pode ter por objetivo proteger a vida daquele que, pela sua morte, deixaria a herança. A proibição da doação universal sem reservas segue o mesmo escopo da regra que, nas Ordenações, estava a ela emparelhada num mesmo dispositivo, vale dizer, a proteção da pessoa. A tutela legal pode dirigir-se à pessoa e não ao direito patrimonial do titular”.⁵⁰

A lição é elucidativa, nos dizeres do próprio autor, pois ambas as vedações protegem a pessoa que é titular do patrimônio. O fundamento histórico apresentado por Fachin retoma o pensamento de Carvalho de Mendonça que, por sua vez, já tinha como fonte Justiniano: “são odiosas e cheias de tristíssimos e perigosas consequências (*odiosaevidentur et plenaetristissimi et periculosieventus*)”.⁵¹

Isso significa que, há séculos, o direito civil se preocupa com o mínimo existencial e a proteção da pessoa humana, muito antes de o princípio de dignidade da pessoa humana ser estampado em textos constitucionais. É verdade que não o fazia de maneira sistemática, mas sim de maneira esparsa, em situações específicas e não de maneira geral. É por isso que LUIZ EDSON FACHIN afirma que “partindo da regra protetiva contida no Código Civil chegando

⁴⁶ Op. cit., p. 114.

⁴⁷ Nas palavras do homenageado, “Vê-se que estes institutos são informados por um mesmo princípio, a proteção da pessoa, e, hoje, à luz da Constituição de 1988, dir-se-á princípio da dignidade do ser humano”. (Op. cit., p. 103). O comentário é voltado a artigos específicos do CC, que tratam da proteção do patrimônio mínimo, a saber: artigos 548, 426, 4º, inciso IV.

⁴⁸ Doação de todos os bens sem se garantir um mínimo para subsistência.

⁴⁹ Op. cit., p. 100.

⁵⁰ Op. cit., p. 96.

⁵¹ Vide o item II “as reflexões de outrora”.

ao princípio da dignidade humana albergado na Constituição brasileira de 1988, e alcançando o polêmico Código Civil de 2002, é possível afirmar, sem embargo de alguma margem de erro, a ausência de uma tradição construída para tutelar a pessoa. Essa falta não está apenas no Direito”.⁵²

Nesse sentido, realmente foi necessário o fenômeno da constitucionalização do direito privado para que, como sistema, fosse desenhada a proteção da pessoa humana e a garantia de um mínimo existencial. É a partir dessa leitura sistêmica, com a Constituição da República a ocupar o centro do sistema, que se dá o fenômeno da repersonalização do direito civil. Os bens, objetos da relação jurídica, deixam de ter primazia sobre a pessoa (despatrimonialização)⁵³.

Será que a vedação contida no artigo 426 do Código Civil e que espelha uma tradição milenar se mantém adequada para uma visão repersonalizada do Direito Civil garantida pela Constituição de 1988?

A pergunta decorre da assertiva de LUIZ EDSON FACHIN pela qual “é certo que essa ‘repersonalização’ do Direito Civil somente encontrou explícita guarida na Constituição Federal de 1988, não só porque explicitou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, mas também porque a matéria cível foi diretamente constitucionalizada”.⁵⁴

Sob a perspectiva do titular dos bens, aquele cujo patrimônio (herança de pessoa viva) será objeto de contrato, LUIZ EDSON FACHIN responde afirmativamente: “outras normas do novo Código Civil têm o mesmo escopo da regra do art. 548, destaca-se, por exemplo, a possibilidade de revogação de doação, em caso de recusa de prestação de alimentos, por parte do donatário, que teria o dever e a possibilidade de prestá-los (art. 577, inciso IV); a incapacidade relativa dos pródigos (art. 4º, inciso IV); a vedação de contrato que tenha por objeto a herança de pessoa viva (art. 426); também caracteriza instituto análogo ao contido no art. 1.443 do Código Civil francês, a denominada *actionenséparation de biens*”⁵⁵

Sob a perspectiva daquele futuro herdeiro, que desde logo cede gratuita ou onerosamente sua ‘herança’, cabe lembrar SILVIO RODRIGUES anteriormente citada e que ora se retoma: o herdeiro, necessitando de dinheiro imediatamente, não podendo suportar os ônus da demora em receber sua herança, pode, de maneira atabalhoada e afoita, vender seus direitos futuros por valores inferiores aos reais, sofrendo um forte prejuízo material.

Assim, se a regra do artigo 426 protege tanto o titular dos bens quanto o futuro herdeiro, pode-se afirmar que sua manutenção é desejada como forma de manter um mínimo existencial e de proteção do futuro autor da herança, assim como do futuro herdeiro.

IV – Nota conclusiva

A conclusão a que se chega, a partir da premissa de LUIZ EDSON FACHIN que “com as transformações operadas no seio da sociedade, os institutos são avistados e relação à sua função

⁵² Op. cit., p. 91.

⁵³ Conforme as lições de Luiz Edson Fachin, “o Direito Civil clássico, como fruto do jusracionalismo e da filosofia iluminista, representado pelo Código Napoleônico, é marcado pela exacerbação do patrimônio. Inserido nesse contexto, o Código Civil brasileiro não passou imune às influências europeias, tendo sido em grande escala marcado em sua essência pelo caráter patrimonial imobiliário, em que a pessoa humana não é vista pelo que é, mas pelo que tem. Com as transformações operadas no seio da sociedade, os institutos são avistados e relação à sua função social, e aflora o princípio da dignidade humana” (Op. cit., p. 114).”

⁵⁴ Op. cit., p. 92.

⁵⁵ Op. cit., p. 101.

social, e aflora o princípio da dignidade humana”⁵⁶, é que a vedação aos pactos sucessórios, apesar de milenar, prossegue útil ao sistema como forma de proteção da pessoa humana.

A proteção passa por duas possíveis leituras. A primeira consiste na proteção do próprio titular dos bens (a pessoa viva cuja herança é objeto de contrato), pois no desejo de morte podem se consubstanciar atos criminosos para que ela logo ocorra. A segunda, por sua vez, reside na proteção do próprio ‘herdeiro’, que pode, de maneira irrefletida e precipitada, ceder seu direito futuro.

É por isso que a manutenção da regra se impõe. Ainda que a categoria passe pelo filtro da Constituição da República, ainda que seja socialmente funcionalizada, sua razão histórica de ser permanece atual: garantia e proteção da pessoa humana.

Em conclusão, conforme expõe de maneira contundente LUIZ EDSON FACHIN, “é congruente com a estrutura do Código Civil prever restrições à disposição do patrimônio, eis que é dos bens que a codificação extrai seu eixo basilar. Soa razoável asseverar que tal estrutura de base não é uma ou monolítica, e nela é possível garimpar âncoras de sustentação de valores que transcendam a proteção meramente patrimonial”.⁵⁷

A vedação contida no artigo 426 deve ser mantida, portanto.

Referências

ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. v. 2. 2ª Ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Saraiva, 1935.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. 4. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Pacto sucessório na História do Direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965.

CARVALHO DE MENDONÇA, M. I. *Doutrina e prática das obrigações: ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CARVALHOS SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro interpretado - Direito das Obrigações (Arts. 1.079 – 1.121)*. 9 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. 15 v

COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de Direito civil português*. T. II. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1807.

DERROUSSIN, David. *Histoire du droit des obligations*. Paris :Economica, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ª Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma* .2. ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

⁵⁶ Op. cit., p. 114.

⁵⁷ Op. cit., p.94.

KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho Civil: Derecho des Sucesiones*. t. V. v. I. 8ª Ed. Barcelona: Bosch, 1951.

MONIER, Raymond. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Tome 1er, Éditions Domat Monchrestien: Paris, 1947.

MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações Segunda Parte*. v. 6. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. t. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, v. 3: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28ª Ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003

SCARRE, Chris. *Chronicle of the Roman Emperors*. Thames and Hudson: London, 1995.

SIMÃO, José Fernando. Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência de pacto sucessório, *Revista IMES*, jan/jun 2005.

AFINAL: É NAMORO OU UNIÃO ESTÁVEL?

LUCIANO L. FIGUEIREDO¹

Já sei namorar
 Já sei beijar de língua
 Agora só me resta sonhar
 Já sei onde ir
 Já sei onde ficar
 Agora só me falta sair
 Não tenho paciência pra televisão
 Eu não sou audiência para a solidão
 Eu sou de ninguém
 Eu sou de todo mundo
 E todo mundo me quer bem
 Eu sou de ninguém
 Eu sou de todo mundo
 E todo mundo é meu também
 Marisa de Azevedo Monte/
 Arnaldo Augusto Nora Antunes Filho/
 Antonio Carlos Santos de Freitas.

1. Introdução

São profícuos os debates, tanto doutrinários como jurisprudenciais, derredor dos exatos confins divisórios entre o namoro e a união estável.

A diferenciação, de fato, é complexa. Mormente em uma sociedade na qual os relacionamentos entre enamorados também levam a grande cumplicidade, inclusive com a prática sexual. Não raro, namoros geram filhos não planejados, entre pessoas que não persistem se relacionando e passam a ter contatos em virtude da filiação comum.

Prática sexual e filhos, portanto, há muito não se prestam como fator diferenciador entre namoros e união estáveis.

Infere-se, ainda, que os debates ganham maior notoriedade por duas claras percepções. Primus, por conta da amplitude social dos institutos, pois são corriqueiros namoros e uniões estáveis. Secundus, em razão da abissal diferença de tratamento jurídico, haja vista que a união estabilizada é hábil a ocasionar a formação de uma entidade familiar, com variadas consequências jurídicas – regime de bens, alimentos, sucessão, previdência... -, enquanto que o namoro, em regra, não gerará efeito jurídico algum.

¹ Sócio-Fundador do Luciano Figueiredo Advogados Associados. Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Coordenador Científico do IBDFAM/BA. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito (FBD) e do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Palestrante. Autor de Artigos Científicos e Livros Jurídicos. E-mail: luciano@lucianofigueiredo.adv.br.

Cotejando a doutrina e a jurisprudência, percebe-se que o posicionamento majoritário² encaminha-se no sentido da configuração da união estável ainda que não haja vontade manifesta e consciente dos envolvidos. Verifica-se a união estável como ato-fato jurídico, ao revés de negócio jurídico, sendo, por consequência, avolitiva.

Tanto o é que, majoritariamente, entende-se pela impossibilidade de afastamento da união estabilizada, acaso presentes os requisitos, mesmo quando haja manifestação de vontade expressa dos envolvidos no sentido de viverem um mero namoro. Ademais, entende-se, até mesmo, pela não configuração da união estável, ainda que haja contrato de convivência, acaso não estejam presentes os requisitos legais.

Trata-se, decerto, de situação curiosa. Isto, porque, *a priori*, o raciocínio deveria ser simples: em havendo uma declaração de vontade em desfavor da união estável, esta deveria ser afastada por ausência de *animus*, ensejando o relacionamento um mero namoro. Ao revés, o contrato de convivência ou declaração da união já deveria ser hábil a configurá-la. Ao que parece, o sistema foi invertido...

A linha da *quase presunção* de uma união estável funda-se, inicialmente, em uma equivocada visão do paradigma constitucional do direito civil, o qual conduz a uma publicização extrema, falando-se na incidência de normas cogentes em temas eminentemente privados, a exemplo das escolhas afetivas, formas de relacionamentos interpessoais e questões familiares. A publicização, inadvertidamente, adentra a privacidade, tema tão íntimo que fora elevado a cláusula pétrea dos direitos e garantias fundamentais, bem como a um direito da personalidade³.

Soma-se a isso a percepção de um segundo equívoco: o direito civil, progressivamente, perde o que há tanto tempo, suor e sangue construiu: a liberdade de ação. A autonomia - antes festejada e celebrada como um dos principais sustentáculos do direito privado - perde espaço para as *supostas questões* de ordem pública, tendo o seu campo de atuação, drasticamente, reduzido.

Será que, na leitura da autonomia, o senso comum teórico não deveria impor a observância de um regime de namoro aos relacionamentos, apenas configurando a união estável de forma excepcional, quando, inequivocamente, os envolvidos tenham declarado que vivem tal união estabilizada?

Atento a esta problemática, o escopo deste trabalho é buscar os exatos confins divisórios entre o namoro e a união estável. Para tanto, retratará, inicialmente, como está o atual estado da técnica no Brasil, perquirindo quando é união estável e quando é namoro. Posteriormente, avançará propondo um novo enquadramento da união estável, visionando a preservação do direito ao namoro.

2. Quando é União Estável?

O concubinato puro⁴ - hodiernamente chamado, simplesmente, de união estável -, ingressou no ordenamento jurídico nacional através do Direito Previdenciário, mediante o

2 No decorrer do texto serão mencionados doutrinadores e julgados sobre as posições majoritária e minoritária.

3 Com efeito, percebe-se tratamento do tema no art. 5º, X, XI e XII da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 21 do Código Civil. Interessante verificar que tais redações trabalham com o caráter inviolável da intimidade, malgrado já haver algumas mitigações doutrinárias, a exemplo das famosas quebras de sigilo na persecução penal.

4 Antes da Constituição Federal de 1988 apenas havia de se falar em família no casamento. Relacionamentos extraconjugais eram denominados de concubinato. Este (concubinato) se submetia a um regime dual: a) concubinato impuro: entre pessoas impedidas de se casar e b) concubinato puro: entre pessoas desimpedidas de se casar. Hodiernamente, com a elevação da união estável a entidade familiar (art. 226 da CF), o sistema dual foi quebrado, falando-se apenas em concubinato na sua versão impura.

Decreto-Lei n. 20.465/31 (LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social). Naquele contexto fora conferido à companheira, à época ainda denominada de concubina, o direito de perceber pensão previdenciária.

O direito civil, muito conservador e guiado por uma ótica patrimonialista, apenas iniciou a tutela do então concubinato puro na seara das obrigações, quando reconheceu à companheira o direito a *indenização pelos serviços domésticos prestados*, com nítida tutela obrigacional.

Posteriormente, avançou o Direito Civil no tratamento do tema, ainda dentro da seara obrigacional, adotando a teoria da sociedade de fato. Adveio a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (STF), para a qual “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Verifica-se que, até então, existia uma proteção guiada pelo *patrimonialismo obrigacional*. As ações, inclusive, não eram de competência específica da Vara de Família, mas sim do Juízo Cível.

Apenas ao final do Século XX, com a Constituição Cidadã⁵ de 1988, é que foi dignificada a união estável, ficando para trás a denominação concubinato puro. Passou a união estável a ser considerada uma entidade protegida pelo direito das famílias. Ato contínuo, duas leis surgiram regulamentando o comando constitucional - quais sejam: Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96 -, deferindo aos companheiros direito a alimentos, regime de bens e sucessões.

Diuturnamente, sob o prisma legislativo, tem-se a união estável⁶ como a convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, desimpedidos de se casar ou separados, com o intuito de estabelecer família. Há, no conceito, elementos objetivos - convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, desimpedidos para casar ou separados - e um subjetivo - intuito, animus de estabelecer família.

Veja-se que a caracterização da união estável não mais demanda a presença de um prazo mínimo, como outrora aconteceu no direito nacional⁷. De igual sorte, não se faz necessária a coabitação (*more uxorio*), a teor da súmula 382 do Supremo Tribunal Federal⁸, e nem existência de prole em comum⁹.

No que diz respeito ao requisito da heterossexualidade, registra-se que há muito entende o Supremo Tribunal Federal ser a união homoafetiva uma entidade familiar e, por analogia, ser aplicável o mesmo regramento da união estável¹⁰.

5 A Constituição Federal de 1988 foi o diploma responsável por abrir os poros das famílias, passando a tutelar, no seu art. 226, a família fora do matrimônio. Rompeu o constituinte originário com a elevada influência católica, a qual durante grande lapso de tempo influenciou o direito a apenas legitimar a família casamentária. Reconheceu expressamente outros núcleos familiares, como a união estável e a família monoparental.

A doutrina, conduzida pelo artigo de Paulo Lôbo (2002), não demorou a reconhecer que a aludida enumeração constitucional é exemplificativa, inserindo outras modalidades familiares, como a anaparental, na feliz construção de Sérgio Resende de Barros (2002), a homoafetiva, dentre outras...

A família, antes vista como uma finalidade em si mesma, passa a ser verificada como instrumento, cujo escopo é a proteção do ser humano. Nessa trilha, reconhece o Poder Judiciário que o single forma uma família, para o fim de proteção do 6 Sobre o tema, confira o art. 1.723 do Código Civil.

7 A norma vigente no Brasil entre 1994 e 1996 (Lei 8.971/94) exigia, em seu art. 1º, o prazo de 5 (cinco) anos para configuração da união estável.

8 Afirma a Súmula 382: “A vida em comum sob mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. A expressão concubinato, referida na Súmula, refere-se à sua figura pura, hoje denominado de união estável.

9 Neste sentido firma o Superior Tribunal de Justiça que “A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência, duradoura e pública, ou seja, como notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito. (STJ, REsp 1.194.059/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 06.11.2012, DJe 14.11.2012).

10 Neste sentido colocam-se o paradigmáticos julgamentos da ADPF 132-RJ, Rel. Min. Ayres Britto, e da ADIN 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, ambas julgadas em 04 e 05.5.2011 e veiculadas no Informativo 625 do STF. Outrossim, digno

Na relação interpessoal a união estável pressupõe a observância de deveres bem próximos aos do casamento, como o de lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos¹¹.

O regime de bens da união estável, aplicável no silêncio das partes e como regra geral, é o da comunhão parcial, conforme norma supletiva do Código Civil¹². Segue o legislador a mesma linha do casamento¹³. A norma é supletiva, pois é facultado às partes, mediante contrato escrito, estabelecer eficácia patrimonial diversa na união estável. O contrato apto à eleição do regime de bens na união estável denomina-se de contrato de convivência, sendo a medida substitutiva do pacto antenupcial, o qual diz respeito ao casamento¹⁴.

Ressalta-se, no particular, que malgrado a lei apenas exigir que o contrato de convivência seja por escrito, aconselha-se a sua confecção mediante escritura pública, com o escopo de minimizar os futuros debates sobre eventuais vícios de consentimento, a exemplo de dolo e coação. De mais a mais, interessa que o contrato de convivência seja averbado no Ofício do Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, para que haja a devida publicidade e os eventuais adquirentes dos imóveis demandem a vênua conjugal, sob pena de anulabilidade do ato¹⁵.

Pois bem. Da leitura dos requisitos hábeis a configurar uma união estável, uma pergunta se impõe: como, então, diferenciá-la do namoro?

A pergunta em questão ganha cada vez mais espaço diante de namoros que, progressivamente, gozam de alto nível de intimidade, continuidade e grande publicidade. Afinal, quando é namoro?

3. Quando é Namoro?

Uma das principais dificuldades enfrentadas no estudo da união estável é a sua diferenciação para o namoro.

Como já referenciado, os namoros – também chamados de uniões livres –, atualmente, tendem a ter requisitos objetivos muitos próximos, para não dizer idênticos, aos da união estável, com intimidade ímpar, comunhão de leitos e publicidade exacerbada.

Soma-se a isto a verificação de que a legislação não veicula parâmetros de diferenciação entre a união estável e o namoro, cabendo a doutrina e a jurisprudência a construção de tais elementos distintivos. O legislador apenas conceituou a união estável, não tecendo nenhuma linha sobre o namoro.

Sob o enfoque jurídico, namoros, em regra, são desprovidos de consequências jurídicas. *A priori* não acarretam partilha de bens ou qualquer aplicação de regime de bens, não geram

fixação de alimentos, direito sucessório, pensão previdenciária... Quando muito, adverte Rodrigo da Cunha Pereira¹⁶, é possível que o namoro leve a uma partilha patrimonial, fincada no direito obrigacional e com base na vedação ao enriquecimento sem causa, com olhos à aplicação da teoria da sociedade de fato¹⁷. Tal acontecerá quando os enamorados adquirem um bem em conjunto, com esforços comuns, e, com o término do relacionamento, necessitam partilhar o referido bem. Veja-se que a solução posta seria rigorosamente a mesma caso, ao revés de namorados, o bem tivesse sido adquirido, conjuntamente e com esforço comum, por dois amigos.

Nessa toada, é de importância ímpar a diferenciação entre a união estável – instituto que ocasionará enquadramento familiar e terá como consequências regime de bens, alimentos, sucessão, previdência... – e o namoro – instituto sem previsão legal expressa e desprovido, inicialmente, de consequências jurídicas, podendo, quando muito, gerar divisão patrimonial de bens comprovadamente adquiridos pelo esforço em comum.

Como, então, diferenciar?

Doutrina e jurisprudência, ao realizar a diferenciação entre os institutos, apegam-se ao elemento subjetivo – *animus* de constituir família –, na medida em que, repisa-se, boa parte dos namoros possuem os requisitos objetivos da união estável – convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, desimpedidos para casar ou separados.

Diga-se que tal distinção, fundada no requisito subjetivo, não nova. O Ministro Sálvio de Figueiredo¹⁸, em julgado histórico e paradigmático do Superior Tribunal de Justiça (STJ), datado de 2003, já a indicava, diferenciando o namoro da união estável no ténue objetivo de constituição de família, também denominado de *animus* de constituir família, *intuitu familiae* ou *affectio maritalis*.

No mesmo sentido, há muito, decide o Tribunal de Justiça Gaúcho¹⁹, asseverando que o namoro prolongado, mesmo como congresso íntimo, desenrolando enquanto as partes resolviam anteriores casamentos, não induz a união estável, ante a ausência do requisito subjetivo²⁰.

Ocorre que o enfoque diferenciador neste requisito subjetivo descortina um problema técnico-probatório. Explica-se. Requisitos objetivos possuem prova, de certa maneira, clara. Em um mundo tão conectado, com tantas redes sociais e registros, a comprovação de uma

16 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2015. p. 202.

17 O embasamento jurídico está no art. 884 do Código Civil e seguintes, com base, como já mencionado, na vedação ao enriquecimento sem causa.

18 Isso que se observa no julgamento do REsp 474.962/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23.09.2003, DJ 01.03.2004 p. 186, quando assevera o Relator que: [...] IV - Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família.

19 Vide TJ/RS Ac. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 599.152.105. Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 12.05.99.

20 Vide Ac. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 70013787536. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil. Julgado em 29.03.06. O mesmo Tribunal de Justiça Gaúcho asseverou, agora em outro julgamento, que “no caso em apreço, restou incontroverso, o próprio réu embargado não nega a existência do relacionamento amoroso público, contínuo e duradouro mantido entre as partes. Contudo, faltou um requisito essencial para caracterizá-lo como união estável: inexistiu objetivo de constituir família. Com efeito, durante os longos anos de namoro mantido entre os litigantes, eles sempre mantiveram vidas próprias e independentes. Realizaram várias viagens juntos, comemoraram datas festivas e familiares, participavam de festas sociais e entre amigos, a autora realizava compras para a residência do réu – pagas por ele –, às vezes ela levava o carro dele para lavar, e consta que ela gozou licença-prêmio para auxiliar o namorado num momento de doença. Contudo, ainda que o relacionamento amoroso tenha ocorrido nesses moldes, nunca tiveram objetivo de constituir família. Isso porque ainda que ambos fossem livres e desimpedidos – ela solteira e ele separado – permaneceram administrando separadamente suas vidas. Embora a embargante auxiliasse o embargado realizando, às vezes, tarefas que o ajudavam na administração da casa dele, como por exemplo, fazer compras no supermercado, até tais compras eram pagas separadamente: ela pagava as dela, e as dele eram por ele pagas” (TJRS PROCESSO 70006361990, 4º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decisão de 13.08.2004).

de nota que além da aplicação, por analogia, das regras da união estável à união homoafetiva, tem-se como plenamente possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, como disciplina a Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

11 Sobre o tema, confira o art. 1.724 do vigente Código Civil.

12 Sobre o tema, confira o art. 1.725 do Código Civil.

13 Vide o art. 1640 do Código Civil.

14 Sobre o pacto antenupcial, conferir o art. 1653 e ss. do Código Civil.

15 Registra-se que este vem sendo o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Cita-se: “Alienação, sem consentimento do companheiro, de bem imóvel adquirido na constância da união estável. A invalidação da alienação de imóvel comum, fundada na falta de consentimento do companheiro, dependerá da publicidade conferida à união estável, mediante a averbação de contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência de união estável no Ofício do Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou da demonstração de má-fé do adquirente. REsp 1.424.275-MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 16.12.14. 3ª T. (Info STJ 554)”

eventual convivência pública, contínua e duradoura não costuma ser das mais complexas. Fotos de viagens, convites recebidos em nome do casal, declarações em redes sociais, *lives*... Entretanto, a prova do requisito anímico, subjetivo, é deveras dificultosa. Como saber se há, ou não, *animus* de constituir família?

A experiência demonstra que o conjunto probatório processual relativo ao *animus* envolve a percepção de projetos em comum, contas conjuntas, declaração de dependências em clubes sociais, imposto de renda, previdência pública e privada, casamento religioso sem efeitos civis, convívio social...

No campo doutrinário, afirma Maria Berenice Dias (2007, p. 172) que, na busca da intenção, deve ser analisado o nível de comprometimento do casal. Lembram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 449) que o *affectio maritalis* relaciona-se à intenção do casal de estar vivendo como se casados fossem, havendo tratamento recíproco como esposos e objetivos traçados em comum. Assevera Flávio Tartuce (2015, p. 319) que “entram em cena o tratamento dos companheiros (*tractatus*), bem como o reconhecimento social de seu estado (*reputatio*)”, perquirindo-se o que se denomina de posse de estado de casado.

Mas qual *animus* se deve provar? Deve ser um *animus* de constituir família nos dias de hoje, atual, ou basta a intenção, para o futuro, de constituição de uma família?

A intenção a ser provada é de ser família nos dias de hoje; ou seja: demanda-se *animus* atual de constituição de família para verificação da união estável. Assim, se há um projeto para o futuro de constituição de família, estaremos diante de um namoro. Se há uma família já constituída, em um projeto atual, há união estável.

Nessa esteira, aduz Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 202) que namoro é o relacionamento entre duas pessoas sem caracterizar uma entidade familiar. Pode ser, até mesmo, a preparação para constituição de uma família futura. Já na união estável, a família já existe. Justo por isto, assevera o autor, há namoros longos que nunca se transformaram em entidade familiar e relacionamentos curtos que logo se caracterizaram como união estável.

Como se percebe, a distinção prática não é das mais simples. Comprovar o *animus* em um processo, por si só, já é uma tarefa complexa. Apontar para o *animus* atual de ser família, em detrimento de uma intenção de família para o futuro, é uma tarefa *Hércules*...

O receio de banalização da união estável, atrelado ao tipo de *animus* que será necessário para sua configuração, fez com que o Superior Tribunal de Justiça criasse uma nova categoria relacional: o namoro qualificado. Este, segundo o Tribunal da Cidadania, habita o enquadramento do namoro, sem maiores desdobramentos jurídicos.

Entende-se por namoro qualificado uma relação que goza de publicidade, continuidade e durabilidade, na qual há, inclusive, *animus* de constituir família. Contudo, este *animus* é de constituição de uma família futura, e não atual. Tal fato, aduz o Superior Tribunal de Justiça, é o grande diferenciador para a união estável, instituto familiarista e que demanda *animus familiae* atual.

Em suma-síntese: no namoro qualificado os envolvidos desejam formar uma família para o futuro, estando, por exemplo, noivos. Já na união estável os envolvidos desejam formar uma família hoje, sendo, atualmente, família.

Seguindo a linha do dito, veja-se importantes trechos de julgados do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

“Na relação de namoro qualificado os namorados não assumem a condição de conviventes porque assim não desejam, são livres e desimpedidos, mas não tencionam naquele momento ou com aquela

peessoa formar uma entidade familiar. Nem por isso vão querer se manter refugiados, já que buscam um no outro a companhia alheia para festas e viagens, acabam até conhecendo a família um do outro, posando para fotografias em festas, pernoitando um na casa do outro, com frequência, ou seja, mantêm verdadeira convivência amorosa, porém, sem objetivo de constituir família.” O arresto destaca a intenção de constituição de família, o *animus familiae*, como fundamento essencial para união estável, eis que “A configuração da união estável é ditada pela confluência dos parâmetros expressamente declinados, hoje, no art. 1.723 do CC/2002, que tem elementos objetivos descritos na norma: convivência pública, sua continuidade e razoável duração, e um elemento subjetivo: o desejo de constituição de família. A congruência de todos os fatores objetivos descritos na norma, não levam, necessariamente, à conclusão sobre existência de união estável, mas tão somente informaram a existência de um relacionamento entre as partes. O desejo de constituir uma família, por seu turno, é essencial para a caracterização união estável pois distingue um relacionamento, dando-lhe a marca da união estável, ante outros tantos que, embora públicos, duradouros e não raras vezes com prole, não tem o escopo de serem família porque assim não quiseram seus atores principais. (Grifos nossos).

(STJ, REsp 1.263.015/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2012, DJe 26.06.2012).

[...]

O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado “namoro qualificado” –, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. 2.2. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social. (Grifos nossos)

(STJ, REsp 1454643/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, 3ª Turma, Pub. 10.03.2015).

[...]

2) A existência de “namoro qualificado” é insuficiente para configurar união estável, se ausentes outros elementos que demonstrem o propósito de constituir família; 3) A estabilidade do relacionamento

é externada pela durabilidade e continuidade da convivência com aparência de casamento e, na ausência de prova de que o casal tenha mantido convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família e, não simples namoro, ônus este que cometa à autora, não há como reconhecer a existência de união estável; 4) **Diante da inexistência de união estável, não há que se falar em partilha de bens compreendidos no período de eventual namoro qualificado.** (Grifos nossos)
(STJ – Aresp 1119920 AP 2017/0142954-1. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 30.10.2017)

Mas diante de tantos namoros e uniões estáveis, aliado a confins divisórios tão tênues e de aferição demasiadamente complexa, fato gerador de inúmeras demandas judiciais e insegurança social, seria viável pensar em um modelo diverso? Haveria como reduzir os debates e dar mais exatidão as molduras institucionais do namoro e da união estável?

4. Direito ao Namoro. Recategorização da União Estável.

Percebe-se, ao longo deste texto, o quão dificultoso – tanto sob o aspecto do direito material, como processual (prova) – a diferenciação entre o namoro e a união estável. Tal dificuldade decorre de uma premissa bastante difundida pela doutrina e jurisprudência nacionais; qual seja: o enquadramento da união estável como ato-fato jurídico real ou material. Explica-se.

Verifica-se o ato-fato jurídico, nas lições de Marcos Bernardes de Mello (2007, p. 134), quando “o suporte fático prevê uma situação de fato a qual, no entanto, somente pode materializar-se como resultante de uma conduta humana.” Arremata o autor, afirmando que “como o ato que está à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa assim, *se houve, ou não, vontade* em praticá-lo”.

Nessa senda, ainda seguindo o posicionamento majoritário, emoldura-se a união estável como um ato-fato jurídico real (*Realakten*) ou material (*Tathandlungen*), no qual o ato volitivo não importa, mas sim o resultado gerado e emoldurado juridicamente.

Na linha do dito, Paulo Lôbo (2008, p. 152) firma ser a natureza jurídica da união estável de ato-fato jurídico, sendo, portanto, desnecessária qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos. Segundo o autor, bastará a configuração fática para incidência das normas cogentes, restando verificada a união estável. Assim, defende ser possível a existência da união estabilizada mesmo diante da manifestação de vontade de uma, ou ambas as partes, afirmando a inexistência da união estável.

Ainda seguindo a tese majoritária, assevera Rodrigo da Cunha Pereira (2015) ser a união estável um ato-fato jurídico (ou ato real), não necessitando de vontade para que produza seus efeitos jurídicos. Basta sua configuração fática para incidência das normas constitucionais e legais cogentes, inferindo-se uma conversão da relação fática em jurídica.

Do dito, nos passos da linha majoritária, presentes a convivência pública, contínua e duradoura, aliado ao *animus* de constituir família, haverá a moldura da união estável, não demandando vontade expressa das partes. Ou seja: é possível, Estimado Leitor, que você esteja, hoje, em uma união estável e, sequer, conscientemente, saiba.

A posição majoritária vai além. Aduz, como dito, que ainda que exista declaração expressa das partes de que não vivem uma união estável (contrato de namoro), esta união estável poderá ser reconhecida pelo Poder Judiciário, acaso presentes os seus elementos de configuração. Retira a posição majoritária qualquer função às declarações de vontade realizadas pelos consortes, com o intuito de afastar o requisito subjetivo da união estável, a exemplo dos denominados contratos de namoro. Afinal, majoritariamente, enxerga-se a união estável como avolitiva.

Ainda na análise do tema, infere-se que na própria análise do contrato de namoro, alguns autores afirmam a sua invalidade, por ilicitude do objeto; outros falam em sua ineficácia, por ser a união estável um estado de fato; havendo ainda aqueles que mencionam apenas o seu não reconhecimento pelo direito, sequer adentrando a problemática de ser defeito de existência, validade ou eficácia.

Veja-se.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 641) aduz “ter o “contrato de namoro” uma eficácia relativa, pois a união estável é, como já enfatizado, um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática, com reflexos jurídicos, mas que decorrem da convivência humana. Se as aparências e a notoriedade do relacionamento público caracterizarem uma união estável, de nada valerá contrato dessa espécie que estabeleça o contrário e que busque neutralizar a incidência de normas cogentes, de ordem pública, inafastáveis pela simples vontade das partes”.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 479) defendem que, malgrado a licitude do contrato de namoro – haja vista inexistência de vedação legal –, ele não é instrumento apto a afastar a eventual configuração de união estável, a qual é uma situação de fato. Logo, seria o contrato de namoro seria ineficaz.

Pablo Stolze Gagliano (2005) assevera ser de questionável validade o que usualmente vem sendo denominado de contrato de namoro. Arremata o autor que seria um contrato nulo, por invalidade de seu objeto, o qual seria ilícito. Funda-se na noção de ser a união estável uma situação de fato, reconhecida pelo direito, não sendo apta de ser afastada por uma mera declaração das partes.

Maria Berenice Dias (2015, p. 242) vaticina ser a natureza jurídica da união estável de ato jurídico, o qual emerge como fruto de uma vontade humana. Posteriormente, propugna a autora o não reconhecimento do contrato de namoro, sob pena de restar configurada uma fonte de enriquecimento ilícito para uma das partes, a qual construiu o patrimônio com a ajuda da outra e foi desfavorecida na meação, ao retirar-se do relacionamento. Arremata (2015, p. 261-261) afirmando que “o contrato de namoro é algo inexistente e desprovido de eficácia no seio do ordenamento jurídico.”

Paulo Lôbo (2010, p. 173) ressalta que em virtude da dificuldade para identificação do trânsito da relação fática (namoro) para a relação jurídica (união estável), alguns profissionais da advocacia, instigados por seus constituintes, que desejam prevenir-se de consequências jurídicas, adotaram o que se tem denominado “contrato de namoro”. Se a intenção de constituir união estável fosse requisito para sua existência, então semelhante contrato produziria os efeitos desejados. Todavia, considerando que a relação jurídica de união estável é ato-fato jurídico, cujos efeitos independem da vontade das pessoas envolvidas, esse contrato é de eficácia nenhuma, jamais alcançando seu intento.

O raciocínio inverso também vem sendo aplicado.

O Superior Tribunal de Justiça já consignou que mesmo existindo um contato de união estável, devidamente assinado, acaso os requisitos da união estabilizada não estejam presentes, a relação deve ser significada como namoro, pois o elemento volitivo não deve ser considerado para configuração, ou não, da união estável. Cita-se:

[...]

Nessa ordem de ideias, pela regra da primazia da realidade, um “**contrato de namoro**” não terá validade nenhuma em caso de separação, se, de fato a união tiver sido estável. A contrario sensu, se não houver união estável, mas namoro qualificado que poderá um dia evoluir para uma união estável o “contrato de união estável” celebrado antecipadamente à consolidação desta relação não será eficaz ou seja, não produzirá efeitos no mundo jurídico.

(STJ - AREsp: 1149402 RJ 2017/0196452-8, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 15/09/2017).

Mas seriam as saídas majoritariamente propostas hábeis a conferir maior segurança às relações privadas?

Entende-se, *data venia*, que não.

Como afirmar a presença de um requisito subjetivo quando as próprias partes o afastam no caso concreto, através de uma vontade livre e desembaraçada, mediante um instrumento contratual?

Ao revés, como afirmar que não há intenção de constituir família, desenquadrando o relacionamento de união estável para namoro, mesmo diante de um contrato regularmente celebrado apontando união estável?

Como desprestigiar a autonomia em um campo genuinamente privado – direito das famílias – e impor normas cogentes à revelia ou, até mesmo, a *contrario sensu* em relação à vontade manifestada?

Com efeito, uma das escolhas mais privadas do ser humano diz respeito a como se relacionar. Será que há interesse público hábil a justificar intromissão estatal, imposição de união estável e conferência de consequências jurídicas mesmo contra a vontade das partes?

Novamente, *data venia*, entende-se que não.

A solução a esta problemática demanda o reenquadramento da união estável, a deslocando do ato-fato para os negócios jurídicos.

Nos negócios jurídicos, recorda Marcos Bernardes de Mello (2007, p. 166), “a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um”.

Um dos bons exemplos de negócios jurídicos são os contratos, incluindo-se, para os que aderem à teoria contratualistas do matrimônio, o casamento. Na mesma linha poder-se-ia caminhar com a união estável – hoje chamada, por tantos, de casamento de fato.

Com efeito, a expressão casamento de fato vem sendo bastante utilizada pela doutrina e jurisprudência, havendo uma progressiva aproximação entre os institutos da união estável e do casamento. Exemplifica-se com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal²¹ que, em sede de repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil – responsável por regular o regime sucessório da união estável – e passou a aplicar, por analogia, as regras do regime sucessório do cônjuge. T tamanha aproximação, seguramente, permite também aproximar os institutos no que tange a sua natureza jurídica, sendo revisitada a união estável como negócio jurídico, assim como é visto o matrimônio.

21 Vide os Res 646721 e 878694, dos quais decorreram a seguinte tese de repercussão geral “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil”.

Dessa forma, a configuração da união estável demandaria manifestação de vontade expressa do *animus* de constituir família. Além disso, manifestações expressas de inexistência do *animus* seriam aptas, a priori, para afastar a união estável, salvo raras hipóteses, como a presença de vícios de consentimento, fraudes...

Na esteira do dito, a presunção seria que os relacionamentos são de namoro, podendo, até mesmo, ser qualificados, quando os enamorados projetam, para o futuro, a constituição de uma família. D’outra banda, quando desejarem as partes adentrarem em união estável, devem externar a sua vontade, constituindo o *animus familiae* atual. Se, ao revés, não desejam união estável, por não se entenderem como família hoje, podem manifestar, inequivocamente, sua vontade de vivenciarem um mero namoro.

Retoma-se, aqui, a plena autonomia dos atores envolvidos em um relacionamento, que podem tomar *as rédeas* da sua vida privada e melhor enquadrar o seu desejo conjunto na moldura familiar que melhor lhes aprouver: namoro, união estável ou casamento.

Finda o enquadramento automático e avolitivo da união estável - o qual retrata publicização injustificada e indevida intromissão estatal na autonomia - e evita-se, para quem não deseja, a conferência de consequências jurídicas - como alimentos, regime de bens, sucessão, previdência. Outrossim, rechaça-se conferência de união a quem, sequer, sabe vivenciar tal situação jurídica ou, até mesmo, declarou não ter desejo de vivencia-la.

Nas situações em que houver um contrato de namoro, decorrente de vontade livre e consciente, a não configuração da união estável privilegiará institutos basilares do contrato, a exemplo da boa-fé, afastando o nefasto comportamento contraditório – *nemo postest venire contra factum proprium* – e a quebra de confiança.

Por fim, enfim, poderão os que assim desejarem, simplesmente, namorar. É restabelecido o direito ao namoro e o espaço íntimo de cada ser, que, livremente, escolherá o seu modelo familiar. Ademais, aqueles que desejarem vivenciar uma união estável, com todas as suas consequências jurídicas, poderão, simplesmente, declarar o desejo, emoldurando-se na união estabilizada.

O sugerido não encontra óbice no texto legislado nacional, ao passo que o legislador não fez o enquadramento da união estável em ato-fato ou negócio jurídico, sendo a missão doutrinária e jurisprudência. A solução do tema, portanto, não demandará. Sequer, modificação legislativa, mas apenas alteração de opinião, sendo de *lege lata*.

5. Conclusões.

Como posto, o tema-problema em análise é: Como diferenciar o namoro da união estável?

A questão, como dito, tem grande impacto social e jurídico. Social por serem namoros e uniões estáveis institutos de grande aplicação prática. Jurídico em virtude da união estável ocasionar vários desdobramentos – regime de bens, sucessão, pensão previdenciária, alimentos ... -, enquanto que o namoro é fato atípico, sem consequências jurídicas e, quando muito, hábil a ocasionar mera partilha dos bens adquiridos pelo esforço em comum, de acordo com a teoria da sociedade de fato e vedação ao enriquecimento sem causa.

Hodiernamente, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, a união estável é um ato-fato jurídico real, sendo, por conseguinte, avolitiva. Uma vez configurados os requisitos legais – convivência pública, contínua e duradoura, entre desimpedidos de se casar ou separados, com *animus* de constituir família – ter-se-á uma união estável, independentemente de vontade das partes.

Logo, mesmo que haja declaração expressa visando afastar a união estável – um contrato de namoro –, ou, até mesmo, declaração expressa informando haver uma união estável – declaração de união estável e/ou contrato de convivência –, tais declarações não devem preponderar, se verificados, ou não, na situação de fato, os requisitos da união estável.

No que tange à diferenciação entre o namoro e a união estável, afirma a linha majoritária que residirá na *animus* de constituir família. Como consabido, atualmente os namoros gozam de intimidade e publicidade ímpares, inclusive com comunhão de leitos. Ademais, namoros costumam ocasionar convivências públicas, contínuas e duradouras, com até mesmo *animus* de constituir uma família para o futuro – quando serão denominados de namoros qualificados.

Nessa toada, a diferenciação entre a união estável e o namoro é que naquela (união estável) o *animus* de constituir família há de ser atual – hoje os conviventes já formam uma família –, enquanto que, no namoro, tal *animus* será futuro – enamorados em um namoro qualificado desejam ser uma família no futuro, podendo estar, até mesmo, noivos.

A distinção proposta pela linha majoritária gera abissais dificuldades práticas, em especial de provas processuais e delimitação dos exatos confins institucionais divisórios. Essa zona cinzenta ocasiona insegurança jurídica e inúmeras ações, com largo e dificultoso debate sobre o tema.

O Poder Judiciário acaba sendo convocado a analisar os restos do amor, buscando fotos de viagens, convites recebidos em nome do casal, declarações em redes sociais, *lives...* entretanto, a prova do requisito anímico, subjetivo, ainda assim, segue como sendo de dificuldade ímpar.

Além de insegura, a linha majoritária em tela não privilegia a autonomia dos atores envolvidos no relacionamento – elemento basilar do direito civil e conquistado a tanto sangue, suor e lágrimas –, em detrimento de uma indevida publicização, com imposição cogente de uma moldura familiar sem interesse público justificador.

Pessoas, sem manifestar vontade expressa, são lançadas em uma união estável, sem, sequer, saber. Pior. Pessoas com vontade expressa de não vivenciarem uma união estável, são emolduradas em uma união estável. Ou, ainda pior, pessoas que declararam viver em uma união estável são juridicamente reconhecidas como meros namorados.

A solução desta problemática parte na mudança da premissa de enquadramento da união estável, a deslocando de ato-fato para negócio jurídico, em prestígio à manifestação de vontade dos envolvidos.

Equipare-se, em certa medida, a constituição da união estável – casamento de fato – ao casamento, demandando vontade expressa e inequívoca, mas não necessariamente formal.

Contempla-se a autonomia em tema privatístico tão sensível – relacionamento familiar –, possibilitando aos envolvidos decidir em qual entidade familiar desejam se encaixar: namoro, união estável ou casamento.

Afasta-se a indevida publicização em tema nitidamente privado, não sendo imposto instituto com amplas repercussões jurídicas, como regime de bens, alimentos, sucessões e previdência.

Percebe-se a contemplação da intervenção mínima, em atenção ao direito de família mínimo²² e preservação da intimidade. Decerto, família traduz o espaço de privacidade e intimidade por excelência. Talvez não haja tema mais particular do que os pertinentes às relações existencialistas familiares.

Presume-se o *fato atípico* do namoro, o qual, a priori, não terá consequências jurídicas e, quando muito, ocasionará apenas e tão somente a divisão de bens onerosamente adquiridos em conjunto, em virtude da formação de uma sociedade de fato e findado na vedação ao enriquecimento sem causa.

²² Sobre o tema, indica-se a leitura da obra *Direito de Família Mínimo*, de Leonardo Barreto Moreira Alves (2010).

Doutra banda, o sugerido não encontra óbice no texto legislado nacional, posto que o legislador não fez o enquadramento da união estável em ato-fato ou negócio jurídico, sendo a missão doutrinária e jurisprudência. A solução do tema, portanto, não demandará modificação legislativa, mas apenas mudança de opinião, sendo de *lege lata*.

Com essas condutas, descortinará o Direito Civil nacional um caminho de maior liberdade e segurança, no qual os envolvidos serão, efetivamente, os atores principais de suas escolhas afetivas e terão, em suas mãos, as *rédeas* da sua vida privada.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos x interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.171-215

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.407-423.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em: 24 maio 2007.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 175/2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 474.962/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. em 23.09.2003. DJ 01.03.2004.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.194.059/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Massami Uyeda. j. 06.11.2012. DJe 14.11.2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.263.015/RN. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2012, DJe 26.06.2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.424.275-MT. 3ª Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 16.12.14. Info STJ 554.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1454643/RJ. 3ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellize. DJ10.03.2015

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AResp 1119920 AP 2017/0142954-1. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 30.10.2017

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AREsp: 1149402 RJ 2017/0196452-8. Relator: Ministro OG FERNANDES. Data de Publicação: DJ 15/09/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 132-RJ. Rel. Min. Ayres Britto, j. 04.05.2011. ADIN 4277/DF. J. 05.05.2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 646721 e 878694.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Ac. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 599.152.105. Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 12.05.99.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. TJRS PROCESSO 70006361990, 4º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decisão de 13.08.2004.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Ac. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 70013787536. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil. Julgado em 29.03.06.

CABRAL, Érico de Pina. A “**Autonomia**” no **Direito Privado**. Revista de Direito Privado, a.5, n. 19, jul./set., 2004

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 177 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Direito das Famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6. Direito de Família, 2011, p. 641.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 03 maio 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizada: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, nº 12:40-55, jan/mar, 2002.

_____. **Famílias**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Famílias**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Tomo III. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: _____. (coord.). **Contrato e Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, v.2, p. 15-45.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. 1. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, [1982?].

STOLZE, Pablo. Contrato de Namoro. In: **Juspodivm**. 2005. Disponível em http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_225.html. Acesso em: 08.07.09.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Vol. 5. Direito de Família, 11. ed. São Paulo: Forense, 2015.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v.I.

A HIPOTECA REVERSA E A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA FINANCEIRA DA PESSOA IDOSA

MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

Desembargador do TJRJ

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá

Professor Titular de Direito Civil do IBMEC

Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A *hipoteca reversa* é uma modalidade de direito real de garantia pelo qual uma pessoa, em regra, idosa, grava o seu imóvel em favor do credor com o escopo de receber determinada importância em dinheiro, entregues pelo mutuante de uma só vez ou em parcelas periódicas, valor que somente deverá ser quitado após o falecimento ou alienação do imóvel por parte do mutuário.

Essa espécie de hipoteca é utilizada em outros países como, por exemplo, nos Estados Unidos, recebendo a denominação de *reverse mortgage* e funciona como um produto econômico oferecido pelas instituições financeiras que tem como destinatário a pessoa idosa a fim de que esta, com o notório aumento da expectativa de vida, reúna condições de extrair do patrimônio imobiliário eventualmente granjeado uma liquidez monetária apta a atribuir melhor qualidade de vida sem que com isso a pessoa tenha que se desfazer do patrimônio em vida.

Serve como complemento da aposentadoria para o devedor e para o credor há a vantagem de considerável segurança jurídica com relação à satisfação da recuperação do ativo emprestado dois motivos:

- 1) a morte é evento futuro e certo e com relação aos idosos, estatisticamente, é mais próxima;
- 2) os bens imóveis são dotados de perenidade se comparados com os móveis.

Aplicam-se, no caso, todas as características da hipoteca com a peculiaridade de que a satisfação do crédito dar-se-á após o momento da morte do devedor ou mesmo da alienação, voluntária ou forçada, do bem onerado. Com o evento morte faz-se um acerto de contas em relação à importância que o credor emprestou e o valor do imóvel afetado ao cumprimento da obrigação.

Enquanto a hipoteca clássica, muitas vezes, é feita para facilitar a aquisição de um imóvel para fins de moradia e, conforme vai sendo pago o financiamento, o bem, em proporção ao adimplemento, se incorpora no patrimônio livre do adquirente, nessa modalidade, ainda atípica no Brasil, os recursos entregues ao devedor, se não forem pagos, levarão a perda futura do imóvel que não atingirá a esfera jurídica do devedor, mas dos seus pretensos herdeiros que como sabido possuem sobre a herança apenas expectativa de direito.

Sendo o ato de constrição oneroso, sequer há que se falar em preservação da legítima dos herdeiros necessários.

Sem lei federal regulamentando, não vemos como ser possível a efetivação dessa modalidade de hipoteca em razão da insegurança jurídica que desmotiva o empreendimento, a especialização é diferente do modelo estabelecido no Código Civil, além das dificuldades de ordem registral para a eficácia da garantia, pois como cediço a tipicidade norteia tal ramo do direito.

Em se tratando de constrição imobiliária, se a pessoa for casada, indispensável será a outorga uxória, salvo se o regime for o da separação absoluta de bens (art. 1647, I, CC). Importa ainda esclarecer, nesse passo, a dificuldade que a hipoteca reversa terá para subsistir frente ao direito real de habitação que compete ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que somente pode ser renunciado após a sua efetivação com a morte, conforme prevê o enunciado 271 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal/STJ: “Art. 1.831: O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.” De efeito, tal proteção que encontra fundamento na proteção da entidade familiar e no direito à moradia é dotada de interesse público, sendo irrenunciável antes de sua efetivação.

Tramita no Congresso Nacional o PLS 52/2018 que acrescenta o Capítulo II-B, à Lei 9.514/97, para dispor sobre a hipoteca reversa de coisa imóvel, de autoria do Senador Paulo Bauer e que, na realidade, cuida, a nosso ver, de um novo instituto que seria a alienação fiduciária em garantia reversa, não só porque altera a lei de alienação fiduciária de imóvel, mas também porque o artigo 33-G da lei projetada prescreve que “a hipoteca reversa regulada por esta lei é o negócio jurídico pelo qual o credor hipotecário reverso, com o escopo de garantia contrata a transferência ao devedor hipotecário reverso da propriedade resolúvel de coisa imóvel.”

A instituição financeira se torna devedora, possuidora indireta e proprietária resolúvel do imóvel e o tomador do empréstimo fica como possuidor direto da coisa até o seu passamento.

O conceito de idoso para fins de aplicação dessa lei é a pessoa com mais de 60 (sessenta) anos de idade. Nos termos do artigo 33-I, § 1º, “para a constituição da hipoteca reversa, o credor hipotecário reverso deve ser pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.” A norma projetada apresenta indisfarçável aspecto cogente com relação à idade mínima.

Mantendo a concepção jus-filosófica dessa figura jurídica acima referida, o parágrafo segundo do artigo 33-I, § 3º, dispõe que o falecimento do devedor, comprovado por atestado de óbito configura o termo final para a reposição do empréstimo ou do crédito da hipoteca reversa.

Se o credor falecer até cinco anos da celebração do contrato, o imóvel será entregue aos herdeiros que herdaram também a dívida contraída pelo autor da herança, respondendo, por óbvio, nos limites desta. Passado esse período de tempo, a propriedade se consolidará nas mãos do devedor fiduciante que fica obrigado, se a dívida não for paga pelos interessados, assegurada a liminar de reintegração de posse se o imóvel não for entregue amigavelmente pelos herdeiros.

Peca o projeto de lei por não trazer, à moda da alienação fiduciária em garantia de imóvel clássica, determinação para a venda do imóvel de modo público de modo que os herdeiros possam fiscalizar a estrita satisfação do crédito com a devolução do que sobejar a fim de não se permitir a configuração de enriquecimento sem causa em desfavor do espólio do verdadeiro devedor.

Se o credor for instituição financeira, o contrato se submete à incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e essa consolidação da propriedade sem prestação de contas, ofende a não mais poder princípios e regras desse ramo do direito, sendo digno de destaque que a pessoa idosa pode ser considerada hipervulnerável (art. 39, IV, lei 8078/90). Permanecendo tal equívoco na aprovação da lei, ainda que o idoso já esteja falecido por ocasião da perda peremptória do imóvel, é importante lembrar queo momento jurídico a ser considerado para a análise da validade do negócio é o da contratação. Falta de boa fé objetiva, transparência, locupletamento, desequilíbrio contratual em desfavor do vulnerável são alguns pontos que devem ser discutidos perante o Poder Judiciário.

Resolvida essa questão pontual, o instituto pode ser de grande valia para atribuir ao idoso maior autonomia e independência financeira e, por conseguinte, uma vida com mais

qualidade e dignidade em cumprimento ao comando constitucional (art. 230) e do artigo 2º do Estatuto do Idoso, o qual preconiza que além dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, ao idoso deve ser garantidas “todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

Oxalá que alcancemos esse nobre objetivo.

BREVES NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS¹

MARCOS EHRHARDT JÚNIOR²

Introdução

O dever jurídico de não causar dano a outrem e a obrigação de buscar, quando possível, a reparação do dano injustamente infligido a outro sujeito de direito há muito tempo são objeto de estudo do direito obrigacional. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a disciplina Direito de Danos, comumente estudada sob a denominação responsabilidade civil, a despeito de lúcidos posicionamentos doutrinários em sentido contrário, estava circunscrita a situações eminentemente patrimoniais, vale dizer, englobando apenas a proteção de bens mensuráveis em dinheiro.

Nesse período, era comum encontrar nas decisões jurisprudenciais o argumento de que a dor não teria preço, que não se poderia monetarizar sentimentos, motivo pelo qual se afastava a possibilidade de se pleitear indenização para compensar uma violação de direito extrapatrimonial, ou seja, bens que não podem ser avaliados em dinheiro. Confundia-se a violação do direito – fundamento do dever de indenizar – com suas consequências, como, por exemplo, dor, constrangimento, vexame, angústia. Tal confusão na identificação dos pressupostos do dever de indenizar ainda não foi totalmente superada, a despeito da expressa previsão no texto constitucional da possibilidade de indenização por danos exclusivamente morais, vale dizer, de cunho extrapatrimonial (art. 5º, incisos V e X, CF/88).

Decorridos mais de trinta anos de promulgação do texto constitucional e apesar de o Código Civil vigente já ter comemorado mais de quinze anos de vigência, ainda existem sérias controvérsias doutrinárias sobre os critérios que devem ser empregados para a quantificação da indenização devida por danos extrapatrimoniais, e, especialmente, divergência acerca da possibilidade (ou não), no sistema jurídico brasileiro, da adoção da figura de indenização com função punitiva, nos moldes do sistema do *commom law*, redefinindo as bases do valor da indenização, que nesta perspectiva não ficaria apenas adstrita à extensão do dano.

Ao longo dos anos, profundas foram as transformações verificadas no âmbito das relações familiares. Inicialmente concebida como célula fundamental de qualquer agrupamento social, a família, que poderia ser descrita como um núcleo de proteção de interesses econômicos e de reprodução³, fundada essencialmente no matrimônio e em rígidas hierarquizações para garantia da segurança jurídica e preservação do patrimônio familiar, revelou-se, nas palavras de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “o espaço privilegiado de realização pessoal

¹ O presente texto representa versão atualizada, revista e ampliada do artigo “Responsabilidade civil no direito das famílias: vicissitudes do direito contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto”, publicado inicialmente no livro *Famílias no Direito Contemporâneo*, editado em 2010 pela Editora Juspodivm (p. 353-372).

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da UFAL e do Centro Universitário CESMAC.

³ Cf. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Mitos e rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

dos que a compõem”⁴, onde podemos destacar, entre outros aspectos, a afetividade, como seu fundamento e finalidade⁵, permitindo a desconsideração do móvel econômico para prestigiar a estabilidade e ostensibilidade de relacionamentos que se apresentem publicamente de modo comprometido com um projeto de vida em comum, baseado na igualdade entre cônjuges e na igualdade entre filhos no domínio familiar.

Essa mudança de paradigmas é uma das características mais marcantes do Direito Privado de nosso tempo, afinal, como sustenta LUIZ EDSON FACHIN:

Inequivocamente estamos em *tempo* novo, nada obstante, na mesma *espacialidade* de um perdurar histórico, social e econômico. Daí que não se trata mais de sustentar a reconstrução do Direito Privado brasileiro em torno da idéia de *codificação*, sem embargo da relevância dos códigos como signos lingüísticos culturais e sociológicos. Demarca, por isso, novas fronteiras, do que é exemplo a interpenetração dos espaços públicos e privados reconhecida na doutrina, na legislação e na jurisprudência⁶.

Parece consenso entre os doutrinadores que o modelo de proteção às entidades familiares haurido do texto da Constituição Federal impõe a necessidade de análise da realidade familiar sob óptica interdisciplinar, pois somente dessa forma o operador do direito terá condições de apreciar o complexo de relações existenciais que a caracteriza. Neste sentido, aduz FACHIN que “a família, como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico”⁷, consubstanciando-se em mais que fotos nas paredes ou possibilidades de convivência, na medida em que “vê-la tão-só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um iceberg. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno”⁸.

Por conseguinte, considerando que a família deixou de ser uma mera unidade de produção, vale destacar o entendimento de ANTUNES VARELA, segundo o qual ela se converteu, “ao fim de cada semana, num lugar de refúgio da intimidade das pessoas contra a massificação da sociedade de consumo. Ela constitui hoje um centro de restauração semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua”⁹.

Difíceis e tortuosos os caminhos desde a realidade existencial de fato à realidade jurídica¹⁰ das entidades familiares. Não se pode deixar de reconhecer que fatores de natureza econômica, embora não sejam essenciais, ainda são preponderantes nas discussões trazidas ao Judiciário, servindo as questões existenciais e afetivas apenas como MEIO para consecução dos FINS patrimoniais. É neste contexto de consolidação de algumas conquistas e ainda de intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre aspectos práticos das ações de indeniza-

4 MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A Construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 248-9.

5 Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

6 FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, novos direitos e o Direito Civil-Constitucional no Brasil. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A Construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 225.

7 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

8 *Idem*, *ibidem*.

9 In *Direito da Família*, 3 ed. Lisboa: Petrony, 1993, p. 47.

10 Cf. RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. *Famílias sem Casamento: De relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ção, que se situa a discussão acerca da possibilidade de ajuizamento de ações de reparação por danos no campo do Direito de Família.

1. Responsabilidade Civil no Direito de Família

Se considerarmos o ordenamento jurídico em sua unidade e interconexões, não temos como afastar a incidência das regras atinentes à responsabilidade civil do ramo do Direito de Família, por ser integrante do mesmo sistema. Além disso, o argumento comumente empregado de que não se devem monetarizar relações afetivas, *a priori*, parece desconsiderar que originariamente o Direito de Família tinha como função precípua a defesa da integridade do patrimônio familiar, sem falar da constatação de que dispositivos que tratam de questões patrimoniais representam parte considerável de sua regulamentação.

Antes de aprofundarmos o tema, faz-se necessário distinguir uma relação de direito de família (ex.: vínculo conjugal entre um homem e uma mulher) de uma simples relação negocial no contexto de direito de família (genro que pede um empréstimo ao sogro). Em relação a esta, não há qualquer controvérsia quanto à responsabilização civil dos ofensores, seguindo as regras tradicionais da responsabilidade contratual. O que importa saber é se a mesma conduta pode ser empregada para as relações existenciais de direito de família. Em suma, não se trata de valorar economicamente situações existenciais, fixando-lhes um *quantum*, mas sim de garantir a tutela, vale dizer, proteção máxima a direitos de caráter personalíssimo.

Não percamos de vista que o grupo familiar ajuda na formação e crescimento da identidade individual, comunicação e objetivos comuns dos seus integrantes, garantindo o substrato para a consolidação do afeto e da solidariedade familiar, através do reconhecimento, tutela e da cooperação, antes mesmo que como cônjuge ou filho, como pessoa. Para PIETRO PERLINGIERI, “o controle sobre as vicissitudes pessoais e familiares se justifica se e na medida em que for feito em função da garantia dos direitos fundamentais”¹¹, sustentando ainda o referido autor que:

Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular (...) A presença simultânea da responsabilidade na liberdade individual requer exigência da colaboração, da solidariedade e da reciprocidade, sem que elas cheguem a constituir um separado interesse familiar que possa ser oposto àquele individual. O interesse individual de cada familiar não pode ser pensado se não em relação àquele dos outros familiares: diante da comunhão material e espiritual, o interesse de cada um se torna, em diferentes medidas, o interesse dos outros...¹²

Feitas essas observações preliminares, podemos passar a tecer considerações sobre a espécie de responsabilidade em análise.

Para ilustrar o desafio de estudar o tema poder-se-ia indagar se seria extracontratual a responsabilidade civil no Direito das Famílias? Considerando que os cônjuges estão vinculados por um contrato, seria necessário estabelecer diferenças de tratamento entre a responsa-

11 PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 980.

12 *Idem*, p. 974.

bilidade civil nas hipóteses de união estável (situação fática, logo, regida pela lei – responsabilidade aquiliana) e de casamento (negócio jurídico – responsabilidade contratual)?

Neste particular concordamos com o entendimento de Flávio Tartuce que sustenta que a responsabilidade civil que surge nas relações de conjugalidade ou de convivência é, essencialmente, uma responsabilidade extracontratual, nos termos do disposto no art. 186 do Código Civil vigente¹³.

Não se perca de vista que a complexidade dos arranjos familiares é ponto relevante na busca pela construção de uma teoria da responsabilidade civil aplicada às relações familiares, pois não há como equiparar as relações jurídicas conjugais às relações parentais, por exemplo.

Resta saber qual o caminho a ser adotado para enfrentar o tema: aplicar os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil clássica ou delimitar nova espécie de responsabilidade, especialmente para disciplinar as relações familiares?

Nada obstante, uma análise mais pormenorizada demonstrará que na maioria dos casos colocados à apreciação do Poder Judiciário são resolvidos aplicando-se tradicionais institutos jurídicos que disciplinam a matéria.

Seguindo com o raciocínio, devemos inicialmente perquirir acerca da origem do dever violado. Explique-se: será que a violação descrita ao magistrado como típica do direito de família somente poderia ser cometida por um dos integrantes do núcleo familiar (cônjuge, companheiro, filhos, enteado etc.), ou um terceiro que praticasse a mesma conduta danosa também deveria receber a mesma punição?

Noutras palavras: será que a vítima está buscando a tutela jurisdicional contra a violação de direito personalíssimo (e, como tal, oponível, *erga omnes*), ou buscando proteção para uma conduta de “mão-própria”, vale dizer, que só poderia ser praticada por um integrante de seu grupo familiar?

Certamente é possível delimitar-se um espaço próprio para a responsabilidade civil no Direito de Família, como, por exemplo, a intrincada questão da indenização por abandono afetivo. Contudo, em grande parte das situações submetidas à apreciação do Poder Judiciário temos situações de violação a direitos personalíssimos que não estão unicamente relacionados à função que o indivíduo ocupa em sua unidade familiar. O fato de o ofensor ser filho, marido, sogra, cunhado ou outro parente apenas agrava o contexto do dano infligido injustamente à vítima, não desnatura sua origem.

Dito de outro modo, casos em que um dos conviventes impede que o outro desenvolva sua atividade profissional ou provoque indevidamente a inscrição do nome do outro num cadastro de restrição de crédito, por exemplo, podem ter como parâmetro decisões aplicadas em contextos em que não existia relação conjugal ou de parentesco entre os envolvidos. O mesmo se diga em relação a situações de contágio de doenças sexualmente transmissíveis, que pode ocorrer num contexto de inexistência de vínculo familiar, numa relação eventual entre pessoas que acabaram de se conhecer e que não possuem nenhuma intenção de estabelecer um projeto de vida em comum.

Será que todos os danos são indenizáveis? Basta o inadimplemento dos deveres decorrentes do contrato de casamento para ensejar a responsabilização civil? Seria tal ruptura um simples aborrecimento, cuja verificação, segundo jurisprudência pacífica, não configura prejuízo indenizável diante da ausência de abalo efetivo e considerável?¹⁴

13 Cf. TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2019, p. 853-4.

14 Neste particular Cristiano Chaves, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald sustentam que “dúvida não há quanto à incidência das regras da responsabilidade civil nas relações afetivas. A discussão na verdade, cinge-se em saber se a violação de algum dever específico de Direito das Famílias, por si só, seria suficiente para ensejar a obrigação de in-

Um exemplo ajudará a apresentar a complexidade da questão: Se eu atraso um dia a data de entrega do contrato, cujo objeto é um bem puramente patrimonial, eu posso pleitear indenização. Trata-se de hipótese pacífica e consolidada, doutrinária e jurisprudencialmente. Mas, na relação familiar seria diferente? Seria possível isolar a responsabilidade de uma das partes ou sempre estaríamos diante da alegação de culpa concorrente, implicando, ao menos, a mitigação da responsabilidade dos envolvidos? Afinal, como bem assevera LUIZ EDSON FACHIN, ao apreciar a questão da apuração da culpa nos processos de dissolução de entidades familiares, a conduta dos cônjuges “pode ser apenas sintoma do fim”¹⁵. Neste sentido:

As crises matrimoniais, e a Psicanálise também o comprova, raro são devidas a uma culpa episódica, pontual; quase sempre constituem manifestações tardias de um processo de transição e ruptura, do qual as pessoas, em geral, não têm consciência plena. Os inconscientes dos cônjuges rompem a comunhão de vidas muitos anos antes das crises exteriores. Os casamentos não terminam por episódios, mas pela sua história. Parafraseando o velho Machado de Assis, o qual assegurava que a ocasião não faz o ladrão, faz o furto, pode-se dizer que a ocasião faz a crise, não a ruptura. Produz-se muito antes a ruptura, cuja verdadeira responsabilidade, quando exista, é dificilmente apurável pelo juiz¹⁶.

No campo da separação e do divórcio, consolidou-se o entendimento no sentido de que discutir culpa apenas retarda ainda mais o desfecho da relação no Judiciário, implodindo, numa inadequada e irrazoável busca, os resquícios de entendimento entre as partes, por vezes em detrimento dos interesses dos filhos e dos próprios envolvidos.

No entanto, quando o tema é responsabilidade civil a discussão toma outro sentido. O estágio atual de nossa codificação só admite afastar a prova da culpa, como pressuposto, vale dizer, um dos elementos de configuração do dever de indenizar, na forma do disposto no parágrafo único do art. 927 do CC/02, a saber: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

Considerando que não existe lei específica tratando da matéria, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos fatos e vícios do produto ou do serviço, conforme disciplinada pelo CDC, deveria o magistrado, v. g., considerar o casamento como atividade, por sua natureza, de risco para os direitos de outrem (esposa e filhos)?

Será que bastaria o insucesso do projeto de felicidade a-dois do casal para ensejar o dever de reparar objetivamente os danos? Apesar de ser bem clara a tendência de objetivação da responsabilidade em todos os campos, há de se destacar que permanece o elemento culpa como norma residual do sistema de responsabilidade no Código Civil (art. 186).

denizar que caracteriza a responsabilidade civil. Ou seja, a reparação de danos decorreria da isolada ofensa aos deveres comuns e recíprocos estabelecidos no artigo 1.566 do Código Civil (...). Pois bem, a melhor solução parece sinalizar no sentido de que a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar a obrigação de reparar, dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias da efetiva prática de um ilícito danoso, nos moldes dos artigos 186 e 187 do Código Civil. (In *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, 2015, p. 940).

15 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 179.

16 PELUSO, Antônio Cezar. *A culpa na separação e no divórcio*, p. 49. Apud SARTORI, Fernando Carlos de Andrade. *A culpa como causa da separação e seus efeitos*. In NANNI, Giovanni Ettore (org.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 604.

Ademais, considerando ainda, apesar das contundentes e procedentes críticas doutrinárias, o fato de que nem o Código de Defesa do Consumidor conseguiu expurgar a falta de cuidado como elemento caracterizador da responsabilidade dos profissionais liberais¹⁷, não parece ainda possível afirmar que ocorreu o “divórcio” entre a culpa e os demais pressupostos ensejadores do dever de indenizar no campo do Direito de Família.

Neste sentido, Flávio Tartuce sustenta que “a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil é a mesma culpa motivadora do fim do casamento”, concluindo que “ambas trazem a concepção do desrespeito a um dever preexistente”. No entanto, o referido autor filia-se a corrente doutrinária que admite a possibilidade de mitigação da culpa em alguns casos, concluindo se tratar de hipótese de “relativização, mas não de sua morte, fim ou desaparecimento”.¹⁸

É preciso ainda refletir sobre importantes aspectos relativos à prescrição da pretensão de reparação civil por danos nas relações familiares, afinal, existe regra suspensiva (ou impeditiva) que não permite a contagem de prazo prescricional (art. 197, inciso I, CC/02) entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal¹⁹.

Seria o Juízo de Família palco de uma revisitação de toda a biografia da entidade familiar para perquirição de todos os aborrecimentos e danos ao longo dos anos? Ou pior: nos casos de traição, dever-se-á denunciar a lide o terceiro ofensor para buscar, também dele, e em caráter solidário, uma indenização?

Deve-se anotar que a ocorrência de infidelidade, sem maiores repercussões ou outras contingências, não pode, por si só, ensejar o dever de reparar danos²⁰. O efeito atualmente admitido pela doutrina para a violação de deveres conjugais se circunscreve ao fim do relacionamento do casal por ruptura da vida em comum. Nada obstante, em situações de ocorrência de humilhações, com grave repercussão social, seria possível vislumbrar resposta diversa, desde que preenchidos todos os pressupostos do dever de indenizar.

Importante ressaltar que a existência de um filho fora do relacionamento não é, isoladamente, fundamento para uma pretensão indenizatória, pois não é função da responsabilidade civil servir de instrumento de represália de um integrante da entidade familiar contra o outro²¹.

17 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

18 TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Método, 2019, p. 853.

19 O tema não foi abordado em profundidade porque exigiria, por si só, um trabalho específico, diante de posições doutrinárias que consideram imprescritível qualquer violação a direito da personalidade. Além disso, seria necessário traçar a distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais, e suas espécies, o que foge aos objetivos do presente estudo.

20 CIVIL E PROCESSO CIVIL. FIM DE RELACIONAMENTO OU QUESTÕES FAMILIARES. INDENIZAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. INFIDELIDADE. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA HÁBIL A CONFIGURAR DANOS MORAIS. 1. Discussões e agressões recíprocas inerentes ao fim de relacionamentos ou questões familiares, fruto do ânimo acalourado entre as partes envolvidas, em regra, não ensejam à reparação por danos morais. Indenizações, nessas situações, apenas contribuiriam para acirrar os ânimos e impedir a pacificação das partes, função precípua da justiça. Apenas excepcionalidades devem ter a atenção necessária e a reparação devida. 2. A infidelidade, por si só, não gera indenização. Há que ocorrer uma situação extraordinária, que não foi trazida aos autos, porquanto as alegações e provas evidenciam sentimentos de raiva, não aceitação ou de perda, que não são hábeis a amparar o pleito inicial.

3. Apelo não provido. Honorários recursais fixados. (TJDFT - Acórdão 0030580-98.2015.8.07.0007, Relator(a): Des. Flavio Rostrirola, data de julgamento: 18/04/2018, data de publicação: 30/04/2018, 3ª Turma Cível).

21 Neste sentido: Apelação - Ação de Indenização por Danos Morais - Alegação de infidelidade - Exame de DNA que apontou não ser pai biológico do menor - Sentença de improcedência - Autor não comprovou que não houve rompimento entre o casal durante o relacionamento ou que tinha a Ré conhecimento da origem biológica da criança e, dolosamente, a tivesse omitido do Apelante - Eventual infidelidade, por si só, não dá ensejo à reparação por dano moral e, no caso, não há comprovação de que o Autor tenha sido submetido a humilhação ou constrangimento em decorrência do fato - Não

Sobre a possibilidade de eventual responsabilização de um terceiro, estranho aos cônjuges ou conviventes, deve-se anotar que a jurisprudência pátria não entende ser possível a imputação do dever de fidelidade a quem não participa do relacionamento.

Deve-se também indagar até onde vai a interferência do magistrado no âmbito familiar. Será que não estaríamos indo longe demais, diante da necessidade de proteção da privacidade e da vida privada?²² Atualmente é comum discutir se ainda deve ser considerada a máxima popular de que “em briga de marido e mulher...ninguém mete a colher...”.

Neste aspecto, dentro de uma perspectiva de um “direito de família mínimo”, Felipe Peixoto Braga Netto aduz que vivemos um período de valorização da autonomia privada, vale dizer, da autodeterminação das pessoas. Por esta razão, “qualquer ingerência estatal somente será legítima quanto tiver como fundamento a proteção dos sujeitos de direito, sobretudo dos vulneráveis, como a criança e o adolescente, bem como a pessoa idosa (a quem se dedica proteção integral)”²³ Neste sentido:

Os únicos motivos que devem prevalecer para manter duas pessoas unidas em laços familiares são o amor e o afeto. Caso esses venham a acabar (ou até mesmo se descubra depois que eles nem chegaram a existir efetivamente), não há mais por que se manter a união. Destarte, a falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de uma relação. Se não for assim, os nubentes (ou os companheiros de um modo geral) se tornarão “reféns de certos acontecimentos (os famigerados motivos justos), ficando aprisionados em relacionamentos de fachada”. Em respeito á intimidade de cada membro do casal, o Estado deve interferir minimamente em sua subjetividade, sob pena de acabar impondo mais uma vingança do que uma reparação propriamente dita²⁴.

Cabe aqui distinguir as situações de indenização por abandono afetivo, nas quais está em jogo um comportamento objetivamente aferível pelo magistrado (dever de cuidado) e de interesse de toda a comunidade, de situações de traição numa relação conjugal e a legítima (porém não pacífica) pretensão da vítima ao recebimento de indenização²⁵.

configuração do dano moral indenizável - Sentença mantida - Aplicação do RITJSP, art. 252 - Recurso improvido. (TJSP - Acórdão Apelação 1000366-73.2017.8.26.0439, Relator(a): Des. Luiz Antonio Costa, data de julgamento: 01/08/2018, data de publicação: 01/08/2018, 7ª Câmara de Direito Privado).

22 Imagine-se, por absurdo, pedido de aplicação de dispositivo criado especificamente para o campo negocial, nas relações de casamento: “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. Não há que se falar aqui em “investimento afetivo”, por exemplo, e pleitear que a possibilidade de divórcio seja adiada por determinação do magistrado.

23 BRAGA NETTO, Felipe. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 661.

24 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 939.

25 Apelação cível. Indenizatória. Danos Morais. Relacionamento amoroso. Alegação de traição que causou abalo psicológico. Família da ré que teria injuriado e difamado o autor publicamente. Reconvenção negando a suposta traição e afirmando diversas agressões físicas e verbais durante o relacionamento. Histórico de violência do autor contra anteriores namoradas. Dispensa do trabalho que na verdade decorreu de “corte geral” no trabalho. Há ação penal contra o autor onde está relatado crime de lesão corporal contra a autora, instruído com laudos e relatórios médicos que narram socos desferidos no rosto da ré, além de medidas protetivas, com denúncia recebida. Improcedência da ação e procedência da reconvenção para condenar o autor a indenizar a ré em R\$ 20.000,00 a título de danos morais. Infidelidade não configu-

E como ficariam as situações em que filhos que dependem economicamente dos pais acabam por causar-lhes danos físicos? Como garantir indenização nesses casos? Há de se refletir, portanto, se é possível resolver todos esses problemas com dinheiro. Nada obstante, no atual estágio de nosso desenvolvimento como garantir outra forma de compensação?

Neste ponto, não podemos perder de vista que existem outras eficácias que decorrem de ilícitos civis, que não se resumem no dever de indenizar ou ressarcir, podendo também compreender: “a) a autorização para a prática de certos atos pelo ofendido, b) a perda de certas situações jurídicas (direitos pretensões e ações) ou c) a neutralização da eficácia jurídica (não produção de efeitos jurídicos como sanção). E tudo isso projeta efeitos no direito de família.”²⁶

Se é difícil encontrar unanimidade na possibilidade de indenização por danos morais no Direito de Família²⁷, mesmo quando o julgador decide pelo caminho da reparação, ou melhor, pela compensação da violação injusta infligida à vítima, o assunto não resta menos tormentoso. Surge então o problema do receio de gerar enriquecimento sem causa, se é justo o receio, por consubstanciar perigo de situação que ofende a noção de justiça, igualmente ofensiva a circunstância de “não se satisfazer o interesse da vítima por conta de mero receio infundado e difuso”²⁸.

Há de se distinguir a pretensão a indenização em sentido estrito (*restitutio in integrum*), cuja tentativa de alcançá-la ocorre mediante pedido de reparação, do pleito de compensação pelos prejuízos verificados, situação na qual não se guarda perfeita equivalência com os danos, sobretudo por não guardar qualquer correspondência com eventuais valores patrimoniais igualmente violados. Distante da quantificação matemática, restamos o arbitramento do magistrado, exigindo-se uma demonstração clara e objetiva das razões do seu convencimento.

No meio de tantas indagações e incertezas, às vezes perdemos o foco da necessária proteção à vítima para sobrevalorizar o desejo de vingança contra o ofensor. Será que o melhor caminho não deve ser o da precaução, evitando-se a contaminação integral do direito das famílias num processo de precificação e estímulo ao lucro fácil?

ra dano moral. Não comprovado nexos causal entre eventual desentendimento com a autora, abalo psicológico do autor e sua dispensa do trabalho. Quanto à reconvenção, há robusta prova de violência física e verbal contra a ré. Danos morais cabíveis. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP - Acórdão Apelação 1012058-19.2017.8.26.0100, Relator(a): Des. Silvério da Silva, data de julgamento: 02/07/2018, data de publicação: 02/07/2018, 8ª Câmara de Direito Privado) 26 BRAGA NETTO, Felipe. *Novo Manual de Responsabilidade Civil*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 668.

27 APELAÇÃO CÍVEL. Ação pelo procedimento comum, com pedido de indenização por dano moral. Autor que alega extremo sofrimento e humilhação em virtude de divulgação em rede social de fotos íntimas que demonstrariam traição da ex-mulher, primeira ré, quando ainda eram casados, e de requerimento de medida protetiva por ela formulado, sob alegação de temer agressão do autor, que a teria injuriado. Rés que formulam pedido contraposto, pretendendo indenização pelo dano moral que alegam haver sofrido em virtude do ajuizamento da presente demanda. Sentença de improcedência de ambos os pedidos, com condenação das partes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, observada a gratuidade de justiça que lhes foi deferida. Inconformismo do autor, que insiste ter comprovado a traição da ex-mulher, bem como a divulgação das fotos, ainda na constância do casamento. Não comprovada a alegação de que estivesse o autor ainda casado com a primeira ré em outubro/novembro de 2015. Infidelidade que, ademais, por si só, não enseja a pretendida reparação pecuniária, conforme precedentes colacionados. Recurso adesivo das rés, que tampouco prospera, uma vez que não se verifica abuso do autor no exercício do seu direito de ação. RECURSOS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJRJ - Acórdão Apelação 0001727-77.2016.8.19.0050, Relator(a): Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira, data de julgamento: 14/11/2018, data de publicação: 14/11/2018, 10ª Câmara Cível) 28 Cf. VIANA, Ragner Limongeli Vianna. *A dignidade humana comporta indenização módica?* In NANNI, Giovanni Ettore (org.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo; Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008, p.445.

Considerações Finais

Apesar da inegável e importante contribuição que o movimento de constitucionalização propiciou ao estudo do Direito Civil, e dos avanços conquistados nos últimos anos em relação à proteção dos valores existenciais da pessoa humana, não podemos deixar de considerar que quando seus postulados são levados ao extremo, sem a adequada ponderação dos interesses em jogo, a legítima expectativa de sindicabilidade dos direitos fundamentais e sua efetiva concretização no campo social, podem propiciar o surgimento de soluções desprovidas de legitimidade pela ausência de preocupação de fundamentação das decisões judiciais, o que, em última instância, compromete a credibilidade do próprio sistema, por representarem um exarcebado decisionismo que não se coaduna com o verdadeiro espírito do movimento.

Assim, vale destacar preocupação de JOSÉ CASALTA NABAIS, que ressalta a necessidade de estudo e ponderação não apenas dos direitos conquistados, mas também dos deveres correspondentes:

Estou seguro de que o objecto, que eu escolhi para esta minha exposição, não está na moda nos tempos que correm. A bem dizer, não está na moda há muito tempo. Pois a linguagem politicamente correcta deste tempo, que é o nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica. E todavia, eu proponho-me falar-vos dos deveres e dos custos dos direitos. Isto é, da face oculta do estatuto constitucional do indivíduo. Face oculta que, como a face oculta da lua, não obstante não se ver, é absolutamente necessária para a compreensão correcta do lugar do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais ou dos direitos do homem²⁹.

No campo da responsabilidade civil nas relações familiares, deve-se evitar a polarização da discussão entre defensores irrestritos da possibilidade de ajuizamento de ações de indenização e os seus antagonistas, que negam qualquer possibilidade de compensação financeira sob o argumento principal de que não se deve monetarizar o amor. Neste sentido, vale destacar o entendimento de LUIS DIEZ-PICAZO:

...não é possível falar da total separação entre vida familiar e Direito e que é vão todo intento de desregulamentação completa desse setor, parece claro que temos que chegar à conclusão de que a posição acertada é a que ao princípio designávamos com a fórmula gráfica ou geométrica dos círculos secantes. Quer-se dizer que existem zonas da vida familiar que o Direito não cobre e regula e outras que abandona à espontaneidade dos comportamentos individuais ou a outro tipo de regras, menos rigorosas que as jurídicas.³⁰

29 NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade; Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 163-4.

30 A citação é uma tradução livre do pensamento de DIEZ-PICAZO, apresentado no livro *Familia y Derecho* (Madrid:

Por conseguinte, o compromisso do intérprete no mundo contemporâneo é buscar a funcionalização das estruturas jurídicas tradicionais de modo reflexivo, sem perder de vista que estas não se conformam integralmente aos modelos legais atualmente disponíveis, o que em nenhuma hipótese pode servir de argumento para afastar o jurista da construção de estruturas de resposta aos problemas concretos de nosso cotidiano.

Um bom exemplo disso é apresentado por MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

Em relação à violação daquilo que não pode ser considerado um direito subjetivo, nem uma faculdade, tampouco um poder-dever – isto é, nenhuma categoria preconcebida do direito civil lhe serve de vestimenta –, a solidariedade, no entanto, pode dizer-se fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização: ela abrangeria os danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas, desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge até a violência sexual praticada contra filha menor, do descumprimento da pensão alimentícia de filho, do não-reconhecimento voluntário de filho, ou a criação de dificuldades a esse reconhecimento, à falta de visitação...³¹.

Certamente o caminho passa por um diálogo das fontes, a partir da análise das circunstâncias particulares do caso, mas este diálogo é *interdisciplinar*, focado na *prevenção* e no emprego de medidas alternativas de solução de conflitos, não apenas na repressão.

Referências

BRAGA NETTO, Felipe. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. Salvador: Juspodivm, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CORTIANO JR, Eroulths (org.) *et alii*. **Apontamentos críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**; Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Civitas, 1984, p. 29) e foi extraída da nota de rodapé nº 4 do artigo “Conjugalidade: possíveis intersecções entre economia, política e o amor” elaborado por Marcos Alves da Silva, Silvana Maria Carbonera e Tatiana Wagner Lauand de Paula, publicado no livro **Apontamentos críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**, p. 233-62.

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Solidariedade*. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 256-7.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 23 dez. 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**; Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore (org.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**; Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais orientadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. **Famílias sem Casamento:** De relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Mitos e rupturas no Direito Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Método, 2019

OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS ENTRE EX-CÔNJUGES E COMPANHEIROS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEO

MAURÍCIO ALBAGLI OLIVEIRA

Juiz de Direito no Estado da Bahia. Pós-graduado em Direito Civil pela Escola de Magistrados da Bahia e pelo Curso JusPodivum. Mestrando em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO

Este artigo objetiva a análise, por meio de revisão de literatura e cotejo da jurisprudência, dos pressupostos da concessão de prestação alimentícia entre ex-cônjuges e ex-companheiros. Os alimentandos, nestas condições, podem se beneficiar dos alimentos naturais, que são aqueles destinados a prover suas despesas básicas, como alimentação, saúde, vestuário e habitação, ou de alimentos civis, que devem lhe proporcionar situação compatível com a posição social ostentada. Sob a égide do Código Civil de 2002, persistiu a norma legal tendente à punição do culpado pela separação do casal, a quem cabe apenas alimentos naturais, aqueles indispensáveis à sobrevivência, pagos pelo ex-cônjuge, se não houver parentes daquele em condições de prestá-los. A perquirição da culpa, a influenciar na prestação alimentícia, também é aplicada às uniões estáveis, por analogia às regras atinentes ao casamento. A Emenda Constitucional nº 66, de 13/07/2010, não aboliu a separação judicial no sistema jurídico brasileiro, consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e a visão majoritária dos Tribunais Estaduais, estando o instituto, contudo, em claro desuso. O ex-cônjuge ou companheiro deve conceder alimentos ao ex-consorte de forma a garantir apenas o indispensável à vida deste com dignidade, ainda que lhe advenha declínio no padrão de vida. A prestação alimentícia a ex-cônjuges e ex-companheiros só tem lugar em casos excepcionais, quando o ex-esposo(a), em razão da idade ou estado de saúde, não apresentar condições de garantir o próprio sustento. Mostra-se judiciosa, principalmente no caso de jovens, a fixação de alimentos por tempo certo, a fim de que, neste período, possa o alimentando, afastado do mercado de trabalho no decorrer da união, voltar ao mercado de trabalho, de maneira a assegurar sua manutenção. A pensão vitalícia a ex-cônjuge ou companheiro somente deve ser sustentada em circunstâncias excepcionais. Após o divórcio, não é mais cabível alimentos entre ex-cônjuges, devendo o necessitado buscar socorro entre os parentes, exigindo-lhes a prestação em conformidade com a norma do art. 1.694, do Código Civil.

1. Introdução

O escopo deste trabalho é a definição do cabimento da prestação alimentícia entre os ex-cônjuges e ex-companheiros, como sucedâneo do dever de assistência mútua que lhes toca no curso da união marital.

Para tanto, serão enfocados entendimentos doutrinários jurisprudenciais em derredor da matéria, como a influência da culpa na fixação do quantum da prestação, inclusive

em relação ao companheirismo, a fixação de alimentos por tempo certo, e a possibilidade de estabelecimento da obrigação após a decretação do divórcio, entre outros temas palpitantes, todos esquadrihados à luz do Direito das Famílias contemporâneo.

2. O modelo da união estável no novo Direito das Famílias

O Código Civil/2002 modelou a união estável como sendo a relação configurada na convivência entre o homem e a mulher pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.¹

A norma é praticamente uma repetição daquela inserta no art. 1º da Lei nº 9.278, de 10/05/1996², que assim definiu a união estável: “É reconhecida com entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Marco Aurélio S. Viana (1999, p. 95) conceitua união estável como “a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando a constituição de família.”

Evidenciam a união estável o caráter público e contínuo da relação, a estabilidade da união, a fidelidade, a convivência sob o mesmo teto, o *affectio maritalis*, a formação de prole e, significativamente, o escopo de constituição de um núcleo familiar.

Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 540-551) enumera, como pressupostos subjetivos e objetivos de caracterização da união estável: a) a *convivência more uxorio*, ou seja, uma comunhão de vidas, nos sentidos material e imaterial, envolvendo a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, entre outros; b) o *affectio maritalis*, que é o ânimo, a intenção, o propósito de constituição de uma família, além do afeto; c) a *notoriedade*, que é a necessidade dos companheiros se apresentarem à coletividade como marido e mulher; d) *estabilidade ou duração prolongada*, ou seja, que a relação se prolongue por um tempo razoável para caracterizar-se como uma entidade familiar, muito embora não haja prazo mínimo fixado em lei; e) *continuidade*, já que, ao contrário do casamento, que é formalmente documentado, a união estável é um fato jurídico, sendo que a instabilidade causada por constantes rupturas da convivência do casal pode provocar insegurança a terceiros; e f) *inexistência de impedimentos matrimoniais*, previstos no art. 1.521, do Código Civil, não se aplicando o impedimento do inc. VI, do dispositivo, no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Entretanto – pondera Rodrigo da Cunha Pereira (2002, p. 226-228) – a falta de um destes elementos não descaracteriza a união estável, devendo ser analisado cada caso, diante do conceito mais aberto e elástico imposto na nova regra. “O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família”, assinala o civilista.

A convivência sob o mesmo teto é um forte traço delineador da união estável, revelando comunhão de vida e esforços. Todavia, diante da vastidão dos arranjos familiares modernos, a ausência deste elemento não é o bastante para desqualificar a união estável, se presentes os outros pressupostos objetivos e subjetivos de sua existência.

¹ Código Civil, art. 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

² Esta Lei, objetivando regulamentar o § 3 do art. 226, da Constituição Federal, criou um regime de condomínio em relação aos bens adquiridos, a título oneroso, na constância da união (art. 5º); revigorou o direito a alimentos no caso de dissolução da entidade familiar (art. 7º); e estabeleceu o direito real de habitação no caso de extinção da relação pela morte de um dos companheiros.

Assim, não caracterizam a união estável os namoros, ainda que longos, sem o desiderato de constituição de família, as relações furtivas, paralelas, circunstanciais e passageiras.

O novo estatuto civil também veda o reconhecimento da união estável se ocorrerem as causas que impedem o casamento (arroladas no art. 1.521), exceto se o convivente estiver separado judicialmente ou de fato, caso em que a sociedade conjugal somente existe no plano formal (art. 1.723, § 1º).

3. Obrigação alimentar na separação: persistência da perquirição da culpa para a definição dos alimentos

Na constância da relação marital, a mútua assistência se efetiva com a satisfação das despesas com a manutenção da família, a cargo de ambos os cônjuges, na proporção de seus recursos.

A obrigação alimentar entre ex-cônjuges, por sua vez, decorre deste dever de mútua assistência, nascendo tal *obligatio* com a extinção da união matrimonial, concomitantemente com o desaparecimento do aludido dever familiar.

O Código Civil de 1916, seguindo as concepções patriarcais e individualistas da época, arrolava (art. 231) a mútua assistência como um dos deveres do casamento. Entretanto, impunha somente ao marido a obrigação alimentar decorrente do desquite, em favor da mulher inocente e pobre, assim reconhecida na ação própria (art. 320, revogado pela Lei nº 6.515, de 26/12/1977 - Lei do Divórcio).

Sob o império da nova ordem constitucional, que outorgou tratamento isonômico ao homem e à mulher no âmbito da sociedade conjugal (CF/1988, art. 226, § 5º), o *Codex* de 2002 regrou a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges na comunhão plena de vida inerente ao casamento.

No regime do Código Civil de 1916, o casamento não se dissolvia com o desquite, mas somente com sua anulação ou em face da morte de um dos cônjuges, permanecendo então o dever assistencial sob enfoque, daí porque o diploma regulamentava apenas os alimentos entre parentes.

Vigorando a partir de 1977, a Lei do Divórcio instituiu a obrigação alimentar do cônjuge (não mais só do marido) responsável pela separação judicial.

Deste modo, aquele que incorresse em conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, era obrigado a pensionar o ex-cônjuge, tido como inocente no fim da relação matrimonial, discutindo-se a questão na ação de separação judicial do casal (art. 2º da Lei do Divórcio).

Interpretando-se a norma do art. 19, da Lei do Divórcio, era de rigor a conclusão de que apenas o cônjuge não responsável pelo fim do casamento poderia se beneficiar de pensão alimentícia paga pelo consorte.³

Assim, os alimentos devidos pelo ex-cônjuge, sucedâneo do dever de sustento ínsito ao casamento, revestiam-se do caráter punitivo-indenizatório, pois eram impostos, em favor do consorte inocente, em detrimento do cônjuge culpado pela dissolução da união marital.

Mas a Lei Divorcista não disciplinava os casos em que não era possível apurar o culpado pelo rompimento da vida em comum, e as hipóteses em que os cônjuges incidiam concorrentemente na culpa pela extinção da sociedade conjugal.

³ Ante a disposição do art. 26, da Lei do Divórcio, Yussef Sahid Cahali (1998, p. 382) pontuava que o cônjuge responsável pela separação era o autor da ação ou o culpado pelo desfazimento do vínculo.

Sobrevieram, então, as normas dos arts. 1.694, § 1º, e 1.704, parágrafo único, do Código Civil, fazendo a distinção entre os alimentos naturais e os alimentos civis, preenchendo-se, deste modo, o vácuo legislativo quanto à disciplina da questão.

Assentou-se na nova codificação a distinção, já antevista pela Doutrina pátria, entre os alimentos suficientes para viver de modo compatível com a posição social (civis), e os alimentos fixados para garantir apenas o indispensável à sobrevivência.

Da norma do art. 1.694, *caput*, do novo Código Civil, extraem-se elementos para conceituação e diferenciação dos alimentos civis (ou cônjugos) e dos alimentos naturais (ou necessários). Eis o teor do citado dispositivo:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º. Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

O novo Código Civil volta a sugerir a diferença entre os alimentos naturais e civis ao prescrever, no art. 1704, parágrafo único: “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.”

Daí que é possível conceituar-se os alimentos naturais como aqueles destinados tão somente a prover as despesas básicas e essenciais do alimentando (*necessarium vitae*), abrangendo, conforme o entendimento de Belmiro Pedro Welter (2004, p. 29-30), alimentação, saúde, vestuário e habitação.

Já os alimentos civis (*necessarium personae*) devem garantir situação confortável para o beneficiário, compatível com sua condição social, englobando outras necessidades, como as intelectuais e morais, “ou seja, educação, instrução, assistência e recreação” (DINIZ, 2006, p. 567), sendo aqueles “taxados segundo os haveres e qualidades das pessoas” (CAHALI, 1998, p. 21).

Borges Carneiro (apud RODRIGUES, 1999, p. 366) referia-se à prestação de alimentos civis como a tendente a conceder-se “um tratamento correspondente aos bens e qualidades do alimentante”. Todavia – ressalta Euclides de Oliveira (2005, p. 279) – o objetivo dos alimentos civis “é o de proporcionar condições de vida digna à pessoa carente de recursos, sob critérios da moderação, uma vez que não se concebe prestação alimentícia para acudir gastos com suntuosidade, luxo ou supérfluos.”⁴

Portanto, a prestação dos alimentos naturais deve propiciar ao alimentário apenas os recursos idôneos a garantir sua sobrevivência ou a subsistência, não importando na preservação da qualidade de vida até então desfrutada.

Assim é que, na sistemática traçada pelo novo diploma civil, o cônjuge culpado pela separação do casal tem direito a alimentos, porém no patamar exclusivamente suficiente para

⁴ Santiago Dantas (apud OLIVEIRA, 1999, p. 16) prelecionava que “o alimentário pode precisar de muito ou de pouco alimento, mas em todo caso, nunca as necessidades do alimentário poderão atingir o nível do supérfluo”, não se podendo pretender que a prestação alimentícia “venha a constituir em outra coisa senão em alimento propriamente dito, abrigo e vestuário, e, quando se trate de uma pessoa que ainda está em época de aprender um ofício, educação.

propiciar-lhe a sobrevivência, ou seja, para garantir-lhe as despesas com alimentação, saúde, vestuário e habitação.

Portanto, persistiu a intenção do legislador do novel Código de punir o culpado pela separação, contrariando-se a tendência do Direito Civil moderno de garantir-se a pensão alimentícia ao ex-cônjuge que não tenha condições de assegurar o próprio sustento, paga pelo ex-consorte, independentemente da perquirição acerca da culpa pela ruptura do matrimônio, situação de difícil prova em juízo.⁵

Note-se que, segundo a inteligência do regramento do art. 1.704, do Código Civil, no caso em que o cônjuge pleiteante de alimentos for declarado culpado na ação de separação, o ex-consorte alimentante passa a ocupar posição secundária na ordem de responsabilidade alimentar, somente vindo a ser impelido ao pensionamento se a tanto não tiverem condições todos os parentes do ex-esposo ou esposa obrigados.

Belmiro Pedro Welter (2004, p. 141-142) aponta com percuciência as seguintes condições que – cumulativamente presentes – ensejam o pagamento de pensão alimentícia entre ex-cônjuges após a separação judicial, na hipótese de reconhecimento da culpa do alimentário: 1) os alimentos devem ser postulados até a decretação do divórcio do casal; 2) deve o cônjuge culpado prova a necessidade dos alimentos, sendo que, se o cônjuge culpado tiver um mínimo de renda, como um salário mínimo mensal, “não estará em estado de necessidade alimentar”; 3) o cônjuge culpado deve provar que seus parentes “não possuem, conjuntamente, condições financeiras de pagar um salário mínimo mensal de pensão alimentícia”; 4) o postulante deve comprovar que não tem aptidão (física, técnica, intelectual e moral) para o labor, não servindo a dificuldade de empregar-se, visto que a Lei (Código Civil, art. 1.704, parágrafo único) refere-se à *falta de aptidão física para o trabalho*; 5) o alimentante deve estar em condições de pagar a pensão, depois de garantir aos filhos e demais parentes o padrão de vida compatível com sua condição social.

Noutro vértice, tratando-se de separação em decorrência da causa objetiva (Código Civil, art. 1.572, § 1º), ou seja, da ruptura da vida em comum por mais de um ano, com impossibilidade de reconstrução, ou nas situações de doença mental grave do cônjuge (§ 2º), a pensão é arbitrada de acordo com a norma do art. 1.704, *caput*, vale dizer, tendo em foco garantir a condição social ostentada pelo cônjuge-alimentário, regra esta que é abrandada pela jurisprudência, como se verá a seguir.

A Emenda Constitucional nº 66, de 13/07/2010, alterou o art. 226, §6º, da Constituição Federal, excluindo a exigência da prévia separação judicial ou da separação de fato por dois anos para a decretação do divórcio do casal.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2016, p. 63) sustentam que a nova disciplina constitucional do divórcio causa a extinção do instituto da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, seja pela revogação tácita da lei no confronto com a nova norma da CF, seja pela inconstitucionalidade superveniente com a perda de norma validante, sendo este último o entendimento ao qual se filiam.

Em sentido contrário posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça:

⁵ Belmiro Pedro Welter (2004, p. 136) destaca que “o critério de aferição da culpa, para a concessão ou não de alimentos, vai cedendo espaço para a não culpa ou, conforme a dicção legal, necessidade de alimentos.” Assim se dá no Direito de Família argentino, em que “qualquer dos esposos, haja ou não declaração de culpabilidade na sentença de separação judicial, tem direito a que o outro, se tiver meios, forneça o necessário para sua subsistência (art. 209 do Código Civil argentino).

DIVÓRCIO DIRETO – SEPARAÇÃO JUDICIAL – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 – “Recurso especial. Direito civil. Família. Emenda Constitucional nº 66/2010. Divórcio direto. Separação judicial. Subsistência. 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1.571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1.571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. 3. Recurso especial provido.” (Quarta Turma, Recurso Especial nº 1.247.098 (2011/0074787-0), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 16.05.2017, p. 971).

Apresentando um panorama da jurisprudência, Leonardo Farias Beraldo (2017, p. 78-79) afirma que atualmente há duas correntes no TJMG quanto à subsistência do instituto da separação no direito pátrio. No tribunal fluminense, “a maioria esmagadora dos julgados encontrados (para não dizer a unanimidade) é no sentido de a EC nº 66 apenas eliminou os requisitos para o divórcio, sendo facultado o uso da separação”. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a convicção é unânime no sentido da subsistência da separação judicial, orientando-se no sentido diametralmente oposto a justiça do Estado de São Paulo.

De todo modo, a partir da entrada em vigor da reportada alteração da Constituição Federal, o instituto da separação judicial caiu em desuso no nosso sistema jurídico como causa de extinção da sociedade conjugal. Consoante a nova sistemática constitucional, a sociedade conjugal e o casamento podem ser dissolvidos pelo divórcio, não sendo veiculado pelo legislador constitucional reformador qualquer requisito para o deferimento do pleito, como o decurso de tempo da celebração do casamento ou da separação de fato do casal, ou qualquer das causas que antes impediam o acolhimento do pedido, conhecidas como cláusulas de dureza.

Entretanto, muito embora a importância do instituto da separação judicial tenha se esvaziado no Direito de Família, subsiste relativa relevância da discussão acerca da culpa pelo fim da relação matrimonial e sua influência na fixação do *quantum* da prestação alimentícia devida pelo ex-cônjuge, em relação a situações consolidadas antes do advento da mudança constitucional reportada.

3.1 A influência da culpa na união estável

O direito a alimentos entre companheiros foi contemplado na regra geral do art. 1.694, do Código Civil, na qual são também enumerados os cônjuges e os parentes.

Antes disto, regulamentando a matéria, a Lei nº 8.971, de 29/12/1994, estabeleceu a obrigação alimentar do convivente independentemente da perquirição acerca da culpa pelo rompimento da união.

Certo é que, ao estabelecer as hipóteses de obrigação a alimentos naturais nos casos de culpa do alimentário, o Código Civil/2002 não se reportou aos companheiros, mas tão somente aos cônjuges.

Daí que se verificou no ordenamento jurídico uma situação de incômoda desigualdade entre o cônjuge e o companheiro, já que este passou a fazer jus à pensão alimentícia mesmo sendo o culpado pelo desfazimento da relação, enquanto apenas ao cônjuge inocente, na separação, é dado pleitear o mesmo direito.

Esta discrepância na disciplina dos direitos e obrigações concernentes às duas espécies de família, às quais a Carta da República ordenou tratamento isonômico, conduziu os civilistas, como já era de se esperar, a antagonizarem-se em duas linhas de intelecção.

A primeira inclina-se no sentido de que regramento do art. 1.704, do Código Civil estende-se analogicamente à união estável; a outra sustenta que não se podendo averiguar culpa para fins de fixar alimentos entre companheiros, o mesmo deve ocorrer no que se refere aos cônjuges, sustentando-se, assim, a absoluta ineficácia da norma.

O entendimento de que se descartou a relevância da culpa no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à questão alimentar, já havia sido esposado por parte da doutrina por ocasião da edição da Lei nº 8.971, de 29/12/1994, que de igual modo não previu a culpa como causa de perda do direito do ex-convivente a alimentos.⁶

Visualizando afronta ao princípio da isonomia que toca às duas entidades familiares, Maria Berenice Dias (2005, p.178) propõe o fim da distinção operada pela norma legal em comento, traçando a seguinte solução para a problemática:

Tais previsões legais, por ensejarem redução de alimentos, sendo excludentes de direitos, merecem interpretação restritiva. Como a lei não impõe limitações quantitativas ao valor dos alimentos na união estável, não pode estar sujeita a tais restrições a obrigação decorrente da relação de casamento. Tanto os cônjuges quanto os conviventes não estão condicionados à identificação de culpa ou de inocência, quer de quem necessita de alimentos, quer de quem deve pagar alimentos. É necessário subtrair toda e qualquer referência de ordem motivacional sobre o desenlace do vínculo afetivo, tanto para deferir alimentos, como para quantificar o seu valor. Assim no casamento como na união estável, sendo o cônjuge ou o convivente desprovido de recursos, ou outro pagar-lhe-á a pensão alimentícia. Mais uma vez, a solução é invocar os princípios da igualdade e simplesmente não condicionar o *quantum* alimentar à conduta culposa do cônjuge.

Também se orientaram neste sentido Luiz Felipe Brasil Santos (Apud Azambuja, 2006, p. 180) e Gustavo Tepedino (2006, p. 441), tendo este último salientado que “não é de admitir a incidência dos efeitos da culpa na união estável, principalmente considerando que nenhum dos artigos do Código Civil que tratam da matéria (arts. 1.723 a 1.727) fez qualquer menção à extensão do ‘estatuto da culpa’ para a união estável”.

Assinale-se, contudo, que parece ser mais coerente com os princípios hermenêuticos a vertente doutrinária que sugere a aplicação analógica, nos casos de união estável, da regra disciplinadora dos alimentos entre cônjuges, colocando-se em situação jurídica idêntica as duas relações familiares, preterindo-se, desta forma, a opção exegética de se desconsiderar

⁶ O reportado diploma legal regulou “o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e dispôs, no seu art. 1º: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”

por completo a vontade da lei, que claramente imprime importância à discussão da culpa pelo fim da união, a influenciar no estabelecimento da obrigação alimentar.

Tecendo comentários sobre a problemática, Sérgio Gischkow Pereira (2005, p. 42-44) posiciona-se no sentido da aplicação analógica das regras do casamento na união estável, já que “por mais que não agrada, a culpa impregna repetidamente o regramento da matéria alimentar.” Após manifestar-se, fazendo coro com a doutrina moderna, pela eliminação da culpa do ordenamento jurídico da família, pondera o professor que “o direito brasileiro insiste em mantê-la na lei federal e cumpre ao intérprete e aplicador acatar esta opção legislativa”, dado que “não há como desobedecer ao direito positivo, criando uma contradição axiológica intolerável.”

Nesta senda, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2005, p. 355-356) sustenta que o preceito do art. 1.704, do Código Civil, “deverá ser aplicado aos companheiros a despeito da literalidade do texto, pois do contrário poderia se reconhecer mais direitos aos companheiros do que aos casados, o que logicamente contrariaria o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal”. Adiante, o jurista parte em defesa do (relapso) legislador do novo Código, ponderando que “A omissão normativa a respeito dos companheiros quanto à possibilidade de se pleitear alimentos se deve, à evidência, à circunstância do texto original do Projeto do Novo Código Civil não haver contemplado o companheirismo como instituto do Direito de Família” (GAMA, 2005, p. 365).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (1999, p. 619) socorrem-se no dispositivo do art. 1.694, 2º, do Código, para encontrar coerência no ordenamento, asseverando que, ante o comando de tal norma, o legislador também autorizou a minoração do valor da pensão alimentícia no caso de reconhecimento de culpa na união estável.

Note-se que tal regra refere-se à culpa do alimentando pela situação de necessidade (ex. agir de forma perdulária), e não à culpa pela extinção da relação marital. Contudo, a interpretação que elastece seu alcance, de modo a considerá-la aplicável aos casos de culpa pelo rompimento da união estável, mostra-se judiciosa e consentânea com o tratamento isonômico dado pela Lei Maior aos dois arranjos familiares sob análise, visando-se a harmonia no sistema jurídico-familiar.

4. Parâmetros para a fixação do *quantum* da obrigação

Mesmo que detenha considerável poderio financeiro, o ex-cônjuge alimentante (assim como o/a ex-companheiro/a) não pode ser compelido a conceder ao antigo consorte pensão alimentícia que suplante o indispensável à vida deste com dignidade, ainda que haja declínio do padrão de vida do ex-esposo(a), que deve, portanto, adaptar-se a nova situação econômica doméstica, bem diversa daquela vivenciada no núcleo familiar desfeito.

Os alimentos não servem para manter o mesmo *status* social havido durante a constância da sociedade conjugal ou da união estável, à medida que, com a dissolução dessas entidades familiares, ocorrem, por exemplo, as seguintes modificações na vida dos ex-consortes e de seus filhos: a) separação do casal; b) fragmentação da família; c) destruição do castelo de sonhos; d) afastamento dos filhos dos pais; e) partilha do patrimônio; f) divisão da mesma renda em, pelo menos, duas partes; g) desfazimento do vínculo psicológico; e h) (re) fundação de nova família (FARIAS, 2005, p. 29).

Assim, o fim da relação quase sempre implica diminuição das condições financeiras para os ex-cônjuges ou companheiros, dado que um núcleo familiar se transmuda em dois, duplicando-se daí as despesas fixas a ser satisfeitas com a mesma renda que detinha o casal,

sendo então inevitável a queda do padrão de vida dos antigos consortes. Deste modo, ao aquilatar a possibilidade financeira do alimentando em casos como tais, sobretudo em situações das famílias posicionadas na denominada classe média, deve o julgador sensibilizar-se com a nova realidade econômica surgida a partir da fragmentação da entidade familiar, verificando a viabilidade de manutenção do *status* usufruído antes da ruptura do núcleo.

O ex-cônjuge deve, portanto, integrar-se à nova realidade advinda do rompimento da vida em comum, que dificilmente permite a manutenção do *status* experimentado no curso da união marital, consequência da divisão do patrimônio comum e geração de despesas ordinárias e fixas de dois núcleos familiares, e não mais de um só.⁷

De outra parte, no caso das famílias mais abastadas, é certo que, ocorrida a ruptura da vida em comum, o cônjuge ou companheiro alimentando não se torna automaticamente um sócio do ex-consorte, abischoitando um percentual dos rendimentos auferidos por este, seja lá qual for o patamar. Desta forma, o montante da pensão alimentícia deve ser delimitado pelo parâmetro da *necessidade*, não devendo ultrapassar o *quantum* que garanta à manutenção da condição social do beneficiário, mesmo que o poderio financeiro do alimentante seja muito mais elevado.

Expondo uma visão peculiar sobre a temática, Marco Túlio Murano Garcia (2010, p. 109) sustenta que os alimentos devem ser fixados de modo a assegurar o necessário a que o credor viva de modo compatível com sua condição social, e não com a condição de seu consorte, ainda que o padrão de vida do cônjuge tenha sido também o seu na constância do casamento. Deste modo – enfatiza – evita-se que o casamento seja convolado em fonte de enriquecimento ilícito, o que ocorreria se fosse assegurada ao cônjuge necessitado pensão flagrantemente exagerada para a condição social ostentada antes do casamento.

A solução preconizada pelo jurista afigura-se sobremodo judiciosa nos casos de relações maritais de curtíssima duração, situações em que o cônjuge alimentando experimentou por breve espaço de tempo o *status* do consorte, advindo em seguida o rompimento da união.

A pensão alimentícia, nestas circunstâncias, deve ser estipulada segundo a condição social do alimentando ostentada no período da vida em que foi solteiro, aferindo-se nesta fase duradoura o seu nível socioeconômico, e não aquele experimentado de forma fugaz na constância do matrimônio.

O *quantum* da prestação também pode ser reduzido se o estado de necessidade do alimentando decorreu de ato culposo de sua responsabilidade, dado que a norma do art. 1.694, § 2º, do Código Civil, aplica-se tanto aos casos de alimentos entre parentes quanto entre cônjuges e companheiros.

5. Necessidade do cônjuge/companheiro

Os alimentos não devem servir ao empobrecimento ou enriquecimento indevidos, dado que cada um dos ex-consortes deve buscar, por suas próprias forças, os meios que garantam sua sobrevivência.

Deveras, ressoa de fácil assimilação que uma pessoa adulta somente poderá fazer jus à pensão alimentícia se evidenciar que, por algum motivo, como enfermidade ou velhice,

⁷ No Projeto de Lei nº 6960/2002 propõe-se a exclusão das expressões “inclusive para atender às necessidades de sua educação” e “viver de modo compatível com sua dignidade”, do art. 1.694, do Código Civil, passando o citado dispositivo a ter a seguinte redação: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros alimentos de que necessitem para viver com dignidade.”

não tem condições de prover o próprio sustento. Anota Yussef Cahali (1998, p. 31) que o indivíduo desenvolvido deve, em regra, procurar por si a conservação da própria existência, buscando a realização de seu aperfeiçoamento moral e espiritual com seu próprio esforço, a não ser que, diante de certas circunstâncias, momentâneas ou permanentes, como idade avançada, doença ou inabilitação para o trabalho, demonstre não estar capacitado para ganhar os meios de sobrevivência.

Não se constata como viável, nesta ordem de ideias, que pessoa jovem, sadia e apta para o trabalho possa, com a chancela judicial, escorar-se em parentes ou no ex-cônjuge ou companheiro, o que estimularia ao *parasitismo*, situação que, a toda evidência, deve ser repudiada pelo Direito.

Bem por isto que, em lide travada entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, deve o magistrado cercar-se de cautelas ao analisar o pleito de fixação de alimentos provisórios, formulado nos moldes previstos no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 5.478, de 25/07/1968.

Assim porque, ao contrário do que ocorre com o caso dos filhos menores, quando a necessidade é presumida, o cônjuge alimentando pode omitir o exercício de ocupação laboral, ou de percepção de renda, motivando-se o pagamento de pensão indevidamente até que perfeito o contraditório.

É certo que, se a mulher tiver idade avançada, e evidenciar-se que passou toda a vida conjugal dedicada ao lar, sem executar qualquer atividade laborativa, revela-se plausível o pensionamento, mormente nos casos em que o marido a estimulava a ater-se apenas às tarefas de casa (o exemplo, obviamente, também é válido trocando as posições dos consortes). Neste sentido:

Alimentos. Dependência econômica. Mulher inocente. A apelante representa aquele tipo de esposa que cumpre, com irresignação, o destino traçado pelo próprio marido dominador, dedicando-se por completo ao governo do lar e a criação dos filhos, por mais de vinte anos. Este costume enraizado na cultura do nosso povo impede que a mulher encontre o caminho da auto-independência financeira, um acontecimento que repercute no momento de ser analisado o cabimento dos alimentos quando da separação ou divórcio. O tempo passa rapidamente e diminui sensivelmente as chances da mulher madura e sem experiência ou curso profissionalizante de competir no mercado de trabalho com jovens mais capacitadas, quando abandonada pelo marido, como ocorreu com a apelante. É uma consequência do estado de dependência econômica que o marido estimulou durante a fase fértil do casamento. Em casos assim e para manter o status de dignidade da mulher separada ou divorciada, é jurídico mantê-la pensionada, pois nem sequer residência própria conta na atualidade para habilitar (...) TJSP, AC 199.707-4/0, 3a Cam. D. Privado, v.u., Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 11/09/2001.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 612/613) ponderam que, dando-se um sentido garantista ao tratamento igualitário entre homens e mulheres, há que se analisar o caso concreto, observando-se a educação, a cultura, e os projetos de vida que os consortes arquitetaram, dado que, hodiernamente, além de famílias sustentadas pelo labor da mulher, não é raro encontrar, noutro lado, em especial nas cidades interioranas, mulheres que

restringem o seu cotidiano às múltiplas atividades domésticas, por força de acordo, expresso ou tácito, do casal. Desta forma, não se pode tolerar, na fixação da pensão alimentícia, “uma paternal condescendência, nem tampouco um extremado rigor, no arbitramento alimentar entre os cônjuges.”

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2005, p. 321) traz à baila antiga orientação doutrinária segundo a qual o credor de alimentos não poderia ser impelido a realizar atividades laborativas incompatíveis com sua educação e posição social. Todavia, lembra o jurista que hoje este quadro se acha alterado, uma vez que:

Atualmente, diante das próprias transformações políticas, sociais e econômicas ocorridas, é forçoso reconhecer que os fatores que podem levar o juiz a se convencer sobre a impossibilidade da pessoa trabalhar não mais devem se relacionar às questões de educação e *status* social, mas sim às aptidões e condições particulares e peculiares de cada pessoa, como por exemplo sua idade, seu estado de saúde, entre outros.

Assim, não é cabível conceder-se pensão alimentícia a pessoa que goza de plenas condições físicas e psíquicas para o trabalho, sobretudo se for jovem, apenas porque alega a *necessidade* dos alimentos, sob pena de se promover o indesejável *parasitismo*, circunstância que não se coaduna com a utilidade do importante instituto jurídico universal dos alimentos.

6. Pertinência da fixação de alimentos transitórios

Ante o atual quadro de participação ativa da mulher no mercado de trabalho, afigura-se pertinente, a depender da situação concreta, a concessão ao ex-cônjuge de pensão alimentícia com prazo certo de extinção, a fim de que ele possa, neste período, inserir-se ou retornar ao mercado de trabalho.

O estabelecimento de alimentos transitórios tem lugar, por exemplo, no caso da ex-esposa, jovem, com curso superior, que abandonou o emprego para dedicar-se à família e que dispõe de qualificação profissional suficiente para arranjar ocupação rentável, finda a relação marital. Em casos como tais, o beneficiário corre contra o tempo para inserir-se no mercado de trabalho, o que enseja um desestímulo à ociosidade, “consequência natural do pensionamento sem data prevista para acabar, em que o alimentando geralmente não se vê compelido a batalhar pelo próprio sustento, por estar ciente de que a pensão será prestada enquanto dela necessitar.” (BOECKEL, 2007, p. 48).

Deveras, a pertinência desta modalidade de pensão alimentícia se revela uma vez que, desde o seu estabelecimento, por acordo ou judicialmente, estipula-se o *dies ad quem* de vigência da obrigação (termo final), de maneira que o beneficiário fica de logo ciente do tempo que dispõe para obter outro meio de subsistência, não podendo, assim, procrastinar maliciosamente este período. Nesta linha de pensamento, findo o prazo de pensionamento, a obrigação se extingue sem necessidade de propositura de ação exonetatória, e “não se deve mais perquirir se o alimentando está ou não com necessidade, uma vez que haverá presunção de que ele já deveria ter conseguido se reerguer sozinho e com aqueles alimentos temporários” (BERALDO, 2017, p. 59)

Em trabalho específico sobre a questão, o magistrado Marco Aurélio Gastaldi Buzzi (2009, p. 113-114) discorre que, no atual quadro da vida moderna, da liberação dos costumes,

da emancipação e novas conquistas da mulher no mercado de trabalho, ora ocupando funções antes restritas aos homens, não mais se justifica concessão de assistência material vitalícia a ex-cônjuges, que devem capacitar-se para obter recursos necessários à própria subsistência.

Confira-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

1. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento que os alimentos devidos entre ex-cônjuges têm caráter excepcional e transitório, salvo quando presentes particularidades que justifiquem a prorrogação da obrigação, tais como a incapacidade laborativa, a impossibilidade de inserção no mercado de trabalho ou de adquirir autonomia financeira. 1.1. No caso dos autos, o Tribunal de origem, após análise do conjunto probatório e interpretando os termos do acordo firmado entre as partes, verificou ser devida a manutenção dos alimentos. Incidência das Súmulas 5/STJ e 7/STJ.

2. A falta do cotejo analítico dos acórdãos considerados dissonantes, nos moldes previstos pelos artigos 1.029, § 1º, do CPC/15 e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, impede a análise do reclamo, ante a impossibilidade de avaliar se a solução encontrada pelo decisum recorrido e o paradigma apontado como divergente teve por base as mesmas premissas fáticas e jurídicas, existindo entre elas similitude de circunstâncias.

3. Agravo interno desprovido. (Quarta Turma, AgInt no AREsp 1306626 / SP AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2018/0137737-2, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 13/12/2018, Dje 19/12/2018).

Em outro julgado, a Corte Superior entendeu que “O dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges deve ser fixado com termo certo, salvo em hipóteses específicas em que um dos cônjuges não possa por seus próprios meios suprir sua subsistência, como acontece quando está afastado do mercado de trabalho por longo período ou acometido de doença que o impeça de trabalhar” (Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.756.542-MG (2018/0188326-6), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/12/2018, Dje. 05/12/2018).

Como decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, “não se pode exigir do ex-cônjuge, ou convivente, que suporte o encargo alimentar *ad aeternum* quando já passado tempo suficiente para reinserção da mulher jovem, saudável e apta profissionalmente ao mercado de trabalho, sob pena de estímulo à ociosidade” (2ª Câmara, AI nº 2011.054985-0, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 30.11.2011, apud BERALDO, 2017, p. 53).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 643) anotam que como os alimentos devem permanecer, enquanto perdurar a situação fática (cláusula *rebus sic stantibus*), conformada pelo trinômio necessidade X capacidade X proporcionalidade), bastaria ao beneficiário jamais alterar o quadro existente quando da fixação da verba alimentar, isto é, bastaria ao ex-cônjuge jamais trabalhar, para que a obrigação se mantivesse indefinidamente, *ad aeternum*. Deste modo, a pensão alimentícia proposta nestes moldes impede a violação da confiança exigida entre as partes, obstando que o alimentando se mantenha indefinidamente precisando dos alimentos.

Daí porque, na concepção da prestação alimentícia transitória, determina-se previamente, atentando-se para a situação concreta, a data em que a cláusula *rebus sic stantibus* irá alterar-se, desaparecendo o elemento necessidade só e somente em razão do transcurso de tempo tido como razoável para o alimentando iniciar (ou retomar) sua produção laborativa/econômica, independentemente do que efetivamente tenha ocorrido no plano fático.

O estabelecimento de alimentos por tempo certo evita, portanto, que o alimentando ponha-se em situação de comodismo, deixando maliciosamente de buscar meios de subsistência e tornando-se peso *morto* na classe produtiva, na qual deveria estar inserido, situação que acarreta injusta e artificial sobrecarga de responsabilidade ao alimentante, que fica impossibilitado de dedicar-se plenamente a um novo núcleo familiar.

7. Alimentos no divórcio litigioso

Como já ressaltado neste trabalho O art. 226, § 6º, da Constituição Federal, na sua redação original, dispunha que o divórcio poderia ser decretado quando comprovada a separação de fato do casal por período superior a dois anos.

Portanto, como o requisito era exclusivamente objetivo (temporal), não havia, via de regra, de se perquirir qual dos cônjuges tinha sido o culpado pelo fim da sociedade conjugal.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência se posicionaram no sentido de que, quando eram deduzidos, cumulados com o pedido de decretação do divórcio, pleitos de guarda dos filhos e pensão alimentícia, era viável apurar-se a culpa pelo fim da união marital, com potencial para influenciar no julgamento dos dois referidos pedidos. Assim, a apuração da culpa pelo fim da relação marital não era relevante para o acolhimento do pleito de decretação do divórcio, cujo pressuposto era apenas temporal, mas era de interesse para a definição das questões atinentes à guarda dos filhos e à concessão de pensão alimentícia ao ex-esposo.

Apreciando caso de divórcio direto, O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que “sendo de iniciativa do ex-marido a ação direta de divórcio fundada na ruptura da vida em comum, subsiste a obrigação de prestar alimentos ao ex-cônjuge, independentemente da cogitação de culpa pela separação do casal” (Resp. 6859-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 24/02/1992).

De mais a mais, o pleito de divórcio que sucede a separação judicial não ocasiona, por si só, qualquer modificação no quadro até então existente, no que diz respeito ao direito a alimentos pelos ex-cônjuges, podendo a questão ser suscitada ou revista no processo promovido com o escopo da extinção do casamento.

8. A obrigação alimentícia na relação pós-divórcio

O divórcio do casal, como sobressai intuitivo, não põe fim à obrigação de prestar alimentos que onera os ex-consortes, sucedâneo do dever de mútua assistência insito à relação conjugal.

Se é estreme de dúvida que o advento do divórcio, por si só, não altera a obrigação de prestar alimentos assumida pelo ex-cônjuge ou a este imposta judicialmente, o mesmo não se pode afirmar nos casos em que, decretado o divórcio sem a fixação de pensão alimentícia em favor de qualquer dos cônjuges, um deles aciona posteriormente o ex-consorte, exigindo-lhe a prestação alimentar.

Considerando que o art. 1.704, do novo Código Civil, regrou o caso do cônjuge separado judicialmente vir a necessitar de pensão alimentícia, nada se referindo com relação ao divorciado, reveste-se de juridicidade a conclusão de que descabe o pedido de alimentos entre os protagonistas da relação marital depois de desfeita esta pelo divórcio, a menos que se faça ressalva no sentido contrário no acordo de extinção do vínculo marital.

Citando diversos julgados no sentido, Leonardo de Faria Beraldo (2017, p. 62) explica que com o advento do divórcio, o pensionamento só persiste se estabelecido na separação ou no próprio divórcio, haja vista que depois deste inexistente “qualquer vínculo (afetivo ou jurídico) entre os cônjuges”.⁸

Belmiro Pedro Welter (2004, p. 151) traça o seguinte panorama jurisprudencial acerca da questão: a) “Não são devidos alimentos à mulher divorciada que os dispensou, por ocasião da separação amigável do casal, e também não os reclamou quando da conversão em divórcio” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Acórdão nº 597206614, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 26/08/1999). b) “O divórcio, pondo fim ao casamento, faz cessar os direitos e deveres dos cônjuges. Assim, se a mulher, por ocasião da separação judicial e da conversão desta em divórcio isenta o marido da obrigação de mantê-la, não lhe pode exigir, posteriormente, alimentos, à míngua de amparo legal (TJSC, Ac. 98.000416-0/SC, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Paladino, j. 19/11/1998)”.

Neste mesmo sentido é a lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2005, p. 365), para quem caso na época do divórcio os cônjuges separados judicialmente continuem não exercendo o direito a alimentos por falta da presença dos pressupostos necessários, não haverá mais viabilidade do reconhecimento do direito a alimentos.⁹

O Superior Tribunal de Justiça assim equacionou a problemática, em julgado do início da década de 1990:

Com o divórcio, rompidos não só a sociedade conjugal como o próprio vínculo, “os direitos e deveres entre os cônjuges divorciados decorrentes do anterior casamento só subsistem por exceção, como resíduos da relação conjugal que deixou e existir” (RJTRs, 96/201). Em suma e em síntese, o dever de assistência somente subsistirá – dissolvidos de todos os laços jurídicos e efetivos entre os antigos cônjuges, ambos livres para contrair novos matrimônios –, no caso de a preexistente pensão alimentícia haver sido ressalvada no divórcio consensual, ou haver resultada da sentença no divórcio contencioso” (Resp. 6.859 da 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 03/12/1991, RSTJ nº 31, p. 341).

Assim, decretado o divórcio, e não preexistindo acordo ou decisão de pensão alimentícia, não subsiste nem ao ex-cônjuge inocente, tampouco ao culpado, a possibilidade de pleitear alimentos do ex-consorte.

Isto porque, decretado o divórcio do casal, transcorreu tempo suficiente para a adaptação do cônjuge à nova realidade fora da sociedade conjugal, inclusive para a busca da inserção

⁸ O autor menciona correntes minoritárias na jurisprudência em que é permitida a fixação de alimentos após o divórcio, com base nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, em casos de grave e urgente necessidade, ou no dever perpétuo de mútua assistência (Código Civil, art. 1.566, III).

⁹ Yusséf Said Cahali (1998, p. 416) preleciona que “a condição do cônjuge é um estado jurídico que a pessoa perde por efeito do divórcio, desaparecendo com a relação-feixe todas as relações-filetes que a compõe, para usar a expressiva e conhecida metáfora de Pontes de Miranda” No mesmo sentido: COSTA, 2006, p. 149.

no mercado de trabalho.

Some-se a isto a circunstância de que a não cogitação de pensão alimentícia nos processos de separação e/ou divórcio evidencia a desnecessidade de qualquer dos cônjuges de percebê-la, transposto razoável tempo de separação fática do casal.

Tem-se, deste modo que, invocar a obrigação alimentar, sucedâneo do dever de assistência no casamento, mesmo depois de decretado o divórcio do casal, caracterizaria demasiado alargamento da eficácia do instituto e colisão com o regramento segundo o qual deve o indivíduo prover-se, fundamentalmente, com o produto de seu trabalho, inteligência do art. 1.695, do novo Código Civil.

Na hipótese da situação impeditiva da própria manutenção suceder-se superveniente ao decreto do divórcio, é certo que o ex-cônjuge não fica ao desamparo, devendo socorrer-se dos parentes (pais, filhos maiores, irmãos), exigindo-lhes a prestação alimentícia nos moldes do disposto no art. 1.694, do Novo Código Civil.

8.1 Limites temporais para a constituição da obrigação entre ex-conviventes

Acerca do limite no tempo para o companheiro postular alimentos do ex-consorte, Belmiro Pedro Welter (2004, p. 36) apresenta a seguinte solução para a *quaestio*: como os conviventes ostentam os mesmos direitos e deveres dos cônjuges, “devem requerer alimentos até dois anos seguintes à dissolução de *fato* da união estável, já que é o prazo máximo para requerer a ação de divórcio direto.”

Antes da alteração da regra constitucional disciplinadora do divórcio, Maria Aracy Menezes da Costa (2006, p. 151) traz à baila sugestão nesta mesma senda:

Desta forma, o recurso mais viável do qual se pode lançar mão é a analogia com o casamento: assim como o casamento necessita de dois anos de separação de fato ou um ano de separação judicial – ou medida cautelar anterior – para se transformar em divórcio, com a conseqüente dissolução do vínculo, assim a união estável teria um período de tempo, após o seu final, para que a única desfeita pudesse produzir efeitos jurídicos. Esse tempo poderia ser de um ano, tempo análogo da conversão da separação judicial em divórcio – ou dois anos, tempo de separação de fato ainda exigido para o divórcio direto. Assim como o vínculo do casamento somente pode ser dissolvido com o divórcio ou a morte, o vínculo da união estável estaria sumariamente dissolvido passados os dois anos da separação de fato do casal.

Vê-se, porém, que, a despeito do pioneirismo da tese dos juristas na busca de arquivar uma solução hábil a garantir a harmonização do sistema, à míngua de coerência do legislador, a conclusão sob exame não e revela estreme de contraposições.

Isto porque o biênio de separação de fato do casal não consubstancia o “prazo máximo” para “requerer a ação de divórcio direto”, como afirma o insigne professor, mas sim o prazo mínimo (CF, art. 226, § 6º; Código Civil, art. 1580, § 2º).

Daí porque um casal pode se divorciar dez ou até vinte anos depois da separação de fato ou da decretação da separação judicial, e até aí um dos cônjuges pode pedir alimentos ao outro, inteligência do dispositivo do art. 1.704, do Código Civil.

Neste passo, a adoção do entendimento de que o companheiro somente pode postular alimentos do outro até dois anos após a separação fática do casal, redundaria em situação incongruente com aquela vivenciadas pelos cônjuges, em afronta ao princípio da igualdade que deve imperar entre as duas espécies de família.

Assim, o laconismo da disciplina do Novo Código Civil acarretou este embaraço, entre tantos outros, a ser dissipado pela jurisprudência e doutrina, que já encetou suas manifestações.

Tem-se que, à mingua de norma legal, há de ser analisado caso por caso, tomando-se em relevo que o decurso do tempo afrouxa, inexoravelmente, o dever de solidariedade que toca os ex-companheiros, de modo que o passar dos dias, após o rompimento da união, vai afastando a responsabilidade do convivente pelo sustento do ex-consorte, e, na mesma medida, atraindo a obrigação dos parentes (filhos, pais, etc.) para a satisfação do encargo familiar.

9. Causas de cessação da obrigação alimentar

O Código Civil preceitua que conduzem à cessação do dever de prestar alimentos o casamento, união estável ou o concubinato do credor (art. 1.708).

Regras semelhantes estavam erigidas nos arts. 29, da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), e, no que concerte à união estável, no art. 1º, da Lei nº 8.971, de 29/12/1994.

Assim é que, caso o alimentário venha a casar-se ou constituir união estável, cessa a obrigação alimentar, visto que passa a imperar o dever de assistência mútua inerente ao casamento e à união estável, transferindo-se para o atual consorte o encargo de socorrer o credor da pensão.

O desaparecimento das situações previstas nos regramentos suprarreferidos – novo casamento ou união estável – não importa na restauração do direito a alimentos antes fruído (GAMA, 2005, p. 380). Portanto, findo o novo casamento ou a união estável, a pensão estabelecida na união anterior não ressurge por repristinação, havendo o consorte de buscar alimentos do cônjuge ou companheiro mais recente.

A norma do art. 1.708, do estatuto civil, também se aplica aos alimentandos filhos, que, se constituírem família por casamento ou união estável, também deixam de merecer o crédito alimentar, que daí por diante toca ao cônjuge ou companheiro.

O Código Civil estatui que o novo casamento do cônjuge ou devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio” (art. 1.710).

Da norma emerge comando óbvio, visto que o novo casamento (ou união estável) do alimentante não produz, por si só, qualquer modificação no vetor necessidade do alimentando, podendo, contudo, alterar o poderio financeiro do devedor e sua capacidade de pagar a pensão alimentícia no patamar estabelecido em situação fática distinta, que era a vivenciada como solteiro.

Portanto, a formação de novo núcleo familiar, a despeito de não fazer extinguir a obrigação, pode motivar o pedido de revisão do *quantum* devido, uma vez que cria encargos extras para o credor, que assume outros compromissos financeiros.

10. Conclusão

Ante o exposto, extraem-se sinteticamente as conclusões a seguir enumeradas.

1) Mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 13/07/2010, pode o ex-cônjuge, demandando em ação de alimentos, alegar a culpa do alimentando pela extinção da relação matrimonial, reconhecida na ação de separação judicial, objetivando que a pensão

alimentícia seja fixada no *quantum* apenas indispensável à sobrevivência do beneficiário (alimentos naturais ou necessários).

2) A realidade econômica surgida a partir da fragmentação da entidade familiar, que implica quase sempre a divisão do patrimônio comum e a duplicação das despesas ordinárias, deve ser observada na aferição da nova *condição social* (padrão de vida) a qual o ex-cônjuge ou companheiro passa a ostentar, a ser garantida pela pensão alimentícia.

3) No caso de famílias abastadas, cessada a vida em comum, o cônjuge ou companheiro alimentando não se torna automaticamente um sócio do ex-consorte, devendo o montante da pensão alimentícia ser razoavelmente balizado em consonância com o parâmetro da *necessidade*, não devendo ultrapassar o *quantum* que assegure a permanência da situação socioeconômica do beneficiário, evitando-se o enriquecimento ilícito deste.

4) Nas hipóteses dos casamentos e uniões estáveis de breve duração, a *condição social* do ex-consorte alimentando, para o fim de estipulação do montante da pensão alimentícia, deve ser determinada segundo a posição social ostentada pelo beneficiário no período em que era solteiro, aferindo-se seu nível socioeconômico nesta fase duradoura de sua vida, e não no período de constância do matrimônio ou da união estável.

5) O ex-cônjuge ou companheiro somente fará jus à pensão alimentícia se evidenciar que não tem condições de prover o próprio sustento, por algum motivo, como enfermidade, velhice, ou inaptidão para o trabalho compatível com sua condição social, decorrente de longo período de dedicação exclusiva às tarefas domésticas, por consenso do casal.

6) É adequada, principalmente no caso de jovens com qualificação profissional, a concessão de pensão alimentícia ao ex-cônjuge ou companheiro com prazo certo de extinção (*alimentos transitórios*), a fim de que ele possa, neste período predeterminado, inserir-se no mercado de trabalho ou retornar às atividades laborativas, desestimulando-se com isto o comodismo, a ociosidade, o desinteresse pelo trabalho e posturas maliciosas. A pensão alimentícia vitalícia a ex-cônjuge ou companheiro somente deve ser sustentada em circunstâncias excepcionais.

7) Não é possível ao ex-cônjuge pleitear alimentos após a formalização do divórcio.

8) A Emenda Constitucional nº 66, de 13/07/2010, que alterou o art. 226, §6º, da Constituição Federal, não aboliu a separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Alimentos no novo Código Civil: três aspectos polêmicos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade*, v. 5: alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-192.

BERALDO, *Alimentos no Código Civil: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência*. 2. ed. ver., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 321 p.

BOECKEL, Fabrício Dani de. *Tutela jurisdicional do direito a alimentos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 159 p.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p. 113-114.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 1998.

COSTA, Maria Aracy Menezes da Costa. A renúncia a alimentos no novo Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira, *Grandes temas da atualidade*, v. 5: alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 143-156.

DIAS, Maria Berenice. Alimentos, sexo e afeto. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167-189.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 5. v. 682 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. Alimentos decorrentes do parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*: aspectos, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21-75.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*: de acordo com a Lei Maria da Penha e com a Lei n. 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 727 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. 3. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. 182 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. rev. a atual. São Paulo: Saraiva, 2006. VI v. 649 p.

OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277-293.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos no casamento e na união estável e sucessão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, 432. p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed., 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey: 2002. p. 225-242.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Alimentos na investigação de paternidade e na guarda compartilhada. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109-129.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6. 416 p.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. 466 p.

VIANA, Marco Aurélio S. *Da união estável*. São Paulo: Saraiva, 1999. 95 p.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no novo Código Civil*: de acordo com a lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 2. ed. São Paulo: IOB-Thomson, 2004. 380 p.

FILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO: RESSIGNIFICAÇÃO A PARTIR DA POSSE DE ESTADO E DA SOCIOAFETIVIDADE

RICARDO CALDERÓN

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Coordenador da especialização em Direito das Famílias e Sucessões da Academia Brasileira de Direito Constitucional-ABDConst. Professor. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Membro da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFam. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro do IBDCont – Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Pesquisador do grupo de estudos e pesquisas de Direito Civil “Virada de Copérnico”, vinculado ao PPGD-UFPR. Advogado em Curitiba, sócio do escritório Calderón Advogados.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo discorrer sobre os contornos contemporâneos da filiação no direito de família brasileiro. Em especial, visa a destacar as contribuições conferidas pelas noções de *posse de estado de filho* e pela *socioafetividade* nesta temática. Estes dois fatores colaboraram significativamente para uma aproximação do direito com a realidade concreta, visto que permitiram acolher relações fáticas que demandavam algum reconhecimento jurídico. O estudo parte da estrutura formal de filiação prevista no Código Civil de 1916 e, a seguir, descreve os desafios que a realidade subsequente apresentou. A *posse de estado de filiação* e a *socioafetividade* foram expressamente acolhidas pelo direito brasileiro. A partir disso, destacar-se-ão as suas principais projeções em matéria de filiação.

Palavras chave: Parentalidade. Filiação. Posse de estado. afetividade.

SUMÁRIO: 1) Filiação à luz do Código Civil de 1916; 2) Posse de estado de filho; 3) Leitura jurídica da afetividade; 4) Direito de filiação x direito ao conhecimento da ascendência genética; 5) Multiparentalidade; 6) Registro extrajudicial da filiação socioafetiva; 7) Considerações finais; 8) Referências.

1) Filiação à luz do Código Civil de 1916

A codificação civil brasileira aprovada no início do Século XX refletiu as ideias que prevaleciam na sociedade daquela época, retratando o se entendia como família no texto codificado. O Código Beviláqua vinculava o reconhecimento da família ao casamento civil, fora dele não era possível vislumbrar alguma outra entidade familiar.¹

¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Diversas das suas disposições procuravam demonstrar a prevalência do homem sobre a mulher. Ao primeiro cabiam as principais funções jurídicas da família, já para a segunda restava apenas a administração doméstica e outras questões tidas como menores (sob o ponto de vista de então). Para além disso, originariamente o casamento era indissolúvel. Dentre algumas características do direito de família codificado era possível destacar que o texto era precipuamente patriarcal, matrimonial e patrimonial.

No regramento da filiação o Código Civil de 1916 se preocupava mais com a tutela da família enquanto instituição do que com a proteção dos indivíduos enquanto pessoa. Prova disso, a odiosa distinção entre duas grandes categorias de filhos: os legítimos (havidos do casamento) e os ilegítimos (havidos fora do casamento, que subdividiam em naturais e espúrios – incestuosos/adulterinos)².

Vigorava fortemente a presunção *pater is est* (pai é o marido da mãe), o que reforçava a prevalência do vínculo formal do matrimônio no estabelecimento dos laços de filiação. Em paralelo, na redação originária do antigo Codex havia vedação para a averiguação de paternidade de possíveis filhos extramatrimoniais, sob o pálido argumento que isso poderia abalar a “família enquanto instituição”³.

O vínculo de filiação estava fortemente atrelado ao prévio matrimônio e as suas diversas presunções, de modo que possuía uma base estritamente formal. Nas entrelinhas destas dicções se constatava uma intenção de proteção ao vínculo biológico, ainda que de forma indireta.

Havia uma evidente preocupação em se tutelar a linhagem decorrente da descendência genética, tida como prevacente. Portanto, sob a égide do Código de 1916, na filiação prevaleciam claramente os vínculos decorrentes das presunções legais relacionadas ao matrimônio e aos elos biológicos.

Nesse contexto, praticamente inexistiam espaços para o reconhecimento de vínculos subjetivos que pudessem constituir laços de parentesco (impensável se aventar sobre vínculos de socioafetividade, por exemplo). Essa estrutura imperou durante a primeira metade do Século passado, ainda que atenuada com algumas alterações legislativas pontuais (mas que não alteraram o paradigma formal-biológico da filiação)⁴.

Após a Segunda Guerra Mundial houve uma paulatina mudança na forma de se viver em família, percebida inicialmente nos países europeus. Passaram a avolumar relacionamentos de pares na forma da união estável, emergiram casos de rompimentos de casamentos e surgiram, o que hoje denominamos, famílias recompostas. O que estava subjacente a tudo isso era um inequívoco alargamento da subjetividade, com as escolhas afetivas passando a imperar quando do estabelecimento dos vínculos familiares (*seja* tanto na conjugalidade, *seja* como na parentalidade).

No Brasil, esta realidade passa a ser percebida com maior vigor a partir dos anos 70 e 80, quando tais relacionamentos se apresentaram de forma mais intensa na nossa sociedade. Após a Lei do Divórcio (aprovada em 1977), avolumaram-se as situações de novas uniões e, com isso, se influenciou, até mesmo, os vínculos de filiação, que também passaram a ser decalcados por tratos mais afetivos.

Entretanto, mesmo com essas profundas mudanças na realidade social, quando os liames fáticos claramente indicavam por uma prevalência de elos mais subjetivos, com escolhas afetivas se propagando largamente, a estrutura da filiação e o direito de família clássico se-

2 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

3 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

guiam profundamente herméticos, categoriais, formais, quase sem espaços para o reconhecimento de relações precipuamente subjetivas (como a união estável e as relações socioafetivas, que já passavam a se apresentar na realidade concreta, mas eram solenemente ignorados pelo direito legislado)⁵. As linhas centrais desenhadas pelo legislador de 1916 ainda eram a vigamestra da legislação jusfamiliar.

Em vista disso, no último quarto do Século XX houve uma profunda clivagem entre uma efervescente realidade social e um direito de família estanque e formal. Enquanto muitos relacionamentos familiares passavam a ser decalcados apenas por elos subjetivos, as categorias jusfamiliares seguiam reconhecendo apenas vínculos objetivos (como as presunções atreladas ao casamento e o elo biológico). Desta forma, muitas das relações familiares presentes na realidade brasileira não possuíam agasalho jurídico o que, aliado a uma aplicação silogística das regras codificadas, acabava por gerar muita injustiça⁶.

Sob a égide do vetusto Código Civil de 1916 quase não havia espaços para elos subjetivos. Como a corrente hermenêutica que campeava era fortemente influenciada por um positivismo normativista, restava árido o terreno para qualquer abertura que permitisse o acolhimento dessas relações afetivas que se mostravam presentes (exemplo disso, a ausência de chancela jurídica para as uniões estáveis).

Esse distanciamento do direito de família clássico para a nova realidade fez com que algumas regras sobre filiação restassem anacrônicas, em descompasso com muitas das aspirações sociais daquela quadra histórica, o que se percebeu intensamente durante as duas últimas décadas do Século.

2) Posse de estado de filho

Nesse contexto de descompasso entre o direito e a realidade, surgiram alguns corajosos doutrinadores que não se conformaram com o quadro de injustiças que estava a se apresentar e passaram a buscar alternativas para arrefecer esta distância. Ante a ausência de reformas legislativas nesse sentido, criativamente passaram a perscrutar outras alternativas⁷.

Um autor que desempenhou papel central nessa cruzada por uma abertura da filiação no direito brasileiro certamente foi Luiz Edson Fachin. Uma das suas primeiras preocupações foi desvelar o quadro de então, que ao priorizar presunções formais como a *pater is est* acabava por afastar o direito da realidade. Defensor da *força construtiva dos fatos sociais*, não fez ouvidos moucos para o conhecido ditado popular “pai é quem cria”.

Dentre as premissas que incentivaram tais reflexões estavam as precursoras constatações de João Baptista Vilella, com seu trabalho intitulado a “*Desbiologização da paternidade*” (datado de 1979)⁸, no qual o professor mineiro sustentou que o vínculo da paternidade é um dado muito mais cultural e social, do que apenas decorrente de um elo biológico. Estas lições auxiliaram na desconstrução de um dos pilares do regime de filiação que vigorava até então e, assim, abriu espaço para outras possibilidades.

A partir disso, Edson Fachin foi além e disseminou o que se passou a designar como *posse de estado de filiação*, baseado no conhecido instituto romano. Esta locução procurava

5 OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério Jurídico da Paternidade*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

6 FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

7 VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

8 VILLELLA, João Baptista. *A Desbiologização da Paternidade*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979.

permitir o reconhecimento de uma filiação pré-existente na realidade concreta, mesmo sem o atendimento dos rigorosos requisitos formais previstos em lei (era a semente que faria germinar um necessário espaço de subjetividade no direito de família brasileiro, no qual floresceria a afetividade).

Uma das suas primeiras reflexões sobre a paternidade é datada do ano de 1992, em obra na qual questionava tanto as presunções fictícias da legislação como o ‘biologismo’ crescente⁹. Nessa obra, o autor colocava em xeque a prevalência e os obstáculos que se punham ao questionamento da presunção *pater is est* (adotada pelo sistema brasileiro de 1916), bem como declarava insuficiente a mera inclusão do critério biológico no sistema de filiação, conforme suscitado por algumas reformas legislativas que se processavam.

Sustentava, então, uma abertura que comportasse o reconhecimento da paternidade oriunda da *posse de estado de filho*¹⁰ (para a qual concorrerem três critérios: *nomen, tractatus, fama*), ou seja, uma paternidade consubstanciada pela realidade concreta (portanto, em certo aspecto, também *sociológica*).

Ainda sob a égide do Código de 1916, que não acolhia a *posse de estado* e era rígido no respeito à presunção *pater is est*, afirmava: “percebe-se, de fato, que é saliente o seu valor instrumental, isto é, a posse de estado serve para revelar a face sócio-afetiva da filiação¹¹”. A leitura de Luiz Edson Fachin auxiliou a percepção do caráter tríplice que envolvia a questão da paternidade: o aspecto biológico, o afetivo e o jurídico, o que viria a contribuir para a difusão da afetividade presente em tais relações a partir da defesa da utilização do critério da *posse de estado*:

A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade. Assim, para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, à completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais. Esse outro elemento se revela na afirmação de que a *paternidade se constrói*; não é apenas um dado: ela se faz. O pai já não pode ser apenas aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da criança; também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade. Ao dizer que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade sócio-afetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção da posse de estado de filho¹².

Na sua segunda obra específica sobre a questão da paternidade (intitulada “*Da Paternidade: relação biológica e afetiva*”, de 1996 — a presença no título já indicava a dignidade que era conferida à relação afetiva), transparecia sua orientação para uma convivência entre as

⁹ Conforme já tivemos a oportunidade de sustentar em: CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁰ Registre-se que Guilherme de Oliveira também via com bons olhos o reforço na utilização da posse de estado de filho, com o objetivo de arrefecer o biologismo crescente e atenuar o rigor das presunções legais: “Usei propositalmente a expressão vaga de «consolidação da família» ou a do «nascimento da verdade sociológica» sem me referir ao meio técnico idôneo para captar essa realidade fulcral na economia do regime — e pensava na posse de estado. É um conceito velho, bem conhecido da doutrina e da jurisprudência portuguesa, e que, por este motivo, colheria uma boa aceitação do foro; é, além disso, um conceito maleável, capaz de exprimir subtilmente a realidade da vida familiar e dos interesses que se confrontam.” (OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério Jurídico da Paternidade*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 445)

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Fabris, p. 160.

¹² FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Op. cit., p. 23.

esferas biológica e afetiva, em decorrência do que era firme na defesa da necessidade de reforma do sistema de filiação com o fito de corresponder às transformações trazidas pela Constituição, e pelas quais passou a própria noção de família “a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação¹³”.

O indicativo da sua tese era pela convivência entre as esferas biológica e afetiva, apontando para a superação do embate entre os defensores de cada uma delas, eis que ambas deveriam conviver em um sistema de filiação coerente com o estágio social alcançado¹⁴. Dizia o autor: “é tempo de encontrar, na tese (conceito biologista) e na suposta antítese (conceito sócio-afetivo), espaço de convivência e também de dissociação¹⁵”. Para Luiz Edson Fachin, a alteração de paradigma que se processou na família exigia a revisão de muitas das concepções tidas como sólidas até então, muitas delas no sentido de acolher o vínculo afetivo:

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma “comunidade de sangue” e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma “comunidade de afeto”. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível.¹⁶

No decorrer de suas obras, a partir de uma perspectiva civil-constitucional, passou a ser corrente a citação da afetividade como elemento relevante no trato das várias questões do direito de família, não apenas na temática da relação filial. A constitucionalização do direito de família como um todo envolveria, juntamente com a obediência aos princípios constitucionais¹⁷, uma abertura que veio a viabilizar a leitura jurídica da afetividade.

Para Fachin a afetividade perpassaria vários aspectos da tutela da família, sempre com relevância ímpar, mas sem qualquer pretensão de supremacia ou impositividade¹⁸. A partir dessas premissas a doutrina brasileira impulsionou o tema, desenhando uma travessia que teve a sua partida no seu reconhecimento (na margem) até sua sustentação como vetor das relações familiares contemporâneas (ao centro).

Esta abertura do direito de família para questões subjetivas como a afetividade permitiu, paulatinamente, uma aproximação das categorias jurídicas com a realidade concreta. A partir de então foi possível perceber, de certo modo, alguma sintonia com o caminho trilhado pela própria sociedade no que refere aos relacionamentos familiares.

Muitas dessas colaborações doutrinárias serviram de argamassa para a edificação da significação jurídica da afetividade, o que merece ser destacado. Assim, resta patente a relevância destas lições na ressignificação da temática da filiação no direito brasileiro, visto que estas premissas conferiram a base para o, hoje consagrado, princípio da afetividade no direito de família.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Op. cit., p. 55.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Op. cit., p. 302-321

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Paternidade e Ascendência Genética*. Op. cit., p. 172.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Op. cit., p. 317-318.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: COMAILLE, Jacques et al. *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Op. cit., p. 323.

3) Leitura jurídica da afetividade;

A assimilação da *posse de estado de filho* foi a porta de entrada para que a afetividade obtivesse assento no direito de família brasileiro. A imbricação entre as referidas temáticas é evidente, com a última dotada de uma maior amplitude.

A Constituição Federal traz relevantes diretrizes sobre a filiação, o que deve ser observado no acerto dos casos concretos¹⁹. Por sua vez, o Código Civil de 2002 também traz uma regulação que acolhe a socioafetividade nas relações de parentalidade²⁰.

Atualmente, a afetividade se tornou o novo vetor dos relacionamentos familiares²¹, o que exigiu do Direito a sua consequente tradução jurídica. Uma das exigências que decorrem desse novo contexto é a busca por uma apuração escorreita do sentido jurídico da afetividade, de modo a viabilizar a sua aplicação no acerto de casos concretos.

As manifestações exteriorizadas de afeto podem ser captadas pelos filtros do Direito, pois fatos jurídicos representativos de uma relação afetiva são assimiláveis no curso de um processo judicial. Por outro lado, é inegável que o afeto em si é efetivamente um sentimento anímico, inapreensível de forma direta pelo atual sistema jurídico, o que desaconselha que os juristas se aventurem na sua apuração abstrata. Consequentemente, resta tratar juridicamente apenas das atividades exteriorizadoras de afeto (afetividade), um conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, por intermédio dos seus meios usuais de prova). Finalmente, resta possível sustentar que a socioafetividade se constitui no reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva (repercussão também captável pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova)²².

Stefano Rodotà descreveu, com a maestria que lhe é peculiar, como o Direito paulatinamente criou barreiras para o reconhecimento jurídico das relações amorosas, afetivas e sentimentais, e como elas o afastaram da realidade dos relacionamentos humanos. Um equívoco que merece ser revisto. Para o mestre italiano, ao ignorar e restringir esse aspecto subjetivo das pessoas o direito suprime um traço relevantíssimo do ser humano, o que é inapropriado²³.

19 CF - art. 226 – “§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

CF - art. 226 – “§ 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.”

CF - “art. 227 – § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

20 CC - “Art. 1.593 - O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

CC - “Art. 1.596 - 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.”

CC - “Art. 1.597 - Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

21 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre Peixes e Afetos – Um Devaneio Acerca da Ética no Direito*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

22 Conforme já tivemos a oportunidade de sustentar: CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

23 RODOTÀ, Stefano. *Diritto D'amore*. Bari: Laterza, 2015. p. 7.

Ainda que se parta de uma análise transdisciplinar, é inarredável aportar em uma tradução jurídica da afetividade, que não deve restar atrelada a aspectos subjetivos ou inapreensíveis concretamente. Face o Direito laborar com fatos jurídicos concretos estes devem ser os alicerces que demarcarão a significação jurídica da afetividade.

A leitura jurídica da afetividade deve ser realizada sempre com uma lente objetiva, a partir da persecução de fatos concretos que permitam sua averiguação no plano fático: uma afetividade jurídica *objetiva*. Corolário disso, a percepção que o princípio da afetividade jurídica possui duas dimensões: a *objetiva*, que é retratada pela presença de eventos representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva; e a *subjetiva*, que refere ao afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito. A verificação dessa dimensão subjetiva certamente foge ao Direito e, portanto, será sempre presumida, o que permite dizer que, constatada a presença da *dimensão objetiva* da afetividade, restará desde logo presumida a sua *dimensão subjetiva*. Em outras palavras, “nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento²⁴”.

As últimas edições da obra clássica de Caio Mário da Silva Pereira aderem a essa proposição de leitura objetiva da afetividade jurídica:

O princípio jurídico da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CF) princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. (...) o princípio da afetividade possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva²⁵.

A partir destes pressupostos é possível sustentar que a socioafetividade representa o reconhecimento no meio social de manifestações afetivas concretas. Em que pese inicialmente possa parecer árduo ao Direito lidar com um tema tão subjetivo, não raro alguns institutos jurídicos igualmente subjetivos são apurados de maneira similar (v.g. a boa-fé). Eventos que podem evidenciar a afetividade são manifestações especiais de cuidado, entreatada, afeição explícita, carinho, comunhão de vida, convivência mútua, manutenção alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, existência ou planejamento de prole comum, proteção recíproca, acumulação patrimonial compartilhada, dentre outros.

O Superior Tribunal de Justiça foi um dos precursores na edificação do sentido de socioafetividade para o Direito de Família brasileiro, visto que acolhe essa categoria há mais de duas décadas, mesmo quando inexistia qualquer lei expressa a respeito dessa temática. Esta categoria foi consolidada em um profícuo diálogo travado entre a literatura jurídica de direito de família (dentre outros: João Baptista Vilella²⁶, Luiz Edson Fachin, Zeno Veloso²⁷ e Paulo Luiz Netto Lobo) e a jurisprudência (em particular, do próprio Superior Tribunal de Justiça)²⁸.

24 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.70.

25 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Família*. v. 5. 22 ed. rev.atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.65-66.

26 VILLELLA, João Baptista. *A Desbiologização da Paternidade*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979.

27 VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

28 LOBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v.

O conceito de filiação de Paulo Lobo envolve o vínculo decorrente da socioafetividade, expresso mediante a noção da *posse de estado*:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.²⁹

Impende destacar que os vínculos socioafetivos passam a refletir, até mesmo, nos conceitos jusfamiliares dos doutrinadores brasileiros: como na definição de família, parentesco e filiação. Muitas destas conceituações veiculam claramente elementos atrelados aos elos afetivos.

O avanço da afetividade nas questões familiares é percebido também no direito comparado, como se percebe nas palavras de Pietro Perlingieri:

O sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em comunhão espiritual e de vida³⁰.

Atualmente é amplamente reconhecido o princípio da afetividade como diretriz contemporânea a ser observada quando do trato das relações familiares, o que possui respaldo doutrinário e jurisprudencial.

4) Direito de filiação x direito ao conhecimento da ascendência genética

Outra projeção relevante é a distinção entre o *direito de filiação* e o *direito de conhecer a ascendência genética*³¹, tese há muito sustentada por diversos autores³².

Paulatinamente o direito civil assimila esta distinção, que vem sendo citada em várias obras e, também, aparece veiculada em muitas decisões judiciais. Exemplo disso, as deliberações que indicam na manutenção de uma filiação socioafetiva, mesmo com a comprovação da ausência do vínculo biológico³³, em total acordo com o sentido civil-constitucional de filiação apurado pelo direito de família contemporâneo, que é uníssono em afirmar que a paternidade não decorre apenas da descendência genética³⁴.

5, ago./set. 2008.

29 LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.192.

30 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 244.

31 FACHIN, Luiz Edson. *Paternidade e Ascendência Genética*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova da Filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

32 CALDERON, Ricardo. *Socioafetividade na Filiação: Análise da Decisão Proferida pelo STJ no REsp 1.613.641/MG*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, v. 13, p. 141, 2017.

33 STJ, REsp nº 1.330.404/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.

34 “A paternidade socioafetiva é a relação paterno-filial que se forma a partir do afeto, do cuidado, do carinho, da atenção e do amor que, ao longo dos anos, se constrói em convivência familiar, em assistência moral e compromisso patrimonial. O sólido relacionamento afetivo paterno-filial vai formando responsabilidades e referenciais, inculcando, pelo exercício da paternagem, elementos fundamentais e preponderantes na formação, construção e definição da identidade

Para uma exata compreensão do que se está a discutir, merece destaque a distinção entre parentesco e ascendência genética, sustentada por parte substancial da doutrina jusfamiliarista brasileira³⁵. Essa diferenciação se extrai a partir do disposto no artigo 227, § 6º, da CF, no artigo 1.596 do Código Civil, e também é retrato da evolução das relações familiares na própria sociedade. O reconhecimento da socioafetividade como suficiente vínculo parental permite perceber que nem sempre a filiação estará atrelada à descendência genética³⁶.

No que concerne aos vínculos paterno-filiais, tal ordem de ideias resultou na edificação da distinção entre o direito ao conhecimento da origem genética e o direito de ver reconhecida uma relação parental (tidas como distintas por grande parte dos autores e da jurisprudência)³⁷.

O estado de filiação não está – direta e necessariamente – ligado aos vínculos biológicos. Não raro, os pais jurídicos não são os respectivos ascendentes genéticos. O estado de filiação também pode estar presente por intermédio de um vínculo socioafetivo, registral, adotivo, em decorrência da incidência das presunções legais ou, ainda, pelas hipóteses de reprodução assistida.

Assim, existindo um estado de filiação estabelecido de forma hígida e regular, em regra este não pode ser impugnado judicialmente apenas com base na alegação de ausência de vínculo biológico. Em outras palavras, nem todas as paternidades estão consubstanciadas em vínculos biológicos³⁸.

Resulta disso a percepção de que o estado de filiação possui um sentido civil-constitucional plural que não pode ser objeto de uma leitura reducionista, sob pena de se incorrer até mesmo em reprovável inconstitucionalidade³⁹. Como visto, os vínculos de filiação podem ser *biológicos, presuntivos, adotivos, registrais ou socioafetivos*. Essa especial relação de parentesco tem seu contorno delineado pelo *direito de família*, e nem sempre está agregada ao elo biológico, como visto. Diante disso, particular destaque deve merecer a análise dos fatos concretos que consubstanciam uma dada relação parental.

Outro sentido teria o que se denomina como direito ao conhecimento à origem genética, típico *direito da personalidade*, que envolve o direito da pessoa – a qualquer tempo – ter ciência da sua ancestralidade biológica, mas sem necessariamente se estenderem daí os efeitos do parentesco⁴⁰. Ou seja, é direito de todos averiguar judicialmente seu ascendente genético, mas não deriva daí, necessariamente, qualquer relação de parentesco, máxime quando esta já estiver estabelecida com outrem. A vinculação biológica pode – ou não – influir na relação de filiação, sempre a depender das peculiaridades do caso concreto.

Conforme assevera Paulo Luiz Netto Lôbo⁴¹, “pai é quem cria, ascendente quem gera”, e prossegue:

da pessoa. E assim, a relação paterno-filial vai sendo reconhecida não só entre os parentes do grupo familiar, mas também entre terceiros (padrinhos, vizinhos e colegas).” PORTANOVA, Rui. *Ações de Filiação e paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 19.

35 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 485.

36 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 907.

37 TJ/RS, AC 70031164676, 8ª C.C., Rel. Des. Rui Portanova, DJERS 24/09/2009.

38 OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério Jurídico da Paternidade*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

39 TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: COMAILLE, Jacques et al. *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

40 FACHIN, Luiz Edson. *Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco*. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. XVIII. p. 112-113.

41 LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais... IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 523.

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial de atribuição de paternidade e maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda, de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.

Muito mais do que apenas um dado objetivo (biológico), sedimentou-se o entendimento de que a parentalidade se constitui um dado cultural (sociológico)⁴², e, consequentemente, ser pai ou mãe nos dias de hoje é uma *função*⁴³.

O entendimento prevaiente é o de que sem prova de qualquer vício do consentimento quando do registro da filiação, deve ser mantido o vínculo filial, ainda que ausente a descendência genética.

Na esteira do que se está a afirmar, a averiguação da desconstituição ou não de uma dada paternidade exige muito mais do que a mera comprovação da ausência de descendência biológica, no exato entendimento externado pelo acórdão do STJ ora comentado. Os elos socioafetivos e registraes regularmente constituídos são mais que suficientes para sustentar uma filiação.

5) Multiparentalidade

Em meados de 2016 o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão paradigmática sobre filiação ao deliberar sobre o tema da Repercussão Geral 622, na qual restou acolhida a possibilidade jurídica da multiparentalidade⁴⁴. A dinâmica do Direito fez com que o acolhimento da posse de estado de filho e dos vínculos afetivos trouxesse o seguinte questionamento: seria possível acumular de forma concomitante mais de dois vínculos de paternidade (uma biológica e outra afetiva)? A resposta do STF foi positiva.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBRE PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-

⁴² Na esteira das embrionárias lições de João Baptista Villela, no Brasil, e de Guilherme de Oliveira em Portugal; mais recentemente, os autores Luiz Edson Fachin, Paulo Luiz Netto Lôbo e Zeno Veloso (dentre tantos outros) são alguns que argumentam no mesmo sentido na literatura jurídica brasileira.

⁴³ BARBOZA, Heloisa Helena. Entrevista. Informativo IBDFam, n. 74, maio/jun. 2012, p. 3

⁴⁴ Na oportunidade, teve a honra de representar na tribuna do STF o IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, Amicus Curiae nesse emblemático julgamento. CALDERON, Ricardo. **Multiparentalidade acolhida pelo STF: análise da decisão proferida no RE 898060-SC**. Revista IBDFam Família e Sucessões, v. 22, p. 169-194, 2017.

POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

STF. RE 898060/SC

Ao acolher a multiparentalidade, o STF aprovou uma relevante tese sobre Direito de Família, delineando o sentido da parentalidade no atual cenário jurídico brasileiro. O tema de Repercussão Geral 622⁴⁵, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, envolvia a análise de uma eventual “prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica⁴⁶”. Ao deliberar sobre o mérito da questão, o STF optou por não afirmar nenhuma prevalência entre as referidas modalidades de vínculo parental, apontando para a possibilidade de coexistência de ambas.

A importância do referido caso foi destacada pelo próprio voto do Ministro relator já ao início da sua manifestação, quando afirmou que:

“O caso ora em julgamento, seja qual for o resultado proclamado pelo colegiado, constituirá precedente essencial para a definição do estatuto constitucional das famílias, em especial a densificação conceitual de um dos componentes mais elementares dos direitos da personalidade: a filiação.”

Como previsto, a decisão foi realmente emblemática, visto que redefiniu os contornos da filiação no nosso Direito de Família, tanto é que segue reverberando na doutrina e na jurisprudência, com projeções de várias ordens.

O caso paradigma envolvia uma situação na qual se discutia o reconhecimento tardio de uma paternidade biológica não vivenciada, em substituição a uma paternidade socioafetiva registral e concretamente vivenciada. Após deliberar sobre o referido caso concreto aquele tribunal aprovou 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 os efeitos jurídicos próprios.”

⁴⁵ A sessão que fixou a tese foi realizada no dia 21/09/2016, em deliberação do pleno do STF. O caso que balizou a apreciação do tema foi o RE 898060/SC, no qual o Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM atuou como Amicus Curiae.

⁴⁶ Esse trecho constava no acórdão do plenário virtual que reconheceu a repercussão geral do tema.

Ao apreciar a temática subjacente à referida Repercussão Geral, o plenário do Supremo Tribunal Federal, aprovou a tese acima descrita, que servirá de diretriz para casos semelhantes, inclusive com efeito vinculante. Esta deliberação de aspecto geral foi extraída a partir de proposta do Min. Relator Luiz Fux, a qual restou aprovada por ampla maioria, inclusive com o voto do Ministro Edson Fachin (restando vencidos apenas os votos dos Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, que discordavam parcialmente da redação final sugerida).

A disposição é explícita em afirmar a possibilidade de cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitantemente com outra paternidade biológica, mantendo-se ambas em determinado caso concreto, admitindo a existência jurídica de dois pais, com vínculos de filiação reconhecidos com todos os efeitos jurídicos.

Ao prever expressamente a pluralidade de vínculos familiares, nossa Corte Suprema consagra um importante avanço: o reconhecimento da multiparentalidade. A manifestação de um tribunal superior pela possibilidade de reconhecimento jurídico de ambas as paternidades, socioafetiva e biológica, de forma concomitante, merece destaque, pois deixou novamente o Brasil na vanguarda mundial do Direito de Família.

Outro aspecto digno de nota é que a conclusão do STF foi extraída a partir de uma hermenêutica civil-constitucional, robustecida por princípios e valores constitucionais, o que se mostra adequado e necessário, já que para edificar a solução do caso, o Supremo partiu do problema concreto ao sistema jurídico, a seguir analisou o conjunto de normas do nosso ordenamento a partir da Constituição Federal, perpassando pelas disposições do Código Civil e demais leis pertinentes. Ao final, chegou-se a interessante solução, para a qual inexistia legislação prévia explícita a respeito.

A perspectiva hermenêutica aplicada ao caso permitiu que, mesmo sem lei que preveja expressamente a multiparentalidade no direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal acolhesse essa possibilidade jurídica. Com isso, forneceu aos operadores do Direito mais uma opção ao “cardápio de soluções jurídicas”.

Esses noveis conflitos familiares refletem alguns dos desafios que as múltiplas relações interpessoais apresentam aos juristas. No complexo, fragmentado e líquido cenário da atualidade, a possibilidade de pluralidade de vínculos parentais é uma realidade fática que exige alguma acomodação.

Neste julgamento restou cristalina a contribuição da vigorosa doutrina do direito de família brasileiro, muitas delas citadas nos votos dos Ministros ao apreciar esta inovadora questão.

6) Registro extrajudicial da filiação socioafetiva

Em novembro de 2017 o Conselho Nacional de Justiça aprovou o Provimento 63, pelo qual passou a permitir o registro extrajudicial da filiação socioafetiva, o que é um avanço e pode beneficiar um grande número de pessoas. Até então, em regra as relações socioafetivas exigiam uma ação judicial para que pudessem ter reconhecimento jurídico, ainda que o pleito fosse consensual. O CNJ alterou este regramento em 2019, pelo provimento 83, mantendo a possibilidade destes reconhecimentos para crianças maiores de 12 anos de idade.

A possibilidade de registro de paternidades e maternidade socioafetivas diretamente nos Cartórios de Registro Civil é prova representativa da assimilação da afetividade no

direito de família brasileiro. Os vínculos filiais representados pela posse de estado de filho não demandam mais uma ação judicial para a sua formalização, pois quando tal pleito for consensual, e caso atenda os demais requisitos legais dos referidos provimentos, poderá ser concretizado diretamente na serventia cartorial.

Os provimentos permitem inclusive o registro de relações multiparentais consensuais diretamente no cartório, o que está explícito no art. 14 do Prov. 63 (até dois pais e até duas mães).

O movimento de extrajudicialização do direito civil justifica a natureza das medidas implementadas. Estes regramentos são mais um capítulo da trajetória iniciada com o acolhimento da *posse de estado de filho* e bem retratam o dinamismo do direito de família brasileiro.

7) Considerações finais

Na temática da filiação, a compreensão do percurso construtivo iniciado com o acolhimento da posse de estado de filho certamente auxilia na compreensão de algumas das atuais decisões paradigmáticas do direito de família brasileiro, muitas delas lastreadas pelo amálgama da afetividade.

Algumas dessas conquistas contaram com a contribuição das lições de Luiz Edson Fachin, um dos pioneiros a buscar um maior reconhecimento jurídico para as relações afetivas presentes na realidade concreta.

Nas suas próprias palavras:

“Eis que se impõe um desafio ao Direito Civil contemporâneo: (re) pensar as transformações da família, as novas formas de convivência familiar, o afeto e a solidariedade com pontos nodais de uma estrutura cujo futuro próximo já arrosta no porvir buscando superar o formalismo e reaproximar o Direito da realidade.”⁴⁷

Referências

BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, abr./maio 2009.

CALDERON, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Afetividade e Cuidado sob as lentes do Direito**. (o. 511-526) IN: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. (orgs.) Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal - 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Multiparentalidade acolhida pelo STF: análise da decisão proferida no RE 898060-SC**. Revista IBDFam Família e Sucessões, v. 22, p. 169-194, 2017.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. Prefácio da obra: CALDERON, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. XVI.

_____. **Socioafetividade na Filiação: Análise da Decisão Proferida pelo STJ no REsp 1.613.641/MG.** REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, v. 13, p. 141, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva.** – 3 ed. rev. atual. e amp. – São Paulo: Atlas, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade:** Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Direito Civil. Sentidos, transformações e fim.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família:** Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. XVIII.

_____. Paternidade e Ascendência Genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova da Filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixes e Afetos – Um Devaneio Acerca da Ética no Direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família.** São Paulo: IOB Thompson, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais... IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 5, ago./set. 2008.

_____. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstituição do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério Jurídico da Paternidade.** Reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Família.** v. 5. 22 ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões:** ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao direito civil-constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTANOVA, Rui. **Ações de Filiação e paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RODOTÀ, Stefano. **Diritto D'amore.** Bari: Laterza, 2015.

RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Multiparentalidade como Fenômeno Jurídico Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 14, p. 89-106, fev./mar. 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família.** Vol. 5. – 12^a ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: COMAILLE, Jacques et al. **A Nova Família:** problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,** Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1997.

“PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA”¹

“*Amo, logo existo.*”
RODOTÀ, Stefano

RICARDO CALDERÓN²

1. Resumo

O presente artigo tem por escopo analisar como se desenvolveu a trajetória construtiva do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo. As relações familiares vivenciaram um processo de transição paradigmática do qual resultou a prevalência da afetividade como vetor desses relacionamentos. Parte da doutrina e da jurisprudência passou a tratar da afetividade com o intuito de elaborar respostas às situações existenciais afetivas que se apresentaram. No cenário brasileiro, a Constituição de 1988 foi profícua em ditar princípios e valores que deveriam balizar o direito de família a partir de então. Parte da doutrina sustenta, também, que traz implícita em suas disposições o reconhecimento da afetividade. Posteriormente, o Código Civil de 2002 conferiu certo espaço para assimilação da afetividade. Mais recentemente a legislação esparsa de direito de família passou a acolher de forma expressa a afetividade em diversas disposições. Foi possível perceber que a força construtiva dos fatos acabou por impulsionar ao reconhecimento jurídico da afetividade. O tratamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial atualmente conferido à afetividade permite concluir pela sua presença no sistema jurídico brasileiro. Sustenta-se que se trata de um princípio do direito de família. O estudo adere a esta perspectiva principiológica, tanto em atenção à sua atual prevalência fática como pela constatação da solidez que lhe é conferida juridicamente. Procura, assim, contribuir com a descrição dos seus elementos e do seu contorno. O reconhecimento da afetividade como princípio do direito de família viabiliza a construção de respostas mais adequadas a esta plural e instável realidade hodierna.

Palavras-chave: Família. Direito. Princípio. Afetividade.

¹ Este artigo traz ideias que são detalhadas e fundamentadas na seguinte obra: CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

² Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Pós-graduado em Teoria Geral do Direito e em Direito Processual Civil. Coordenador da especialização em Direito das Famílias e Sucessões da Academia Brasileira de Direito Constitucional-ABDCONST. Professor de cursos de graduação e pós-graduação. Pesquisador do grupo de estudos e pesquisas de Direito Civil “Virada de Copérnico”, vinculado ao PPGD-UFPR. Diretor Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFam. Membro do IBDCVIL. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro do IBDCont. Membro da Comissão de Direito de Família e da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Advogado em Curitiba; sócio do escritório Calderón Advogados.

2) O percurso construtivo da afetividade

A família contemporânea vivencia um processo de transição paradigmática, pelo qual se percebe um paulatino decréscimo de influências externas (da religião, do Estado, dos interesses do grupo social) e um crescente espaço destinado à realização existencial afetiva dos seus integrantes. No decorrer da modernidade³ o espaço conferido à subjetividade e à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais.

A partir da segunda metade do século passado a sociedade contemporânea apresentou características que sinalizaram o momento de uma outra e peculiar modernidade. As marcas deste período passaram a ser a complexidade, a fragmentalidade e uma constante instabilidade. Estes fatores disseminaram-se no meio social e também influenciaram os relacionamentos familiares.

Um vasto mosaico de entidades familiares foi reconhecido, uniões livres (homo e heteroafetivas) e parentescos vinculados apenas por laços afetivos passaram a ser vistos com maior dignidade. A igualdade e a liberdade foram gradativamente conferidas aos relacionamentos e alteraram o quadro de estabilidade anterior, uma vez que a qualidade dos vínculos passou a ser objeto de análise constante. Estas consequências acabaram por gerar diversas uniões, separações, novas uniões em um quadro de combinações e recombinações sem precedentes. A instabilidade alcançou os relacionamentos familiares, outrora tidos como exemplos de segurança e de estabilidade.

O Direito, permeável à realidade que lhe é subjacente, sofreu o influxo dessa mudança, sendo cada vez mais demandado por conflitos indicadores deste outro cenário que se apresentava. A cultura jurídica brasileira, entretanto, ainda está baseada em um Direito de matriz moderna, precipuamente formal, com forte relevância da lei na definição do que se entende por Direito, em vista do que o diálogo com esta pulsante realidade em movimento não foi tranquilo.

A legislação expressa não tratava de muitas situações existenciais afetivas que eram postas para análise do Direito, de modo que uma interpretação que restasse limitada à estrutura codificada trazia dificuldades na tutela destes novéis conflitos. Ainda assim, doutrina e jurisprudência não se furtaram a constatar a afetividade imanente a tais relações pessoais e passaram a conferir respostas a estas demandas mesmo sem expressa previsão legislativa.

Foi nessa dualidade entre uma alteração paradigmática nas relações familiares da sociedade e um discurso jurídico ainda muito formal e apegado à lei que se desenvolveu o reconhecimento da afetividade pelo direito brasileiro.

Os aportes advindos com a constitucionalização do direito privado e os novos ares trazidos pelos debates metodológicos sobre a forma de realização do Direito na contemporaneidade influenciaram fortemente a cultura jurídica brasileira das últimas décadas. Ao mesmo tempo o movimento de repersonalização do direito civil sustentou que a pessoa concreta deve ser o centro das suas preocupações. Na esteira disso emergiu a doutrina do direito civil-constitucional, que argumentou no sentido de que os institutos de direito civil deveriam ser vistos sempre sob o prisma da Constituição, que está no vértice do ordenamento. Com isso, houve uma perceptível aproximação do Direito com os dados de realidade, o que o levou ao encontro da afetividade quando do trato das relações interpessoais.

Os princípios constitucionais de liberdade, igualdade, dignidade e solidariedade incidiram no direito de família, permitindo a releitura de diversas categorias jurídicas, muitas

³ Aqui compreendida como o período do final do século XVIII até meados do século XX.

delas mais aptas às demandas da plural e fluida sociedade do presente⁴. A aproximação com a experiência concreta fez o Direito perceber a relevância que era socialmente conferida à afetividade, mesmo com o paralelo avanço de técnicas científicas que favoreciam a descoberta dos vínculos biológicos.

Houve um movimento crescente na defesa do reconhecimento da ligação afetiva como suficiente nas relações familiares, já que apenas os elos matrimoniais, biológicos e registrais não davam conta das variadas situações que se apresentaram. A partir da distinção entre o papel de pai/mãe das figuras dos ascendentes genéticos restou mais claramente perceptível a relevância que era conferida à afetividade, bem como se desnudaram diversas possibilidades oriundas de tal concepção. Legislação, jurisprudência e doutrina progressivamente trataram da temática, embora não sem enfrentar resistências e sobressaltos.

As alterações processadas no ordenamento brasileiro indicaram certa sensibilidade, ainda que tímida, a esta transição paradigmática. O direito civil clássico, retratado pelo Código de 1916, silenciava sobre o tema, restando apegado às noções de família legítima e atrelando os vínculos familiares apenas a elos matrimoniais, biológicos ou registrais (com a adoção como parentesco civil). A Constituição de 1988, na esteira das extensas alterações processadas na família, iniciou o reconhecimento legal da afetividade, uma vez que está implícita em diversas das suas disposições. O Código de 2002 tratou do tema de forma pontual. A legislação esparsa recente passou a dar sinais de crescente inclusão da afetividade de forma expressa nos textos de lei.

A jurisprudência teve papel fundamental nesta construção, pois os tribunais há muito fazem remissões à socioafetividade como suficiente vínculo parental. Atualmente, a extensão conferida à afetividade tem contribuído para outras leituras de diversos temas do direito de família (definição de entidade familiar, parentesco, guarda, adoção, alienação parental etc.).

Até mesmo os Tribunais Superiores têm tratado da afetividade em várias decisões judiciais, demonstrando sua acolhida quando do acerto de casos concretos. Prova disso, as recentes decisões do STF sobre temas familiares e sucessórios. Tanto no caso da multiparentalidade (julgado em 2016), como no caso da equiparação do regime sucessório dos cônjuges aos companheiros (julgado em 2017), os ministros de nossa Corte Suprema trataram das projeções jurídicas da afetividade.

Há algum tempo os juristas passaram a perceber que o Direito deveria, de algum modo, valorar a afetividade⁵, o que encontrou respaldo e felizmente se implementou. Inicialmente, o debate doutrinário girava em torno da possibilidade ou não de o Direito reconhecer a afetividade e, em sendo positiva a resposta, se esta deve ser considerada um princípio ou deve ser apenas vista como um valor relevante.

Em outras palavras: a problemática central atinente ao tema da afetividade envolveu o seu reconhecimento (ou não) pelo Direito e a possibilidade de sua inclusão na categoria de princípio. Esta discussão trazia subjacente a própria visão de Direito que se adota, as formas de expressão que se lhe reconhece, o conceito e o papel de princípio no sistema e, ainda, a escolha de alguns posicionamentos hermenêuticos que refletem na análise. Todas estas opções influenciam a maneira como se apreende a relação entre a família (como manifestação social) e o Direito que pretende regulá-la.

4 TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: COMAILLE, Jacques et al. *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
5 FACHIN, Luiz Edson. *Do Direito de Família*. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. XVIII. p. 112-113.

O entendimento da questão acima sinaliza, de algum modo, uma forma de ver o direito de família na atualidade, cuja resposta pode ser relevante para diversas outras construções teórico-práticas. Isso porque, a família do presente está tão imbricada com a noção de afetividade que o seu reconhecimento (ou não) pelo Direito pode trazer consequências de diversas ordens (como se viu no recente caso do reconhecimento judicial das uniões homoafetivas).

Atualmente, é possível afirmar que a afetividade é o grande vetor dos relacionamentos familiares, constituindo-se no novo paradigma, sendo, no cenário brasileiro, princípio contemporâneo do direito de família.

O presente texto procura descrever a trajetória da afetividade nas relações familiares e no direito de família brasileiro. A partir disso, visa destacar qual o seu atual sentido jurídico e, também, quais são algumas das suas principais projeções.

O aspecto inicial desta análise percorre desde sua percepção nas relações familiares até sua posterior centralidade nesses relacionamentos; subsequentemente, aprecia seu gradual reconhecimento jurídico. A relevância conferida a esta dimensão afetiva das relações pessoais acabou por fazer o Direito assimilar a afetividade quando do trato destas situações existenciais.

3) O perfil principiológico da afetividade no Direito de Família contemporâneo

As transformações ocorridas no transcurso da modernidade desaguaram em uma sociedade com características próprias neste início de século XXI. A complexidade, a pluralidade e a constante mobilidade constituíram-se nas marcas do que se pode chamar de uma época de *modernidade líquida* (para muitos uma condição *pós* – ou *hiper* – *moderna*) com influência na forma como se desenvolvem os diversos relacionamentos⁶.

Concomitantemente, a subjetividade inicialmente conferida a uma esfera pessoal, a partir do final do século XVIII galgou espaço ampliando-se consideravelmente. O período *pós*-Segunda Guerra permitiu perceber com mais clareza uma outra percepção de pessoa, com a difusão da possibilidade de sua livre escolha nas diversas questões pessoais. No amplo campo da subjetividade germinou a afetividade como expressão dos relacionamentos familiares. A dimensão afetiva gradativamente assumiu uma posição cada vez mais central na representação desses envoltórios⁷.

Como a família é reflexo da sociedade na qual está inserida, certamente sofreu os influxos desses movimentos, passando por uma verdadeira transição paradigmática que lhe ocasionou mudanças estruturais e funcionais. A concepção clássica de família a atrelava à noção de 'legitimidade', vinculada ao matrimônio e com forte presença dos liames biológicos e registrais. A alteração processada distanciou-se desta concepção e provocou uma nova definição do que se entende por família, cada vez mais desvinculada desses fatores.

O novo paradigma passa a estar diretamente relacionado à afetividade, que se constitui em um dos elementos centrais identificadores do que se compreende por entidade familiar (parte da doutrina segue o sentido descrito por Paulo Lôbo e a conceitua por relações pessoais consubstanciadas pela *afetividade, estabilidade e ostentabilidade*⁸). A alteração é de tal ordem

6 BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

7 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre Peixes e Afetos – Um Devaneio Acerca da Ética no Direito*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

8 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. Op. cit., p. 58.

que, com isso, a afetividade passa a integrar a própria estrutura da família contemporânea, posicionamento ao qual se adere.

Houve também uma alteração funcional, visto que se reduziram as funções econômicas, religiosas, procracionais e institucionais da família, passando a ser a viabilização da realização afetiva de cada um dos seus integrantes sua função principal na atualidade.

Essa nova realidade acabou por apresentar demandas imprevisas e cada vez mais complexas, para muitas das quais o direito de família não tinha previsão legislativa. Tomem-se como exemplo as uniões estáveis (homo e heteroafetivas), os parentescos socioafetivos, os casos de multiparentalidade, inseminações artificiais (até mesmo *post mortem*), as famílias simultâneas, as famílias solidárias, as demandas poliafetivas, entre diversos outros casos no mínimo instigantes a um ordenamento que não os regula previamente.

Como é a sociedade quem perfila na frente do Direito, coube a este se adaptar às alterações dela, o que tornou perceptível a necessidade de revisão da noção clássica dos institutos de direito de família para que melhor correspondessem aos conflitos contemporâneos. O fato de a matriz jurídica brasileira estar enraizada em uma proposta moderna de estatuto jurídico (com forte prevalência da lei), somado aos resquícios da sua leitura positivista (apegada ao formalismo), acabou por dificultar esta tarefa.

O descompasso entre as relações sociais e os institutos jurídicos na sua concepção clássica acabou por distanciá-los gradativamente, o que resultou em uma clivagem que dificultava a necessária interlocução. O quadro de dissonâncias foi de tal ordem que chegou a ser denominado por muitos como um período de crise do próprio Direito (que se fez sentir intensamente no direito de família brasileiro).

Corroborado por diversos outros fatores (e em especial atenção às alterações e demandas relevantes da própria sociedade) o Direito foi objeto de várias transformações no decorrer do século passado. O *fenômeno da constitucionalização do Direito* foi significativo nesse processo⁹. As Constituições assumiram um novo e relevante papel, adquirindo força normativa própria e dispoendo sobre diversas matérias. Imperou a percepção de que suas disposições conformam os demais os ramos (inclusive o direito civil e, conseqüentemente, o próprio direito de família).

O reconhecimento de eficácia direta aos direitos fundamentais nas relações interprias, também sinalizou um outro momento da teoria do direito. Nessa questão parece correta a argumentação que assevera que a busca deve ser sempre pela concretização dos *jusfundamentais*, até mesmo quando do envolvimento de particulares, o que indica para uma superação do debate travado entre os defensores das correntes da *eficácia direta* e os da *eficácia indireta*, com a busca constante pela materialização desses direitos, o que deve envolver a técnica que se mostrar necessária e adequada em cada caso concreto.

Vivenciou-se um momento de rediscussão sobre os métodos interpretativos do próprio Direito, com diversas propostas sobre a forma de sua realização. Reflexo disso o alargamento das formas de expressão admitidas, que não se limitam à lei, que é apenas uma delas (embora efetivamente uma das mais relevantes). A *teoria dos princípios*¹⁰ também contribuiu com outras concepções sobre o conteúdo e papel dos princípios nesta nova roupagem que lhe foi conferida. Dentre as diversas propostas hermenêuticas surgidas a *tópico-sistemática* parece apropriada a enfrentar o fluido quadro apresentado na atualidade. Com a adoção desses aportes, restou possível constatar que se tratava de um outro Direito, claramente em uma *perspectiva pós-positivista*.

9 TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: _____. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

10 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O movimento de *repersonalização do direito civil* trouxe questionamentos e voltou a atenção para a tutela da pessoa concreta, com defesa da superação das noções abstratas de *sujeito de direito* e de *relação jurídica*. Outra corrente que indicou um necessário percurso metodológico foi a *doutrina do direito civil-constitucional*, ao sustentar a leitura dos institutos de direito civil sempre a partir da Constituição, eis que é ela quem figura no vértice do ordenamento¹¹.

A Constituição de 1988 impulsionou a doutrina brasileira a participar desses debates, permitindo a construção de um direito de família a partir dos princípios e das disposições constitucionais, lido na unidade axiológica do sistema. A 'família constitucional'¹², difundida desde então, refletiu esses postulados, restando mais próxima das relações concretas vivenciadas na sociedade.

Antes mesmo da edição da Constituição de 1988, parte da doutrina brasileira sustentava a distinção das figuras de genitor e pai, destacando a culturalidade da relação paterno/materno filial, que seria marcada muito mais pela afetividade do que meramente pelo biologicismo. Retomou-se, com vigor, o conceito de *posse de estado* (caracterizado pela presença de *nomen, tractatus, fama*). Reconhecia a doutrina, com isso, a afetividade que se mostrava imanente aos relacionamentos familiares – e que assumia um papel cada vez mais relevante.

A partir dessa percepção a afetividade se espalhou por todo o direito de família, com o reconhecimento de diversas situações precipuamente afetivas. As relações familiares passaram ser caracterizadas pelo vetor da afetividade, que encontrava amplo acolhimento na sociedade. Restou possível perceber que a força dos fatos a impulsionou para o núcleo das relações familiares, o que exigiu que o Direito assimilasse – de algum modo – estas relevantes mutações.

A literatura jurídica brasileira foi profícua em contribuir no avanço dos contornos jurídicos da afetividade, exercendo papel de vanguarda nesta relevante temática¹³. A nossa doutrina de direito de família assimila juridicamente a afetividade¹⁴. O conceito de afeto constante do Dicionário de Rodrigo da Cunha Pereira é esclarecedor do que se está a afirmar

Afeto – Do latim *affectus*. Para a Psicanálise é a expressão que designa a quantidade de energia pulsional e exprime qualquer estado afetivo, agradável ou desagradável. Para a Filosofia é o que diz respeito aos sentimentos, às emoções, aos estados de alma e, sobretudo, ao amor. Espinosa diz que somos construídos por nossos afetos e pelos laços que nos unem a outros seres. (...) Desde que a família deixou de ser, preponderantemente, um núcleo econômico e de reprodução, e as uniões conjugais passaram a se constituir, principalmente em razão do amor, a família tornou-se menos hierarquizada e menos patrimonializada. O afeto, tornou-se, então, um valor jurídico e passou a ser o grande vetor e catalisador de toda a organização jurídica da família. (...) O afeto ganhou tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro que recebeu

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

12 MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Família Democrática*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro do Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

13 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental*. Op. cit.

14 VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. Op. cit.

força normativa, tornando-se o princípio da afetividade o balizador de todas as relações jurídicas da família¹⁵.

As alterações no ordenamento brasileiro acompanharam, ainda que com atraso e a passos lentos, o movimento de transição paradigmática vivenciado na família. Como o Código de 1916 não previa espaço para valoração das relações afetivas, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que restou possível sustentar o reconhecimento da afetividade no sistema jurídico brasileiro (de forma implícita). O Código de 2002 tratou pontualmente da afetividade, expressando isso em algumas disposições. As recentes alterações legislativas implementadas trouxeram a afetividade de forma expressa em vários dispositivos, indicando uma tendência de seu maior acolhimento.

Ampla construção jurisprudencial acabou por reconhecer a afetividade em variadas situações existenciais afetivas. A importância desta contribuição é de tal ordem que é possível sustentar que o papel da jurisprudência foi vital para a consolidação da leitura jurídica da afetividade.

Por sua vez, a doutrina do direito de família vem tratando da afetividade de forma crescente, podendo-se afirmar que a afetividade é o novo paradigma dos relacionamentos contemporâneos e princípio do direito de família brasileiro. A qualificação da afetividade na categoria de princípio jurídico conta com o respaldo, dentre outros, de Heloisa Helena Barbosa, que afirma “*parece razoável, diante de tais considerações, entender que a afetividade, nos termos que têm sido colocados pela doutrina e pela jurisprudência, configura um princípio jurídico, que tutela o afeto como valor jurídico*”¹⁶.

Em vista disso, importa conferir um tratamento jurídico escoreito para a temática da afetividade, de modo a evitar equívocos e superar as já conhecidas objeções.

Importa destacar que a subjetividade da expressão e a existência de conceitos diversos sobre a afetividade não são óbices ao seu recorte jurídico, visto que isso foi constante em diversos outros institutos reconhecidos pelo Direito com certa tranquilidade (por exemplo, vide o percurso da leitura da boa fé). O discurso que sustenta a valoração jurídica da afetividade não implica averiguar sentimentos, pois o Direito deverá ater-se a fatos que possam indicar a presença ou não de uma manifestação afetiva, de modo que não procurará investigar a presença subjetiva do afeto anímico, mas sim se preocupará com fatos que elege como relevantes, representativos de uma dada relação afetiva. Em outras palavras, o Direito irá laborar com a afetividade de forma objetiva, restando sempre presumida a sua dimensão subjetiva.

Atualmente, a afetividade se tornou o novo vetor dos relacionamentos familiares¹⁷, o que exigiu do Direito a sua consequente tradução jurídica. Uma das exigências que decorrem desse novo contexto é a busca por uma apuração escoreita do sentido jurídico da afetividade, de modo a viabilizar a sua aplicação no acerto de casos concretos.

Nessa perspectiva, parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos.

15 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69.
16 BARBOZA, Heloisa Helena. *Perfil Jurídico do Cuidado e da Afetividade nas Relações Familiares*. IN: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. (orgs.) *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal - 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017.

17 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre Peixes e Afetos - Um Devaneio Acerca da Ética no Direito*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial que permite sua atual sustentação como novo paradigma das relações familiares.

Como verdadeiro *mandamento de otimização* o princípio da afetividade não possui um sentido rígido ou definitivo, pois será sempre apurado em uma situação concreta específica, embora seja possível pormenorizar seus contornos e aspectos centrais. Tanto as características das relações contemporâneas como as peculiaridades inerentes à própria afetividade indicam que resta melhor tutelada pela categoria de princípio jurídico.

Para uma melhor análise do conteúdo da afetividade desde logo cabe alertar que se tratará sempre de um sentido eminentemente jurídico, ou seja, quando se falar dela sob o prisma do Direito, estar-se-á tratando dos contornos jurídicos conferidos à afetividade.

As manifestações exteriorizadas de afeto podem ser captadas pelos filtros do Direito, pois fatos jurídicos representativos de uma relação afetiva são assimiláveis no curso de um processo judicial. Por outro lado, é inegável que o afeto em si é efetivamente um sentimento anímico, inapreensível de forma direta pelo atual sistema jurídico, o que desaconselha que os juristas se aventurem na sua apuração. Consequentemente, resta tratar juridicamente apenas das atividades exteriorizadoras de afeto (afetividade), um conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, por intermédio dos seus meios usuais de prova). Finalmente, resta possível sustentar que a socioafetividade se constitui no reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva (repercussão também captável pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova)¹⁸.

Stefano Rodotà descreveu, com clareza ímpar, como o Direito paulatinamente criou barreiras para o reconhecimento jurídico das relações amorosas, afetivas e sentimentais, e como elas o afastaram da realidade dos relacionamentos humanos. Um equívoco que merece ser revisto. Para o mestre italiano, ao ignorar e restringir esse aspecto subjetivo das pessoas o direito suprime um traço relevantíssimo do ser humano, o que é inapropriado¹⁹.

Ainda que se parta de uma análise transdisciplinar é inarredável aportar em uma tradução jurídica da afetividade, que não deve restar atrelada a aspectos subjetivos ou inapreensíveis concretamente. Face o Direito laborar com fatos jurídicos concretos estes devem ser os alicerces que demarcarão a significação jurídica da afetividade.

A leitura jurídica da afetividade deve ser realizada sempre com uma lente objetiva, a partir da persecução de fatos concretos que permitam sua averiguação no plano fático: uma *afetividade jurídica objetiva*. Corolária disso, a percepção que o princípio da afetividade jurídica possui duas dimensões: a *objetiva*, que é retratada pela presença de eventos representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva; e a *subjetiva*, que refere ao afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito. A verificação dessa dimensão subjetiva certamente foge ao Direito e, portanto, será sempre presumida, o que permite dizer que constatada a presença da *dimensão objetiva da afetividade, restará desde logo presumida a sua dimensão subjetiva*. Em outras palavras, “*nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento*.”²⁰

18 Conforme sustentamos com mais vagar em: CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

19 RODOTÀ, Stefano. *Diritto D'amore*. Bari: Laterza, 2015. p. 7.

20 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.70.

A obra clássica de Caio Mário da Silva Pereira adere a essa proposição de leitura objetiva da afetividade jurídica,

O princípio jurídico da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CF) princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. (...) o princípio da afetividade possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva²¹.

A partir destes pressupostos é possível sustentar que a socioafetividade representa o reconhecimento no meio social de manifestações afetivas concretas. Em que pese inicialmente possa parecer árduo ao Direito lidar com um tema tão subjetivo, não raro alguns institutos jurídicos igualmente subjetivos são apurados de maneira similar (v.g. a boa-fé). Eventos que podem evidenciar a afetividade são manifestações especiais de cuidado, entreaajuda, afeição explícita, carinho, comunhão de vida, convivência mútua, manutenção alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, existência ou planejamento de prole comum, proteção recíproca, acumulação patrimonial compartilhada, dentre outros.

O STJ foi um dos precursores na edificação do sentido de socioafetividade para o Direito de Família brasileiro, visto que acolhe essa categoria há quase mais de duas décadas, mesmo quando inexistia qualquer lei expressa a respeito dessa temática. Esta categoria foi consolidada em um profícuo diálogo travado entre a *literatura jurídica de direito de família* (dentre outros: João Baptista Villella²², Luiz Edson Fachin²³, Zeno Veloso²⁴ e Paulo Luiz Netto Lobo²⁵) e a jurisprudência (em particular, do próprio Superior Tribunal de Justiça)²⁶.

A avanço da afetividade na definição das questões familiares também foi percebido no direito comparado, a partir do pioneiro trabalho de Guilherme de Oliveira²⁷ e, também, como se percebe nas palavras de Pietro Perlingieri

O sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a affectio constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em comunhão espiritual e de vida²⁸.

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Família. v. 5. 22 ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.65-66.

22 VILLELLA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979.

23 Fachin, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

24 VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

25 LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

26 LOBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 5, ago./set. 2008.

27 OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério Jurídico da Paternidade*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 445.

28 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 244.

Outra distinção que merece destaque é a que há entre os fatos indicativos da presença da afetividade e o regramento jurídico da afetividade. Os fatos se desenvolvem no meio social (na experiência concreta) e a partir da incidência do princípio da afetividade (previsto no ordenamento jurídico) é que serão, portanto, reconhecidos pelo Direito.

Uma particularidade do princípio da afetividade que merece destaque é que ele possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A *dimensão objetiva* envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva. A *dimensão subjetiva* trata do afeto anímico em si, do sentimento de afeto propriamente dito. Esta dimensão subjetiva do princípio certamente escapa ao Direito, de modo que é sempre presumida, sendo que constatada a *dimensão objetiva* da afetividade restará desde logo presumida a presença da sua *dimensão subjetiva*. Dito de outro modo, é possível designá-lo como *princípio da afetividade jurídica objetiva*, o que ressalta o aspecto fático que é objeto da apreensão jurídica.

A *objetivação do princípio da afetividade* torna clara que sua leitura jurídica não irá se imiscuir no sentimento das pessoas ou em searas que são estranhas ao Direito. A presença da afetividade será apurada a partir da análise de atos/fatos concretos – tal como se dá com diversos outros institutos de acepção igualmente subjetiva.

O princípio da afetividade possui ainda uma *dupla face* cuja compreensão auxilia na exata percepção do seu sentido. A primeira delas é a *face de dever jurídico*, voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de *parentalidade* ou de *conjugalidade* (aqui incluídas não só as relações matrimoniais, mas todas as uniões estáveis de alguma forma reconhecidas pelo sistema). Essa face do princípio vincula tais pessoas a condutas recíprocas representativas da afetividade inerente a tal relação.

A segunda faceta do princípio é a *face geradora de vínculo familiar*, voltada para as pessoas que ainda não possuam um vínculo reconhecido pelo sistema (seja de *parentalidade*, seja de *conjugalidade*), pela qual a incidência do princípio da afetividade consubstanciará um vínculo familiar entre os envolvidos. Nesta particularidade resta abarcada a noção da posse de estado. Ou seja, a presença de um dado conjunto fático fará incidir o princípio da afetividade de modo a configurar, a partir de então, um vínculo familiar decorrente daquela relação.

Obviamente que as duas faces do princípio não se confundem, mas também não se excluem, de modo que a partir de um reconhecimento de vínculo familiar decorrente da incidência da *face geradora de vínculos* do princípio automaticamente incidirá sua outra face, a *de dever jurídico*. Apesar de se relacionarem, constituem duas facetas distintas, com características e consequências próprias que devem ser observadas.

O substrato do princípio não é exaustivo, haja vista que cabe à doutrina e à jurisprudência a fixação destes contornos, sendo que não é possível dizer que esta seja uma tarefa concluída. Ainda assim, é possível vislumbrar que a afetividade jurídica envolve atos de cuidado, de subsistência, de carinho, de educação, de suporte psíquico e emocional, de entreaajuda, de comunhão de vida, entre outros. Apenas em uma dada situação fática se poderá apurar a presença ou não da afetividade, de modo que tais características podem variar de acordo com cada *fattispecie*.

A apuração da afetividade se dará pela verificação da presença de *fatos signo-presuntivos* desta manifestação afetiva, de modo que, ante a constatação de determinados fatos (dimensão objetiva), estes significarão desde logo a presença da afetividade, restando presumida então a sua dimensão subjetiva. A percepção da possibilidade de apuração da afetividade pela análise de *fatos signo-presuntivos* pode permitir uma maior eficácia ao princípio, superando dificuldades que poderiam se apresentar na sua verificação concreta.

Há que se destacar, ainda, que tal conjunto fático indicativo da afetividade deverá estar corroborado pela presença dos elementos da estabilidade e da ostentabilidade, de modo que apenas a presença concomitante destes elementos poderá indicar a constatação desta *afetividade familiar* geradora de efeitos jurídicos (o que permitirá afastar casos de manifestações afetivas eventuais ou fugazes, que não mereçam tal configuração).

Não se pode olvidar que o reconhecimento jurídico da afetividade deve se dar com equilíbrio e razoabilidade, em conformidade com os demais elementos do sistema jurídico, sempre de modo a evitar excessos. Uma correta fundamentação do que se entende por afetividade, bem como o esclarecimento de quais elementos foram considerados para sua averiguação em dado caso concreto auxiliam nessa tarefa.

Essas elucidações parecem contribuir para a defesa da viabilidade de utilização do princípio jurídico da afetividade no atual direito de família brasileiro, haja vista que para muitas das situações existenciais afetivas que se apresentam a legislação não traz respostas apriorísticas ou bem definidas.

4) Projeções da eitura jurídica da afetividade

A presença da afetividade no sistema, ao lado dos demais institutos e princípios de direito de família, poderá facilitar as diversas outras construções teórico-práticas que ainda terão de ser enfrentadas. Esta complexa, fragmentada e instável sociedade do presente está a apresentar a cada dia problemas mais difíceis e imprevisíveis, para os quais não se consegue extrair uma decisão apenas com a análise das regras postas no ordenamento. Mais do que nunca é necessária uma hermenêutica civil- constitucional, que considere tanto as regras como os princípios, o que poderá permitir a edificação das soluções que se farão necessárias.

Um exemplo foi a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu as uniões homoafetivas²⁹ (proferida em 2011), na qual houve clara contribuição do reconhecimento jurídico da afetividade para o resultado final obtido³⁰. A decisão fez uma análise civil-constitucional, recheada de princípios que permitiram descortinar a referida conclusão final. Ao lado de outros princípios constitucionais, a afetividade figurou no voto de quase todos os ministros, mostrando a sua contribuição em tema tão sensível.

Outro exemplo da centralidade que atualmente é conferida à afetividade pelos tribunais foi a alvissareira decisão do STJ no de 2012 que permitiu a reparação por abandono afetivo (REsp 1.159.242/SP), anunciadora de um outro momento na análise da responsabilidade civil em questões de direito de família. Em que pese algumas observações pontuais possam ser feitas à sua fundamentação e decorram deste posicionamento novas questões aos juristas a decisão é clara demonstração de uma das projeções possíveis da leitura jurídica da afetividade. Muito mais do que entregar uma resposta pronta e completa, esse precursor julgado pode exercer o papel de importante pergunta que nos leve a atentar com mais vagar para alguns aspectos da realidade, por vezes esquecidos pelos operadores jurídicos.

Ao assim decidir, o Superior Tribunal de Justiça iluminou um tema que há muito restava à sombra do direito brasileiro: os casos concretos de abandono afetivo. O simples fato de colocar a temática na ordem do dia dos civilistas já é merecedor de aplausos, não se ignorando que, ao assim proceder, traz desafios e alguma inquietação.

29 Supremo Tribunal Federal. STF. ADIN 4277/DF e ADPF 132/RJ.

30 O que fica evidente com a simples leitura dos referidos votos dos Ministros neste caso específico, nos quais são constantes as remissões à afetividade.

O princípio da afetividade reverbera em diversas searas jusfamiliares, inclusive nas definições de parentalidade. No Brasil, a doutrina e a jurisprudência foram as precursoras no reconhecimento da socioafetividade como suficiente vínculo parental³¹. Ao lado da vinculação biológica figura o liame socioafetivo, lastreado na força construtiva dos fatos sociais³².

A Constituição Federal traz relevantes diretrizes sobre a filiação, o que deve ser observado no acertamento dos casos concretos³³. Por sua vez, o Código Civil de 2002 também traz uma regulação que acolhe a socioafetividade nas relações de parentalidade³⁴. A posse de estado de filiação é acolhida pelo direito brasileiro, estando prevista na parte final do art. 1.593 do Código Civil. O conceito de filiação de Paulo Lobo envolve o vínculo decorrente da socioafetividade, expresso mediante a noção da posse de estado

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.³⁵

A paternidade socioafetiva espontânea e higidamente registrada é apta produzir efeitos jurídicos, na esteira que há muito vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça. No decorrer de 2017, o STJ confirmou a manutenção de uma paternidade com base eminentemente no vínculo socioafetivo, visto que restou comprovada a ausência de descendência biológica entre pai e filho³⁶. Neste caso, o pai (ao se separar da mãe) postulou judicialmente a desconstituição da paternidade da criança que havia registrado e criado. No decorrer do processo a ausência de vínculo biológico restou comprovada por exame em DNA. Tendo em vista o registro da filiação, aliada a uma convivência socioafetiva de quatorze anos, o STJ negou o pleito paterno de negatória da paternidade e manteve a filiação. Mais um exemplo da força da afetividade.

A partir deste representativo julgado é possível perceber que o STJ consolidou a leitura objetiva da categoria da socioafetividade, o que se mostra adequado³⁷. O referido acórdão

31 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

32 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

33 CF - art. 226 - "§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

CF - art. 226 - "§ 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."

CF - "art. 227 - § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

34 CC - "Art. 1.593 - O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem."

CC - "Art. 1.596 - 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."

CC - "Art. 1.597 - Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trzentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido."

35 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil - Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.192.

36 STJ, RESP 1.613.641/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23/5/2017, unânime.

37 CARDOSO, Simone Tassinari. *Notas sobre parentalidade socioafetiva*. Trabalho aprovado e apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCIVIL. Evento realizado em Curitiba,

acolhe essas premissas, visto que levou em conta diversos fatos concretos que evidenciavam claramente a existência de uma relação paterno-filial socioafetiva. Na situação fática que era apreciada, a *posse de estado de filho* foi percebida e destacada em diversos eventos, que transcorreram em fases distintas da vida da referida filha (atestados inclusive em laudo da assistente social judicial).

Nesta deliberação, percebe-se que o acórdão traz elementos civis e constitucionais que fundamentam a categoria da socioafetividade, o Ministro Relator inclusive relaciona a paternidade socioafetiva ao macroprincípio da dignidade da pessoa humana. A manutenção da filiação socioafetiva mesmo com a comprovação da ausência do vínculo biológico está de acordo com o sentido civil-constitucional de filiação apurado pelo direito de família contemporâneo, que é uníssono em afirmar que a paternidade não decorre apenas da descendência genética³⁸.

Na esteira disso, outra decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal tratando de temas afeitos à afetividade: a tese que acolheu a multiparentalidade, julgada na Repercussão Geral 622, em 2016³⁹. Este é outro representativo exemplo de uma repercussão da leitura jurídica da socioafetividade. Isto porque, a partir da aceitação tranquila da parentalidade socioafetiva em nosso sistema jurídico, desaguou no dilema de analisar se seria possível, então, manter duas paternidades em uma dada situação concreta (por exemplo, uma paternidade socioafetiva e outra paternidade biológica). Esta temática da *pluripaternidade* é exemplo do caminhar contínuo do direito e da sua riqueza, no qual figura de forma ímpar a afetividade quando do trato das relações familiares.

Após apreciar o caso, o pleno do STF aprovou uma tese com 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”⁴⁰.

A tese é explícita em afirmar a possibilidade de cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitantemente com uma paternidade biológica, mantendo-se ambas em determinado caso concreto, admitindo, com isso, a possibilidade da existência jurídica de dois pais. Ao prever expressamente a possibilidade jurídica da pluralidade de vínculos familiares nossa Corte Suprema consagra um importante avanço: o reconhecimento da multiparentalidade, um dos novíssimos temas do direito de família.

É patente a contribuição da leitura jurídica da afetividade para a edificação da tese que assentou o acolhimento jurídico da multiparentalidade pelo STF, o que resta cristalino na análise dos diversos votos dos ministros ao julgar esse emblemático caso.

Recentemente foram editados dois provimentos pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ, de números 63 e 83, que passaram a regular a possibilidade de reconhecimento

em 2014.

38 “A paternidade socioafetiva é a relação paterno-filial que se forma a partir do afeto, do cuidado, do carinho, da atenção e do amor que, ao longo dos anos, se constrói em convivência familiar, em assistência moral e compromisso patrimonial. O sólido relacionamento afetivo paterno-filial vai formando responsabilidades e referenciais, inculcando, pelo exercício da paternagem, elementos fundamentais e preponderantes na formação, construção e definição da identidade da pessoa. E assim, a relação paterno-filial vai sendo reconhecida não só entre os parentes do grupo familiar, mas também entre terceiros (padrinhos, vizinhos e colegas).” PORTANOVA, Rui. *Ações de Filiação e paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 19.

39 Sobre o tema: CALDERÓN, Ricardo. *Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e multiparentalidade*. Artigo Publicado no Portal Consultor Jurídico, em 25/09/2016, na Coluna Processo Familiar. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stfacolher-socioafetividade-multiparentalidade>.

40 STF, tese aprovada na Repercussão Geral 622, que teve como base o REXT 898060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, do qual o IBDFAM participou como Amicus Curiae.

extrajudicial da filiação socioafetiva (ou seja, diretamente no cartório de registro civil. Sem necessidade de ação judicial, desde que atendidos alguns requisitos). Esta inovadora possibilidade é mais um exemplo do longo e vigoroso percurso percorrido pela afetividade no direito de família brasileiro.

No balanço entre os limites e as possibilidades advindos da leitura principiológica da afetividade é possível afirmar que as suas projeções jurídicas podem contribuir para um renovo do porvir do direito de família brasileiro, como objeto de construção e reconstrução constante.

Referências

BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, abr./maio 2009.

_____. Perfil Jurídico do Cuidado e da Afetividade nas Relações Familiares. IN: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. (orgs.) **Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal** - 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e multiparentalidade**. Artigo Publicado no Portal Consultor Jurídico, em 25/09/2016, na Coluna Processo Familiar.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Notas sobre parentalidade socioafetiva**. Trabalho aprovado e apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCIVIL. Evento realizado em Curitiba, em 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. XVIII.

_____. Paternidade e Ascendência Genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova da Filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixes e Afetos – Um Devaneio Acerca da Ética no Direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais... IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 5, ago./set. 2008.

_____. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro do Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério Jurídico da Paternidade**. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Família**. v. 5. 22 ed. rev.atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTANOVA, Rui. **Ações de Filiação e paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RODOTÀ, Stefano. **Diritto D'amore**. Bari: Laterza, 2015.

RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Multiparentalidade como Fenômeno Jurídico Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 14, p. 89-106, fev./mar. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: COMAILLE, Jacques et al. **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

“

**A COLABORAÇÃO
PREMIADA COMO
INSTRUMENTO
DE COMBATE À
CORRUPÇÃO E
À LAVAGEM DE
DINHEIRO**

”

ANÁLISE DO VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DO DELATOR NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE¹ E
GISELA BORGES DE ARAÚJO CARNEIRO²

RESUMO

O presente artigo tem o escopo de estudar a (in)aptidão das declarações do delator para subsidiar o recebimento da inicial acusatória à luz do conceito de justa causa penal. Analisar-se-á, para tanto, doutrina sobre o tema, assim como o entendimento do Supremo Tribunal Federal especialmente no bojo de ações penais originárias, cujo juízo de admissibilidade compete à referida Corte.

ABSTRACT: This article aims to study the (in)aptitude of criminal informant statements to subsidize the receipt of the initial application of the prosecution from the perspective of the concept of just criminal cause. For this purpose, the doctrine on the subject will be analyzed, as well as the understanding of the Supreme Court, especially in the field of original criminal proceedings, whose judgment of admissibility belongs to this Court.

1. Introdução

A lei 12.850/2013 positivou o delito de organização criminosa, prevendo também medidas de investigação pertinentes a essa modalidade delitiva, dentre as quais assume especial relevância a disciplina conferida à delação premiada³, referida na lei como “colaboração premiada”.

¹ Doutor em Direito Penal Econômico pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Ciências Criminais pelo Instituto de Estudos Luiz Flávio Gomes (LFG/SP). Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Advogado Criminalista. Bacharel em Direito pela UFBA. Membro da Comissão de Juristas, nomeado pelo Senado Federal, para a Revisão do Código Penal. Membro da Comissão de Juristas, nomeado pelo Senado Federal, para a Revisão da Lei de Execuções Penais. Professor assistente de Direito Penal e de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFBA, lecionando na graduação e no mestrado. Coordenador da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito. Membro Honorário do Patronato de Presos e Egressos do Estado da Bahia.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduada em Direito Penal Econômico e Europeu, pela Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu. Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Advogada.

³ Neste trabalho, optou-se pela utilização do termo delação premiada não se pretendendo entrar em debates acerca de distinções entre os termos delação e colaboração premiada. Contudo, convém trazer a lume a existência de debate doutrinário acerca da denominação mais correta, alinhando-se, os autores, às palavras de César Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, para quem os termos de colaboração premiada ou colaboração processual seria “eufemísticos, visam disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui”. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 115.

O instituto, que já encontrava previsão de forma esparsa na legislação brasileira, teve, com a edição da lei 12.850/13, um regramento mais detalhado, porém ainda apresenta grandes lacunas e desconformidades com a estrutura do processo penal brasileiro. Por isso, a doutrina e jurisprudência tem assumido o protagonismo na definição dos contornos da delação premiada.

Em verdade, a jurisprudência, diante da necessidade de responder às questões que são levadas ao Judiciário, pronuncia-se, por vezes, de forma açodada e dissociada de estudos científicos acerca da matéria. Sem a necessária maturação científica, a prática forense tem sido pródiga na fixação de procedimentos *ad hoc*. Prolifera-se, no campo da delação premiada, o decisionismo⁴ judicial, seja pela lacuna legislativa, seja pelo prevalente discurso de *combate à criminalidade organizada* que tem dominado não apenas os órgãos de acusação, como, lamentavelmente, também setores do Judiciário.

É certo que a delação premiada ganhou notoriedade — e foi vulgarizada — com a cognominada *Operação Lava Jato*. Foi a partir da aludida operação, alicerçada na celebração de acordos de delação premiada, que o instituto se notabilizou, sendo explorado e exibido como meio de investigação necessário ao desvendamento da chamada *corrupção sistêmica*.

Conforme consta do sítio eletrônico do Ministério Público Federal⁵, foram firmados 121 acordos de delação premiada perante o Supremo Tribunal Federal e, perante o primeiro grau de jurisdição, 175 acordos, com o oferecimento de 78 acusações contra 328 pessoas (isto é, o número de acordos corresponde a mais de cinquenta por cento do número de denunciados). No âmbito do STF, o mesmo sítio eletrônico divulga que 121 acordos foram submetidos à Corte.

Essa proliferação do instituto, aliada à insuficiência normativa, demanda maior atenção ao plexo de garantias que assistem ao sujeito passivo da persecução penal Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão⁶, a admissibilidade dos acordos de delação “*não pode desconsiderar os perigos constitucionais que lhe vão colados à pele*”.

Dentre os diversos temas ainda carentes de consolidação e ensejadores de fragorosas controvérsias e críticas doutrinárias, tem-se a indagação acerca do valor probatório que deve ser conferido às declarações do delator. Note-se que se está falando não do acordo em si, mas propriamente das declarações do delator.

É importante fazer, desde logo, uma importante distinção entre o acordo de colaboração premiada e as declarações do delator.

Em virtude da celebração do acordo, o delator se obriga a auxiliar o órgão de persecução penal na produção de provas. Poderá apresentar documentos, indicar testemunhas, informar os fatos que tem ciência para, a partir das informações por ele fornecidas, serem empreendidas diligências probatórias. O presente estudo não se debruça, portanto, no valor probatório do acordo de delação premiada em si, até porque a avença, em si, não produz elemento algum.

No mesmo sentido, RUBENS R.R.CASARA, afirma que “A delação premiada passou a ser chamada de ‘colaboração premiada’ para travestir o desvalor ético inerente a todo e qualquer delato. Não poucos autores percebem que, com a delação premiada, o Estado perde a superioridade ética que o deveria distinguir do criminoso”.

⁴ Nesse sentido, Aury Lopes Jr. afirma que “Será que não estamos indo no sentido da negociação, mas abrindo mão de regras claras, para cair no erro do erro do decisionismo e na ampliação dos espaços indevidos da discricionariedade judicial? Ou, ainda, na ampliação dos espaços discricionários impróprios do Ministério Público? Estamos preocupados não apenas com a banalização da delação premiada, mas com a ausência de limites claros e precisos acerca da negociação. É evidente que a Lei n. 12.850/2013 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais. (Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 93.)

⁵ <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/para-na/resultado>

⁶ Revista de Legislação e de Jurisprudência. Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a Operação Lava Jato.

O objeto deste estudo são as declarações do delator e os documentos unilateralmente por ele produzidos, a exemplo de anotações e planilhas, muitas vezes referidos, de forma equivocada, como elementos de corroboração. Portanto, a análise doravante efetuada incidirá sobre o (des)valor probatório que deve ser conferido às aludidas declarações e documentos unilaterais.

Em que pese a Lei 12.850/2013⁷ trazer expressa vedação quanto à prolação de sentença condenatória baseada unicamente nas palavras do delator, nada dispõe acerca da deflagração da ação penal com esteio apenas no aludido elemento⁸.

O presente trabalho se propõe a analisar se a restrição quanto à valoração probatória das palavras do delator somente deve incidir na sentença condenatória ou se, à luz do conceito de justa causa penal, também estaria proscria a própria deflagração da ação penal lastreada unicamente nas declarações do delator.

2. Breves considerações acerca dos contornos da justa causa para deflagração da ação penal

Antes de apresentar os contornos da justa causa para o exercício penal, é importante contextualizar a inserção desta no Código de Processo Penal, através das alterações ocorridas no ano 2008, especificamente por meio da Lei 11.719/2008.

Dentre outros dispositivos que foram alterados quanto ao procedimento pelo diploma legal suprarreferido, destaca-se, para o escopo deste trabalho, a inserção do art. 396 e 396-A, prevendo a apresentação de resposta à acusação, a possibilidade de absolvição sumária (art.397) e a positivação da exigência de justa causa para ação penal, sob pena de rejeição da peça acusatória (art. 395, III).

As três alterações devem ser lidas em conjunto, porquanto se prestam à mesma finalidade: evitar o recebimento e tramitação de ações penais desprovidas do mínimo de lastro probatório, tendo em vista que o mero ajuizamento de uma ação penal já representa grave estigma e prejuízo moral ao indivíduo. É em vista do gravame representado pela mera tramitação de uma ação penal que se estabeleceu o conceito de justa causa enquanto filtro às acusações temerárias.

É cediço o elevado impacto moral ocasionado pelo recebimento da inicial acusatória, assim como eventuais restrições de direitos que o sujeito passivo pode sofrer pela mera tramitação processual, sobretudo quando se trata de réus que exerçam funções públicas. Não se deve olvidar que, ainda que venha a ser absolvido, os danos ocasionados pela tramitação de uma ação penal não são recompostos. A tramitação de uma ação penal, ainda que o réu seja absolvido ao final, já representa uma grave pena social, por vezes de natureza perpétua.

E nem se diga que o réu, sendo inocente, não deve temer a tramitação da ação penal. Trata-se de afirmação que carrega em si o proposital desprezo pelo princípio da presunção de inocência, além de ignorar os danos, por todos conhecidos, causados pela mera propositura de uma ação penal ao sujeito passivo.

Acerca da alteração promovida no Código de Processo Penal, com a inserção da justa causa enquanto condição da ação penal, GERALDO PRADO⁹ ressalta que a etapa intermediária de admissibilidade da acusação “deriva, diretamente, da noção de um processo penal

⁷ Art. 4º, § 16. *Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.*

⁸ *Matéria igualmente tormentosa é a deflagração de medidas cautelares, pessoais, patrimoniais e probatórias lastreadas unicamente nas palavras do delator, mas que, diante da necessidade de análise própria, não é objeto deste trabalho.*

⁹ PRADO, GERALDO. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia da prova obtida por métodos ocultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 45.

acusatório, orientado pela presunção de inocência, cuja superação requisita atividades pautadas pelo respeito à dignidade da pessoa.”

É justamente a prevalência do princípio da presunção de inocência que exige, cada vez, dos sujeitos envolvidos na persecução penal, a demonstração, desde o oferecimento da exordial acusatória, da viabilidade da acusação, o que se dá mediante a demonstração concreta do suporte fático e jurídico da imputação que se formula em juízo.

Não é demasiado lembrar o clássico conceito de justa causa trazido por Afrânio da Silva Jardim:

Desta forma, torna-se necessário ao regular exercício da ação penal demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública.¹⁰ [grifos aditados]

Trata-se, portanto, a justa causa, de um limite ao poder de acusar, sinalizando que somente se deflagrará a ação penal, com todos os gravames dela decorrentes, quando houver lastro probatório idôneo. Não é suficiente a mera narrativa acusatória, exige-se que seja verificado se aquela narrativa encontra ressonância em elementos de informação idôneos.

É importante consignar que não se defende a necessidade de provas robustas para a deflagração da ação penal. A robustez probatória, indene de qualquer dúvida, somente é exigida para prolação do juízo condenatório. Para o início da persecução penal em juízo são necessários indícios de autoria e materialidade.

Todavia, a configuração desses indícios mínimos para recebimento da acusação não se perfaz com a mera afirmação acusatória, exigindo ressonância em elementos probatório idôneos, com plausibilidade e credibilidade suficientes para impor ao sujeito passivo o gravame de responder a uma ação penal. Vale dizer, afirmações, ilações, divagações acusatórias não consubstanciam indícios de autoria e a materialidade delitiva.

A exigência de justa causa deriva do princípio da presunção de inocência, vigente durante toda a persecução penal, preconizando que a dúvida ou a insuficiência probatória, em qualquer fase processual, deve militar a favor do réu. Por óbvio, no aspecto probatório, o princípio se apresenta com maior envergadura na fase de sentença da ação penal, mas vigora desde o início da persecução penal, mediante o controle de persecuções penais carentes de fundamento idôneo.

A exigência de justa causa deriva do princípio da presunção de inocência, vigente durante toda a persecução penal, preconizando que a dúvida ou a insuficiência probatória, em qualquer fase processual, deve militar a favor do réu. Por óbvio, no aspecto probatório, o princípio se apresenta com maior envergadura na fase de sentença da ação penal, mas vigora desde o início da persecução penal, mediante o controle de persecuções penais carentes de fundamento idôneo.

Nesse sentido, são pertinentes as observações de MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES¹¹, em obra específica sobre o princípio da presunção de inocência, que aduz a necessidade

¹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 66.

¹¹ *Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e*

de suficiência probatória para que seja proferida qualquer decisão desfavorável ao réu. Trata-se, segundo o autor, da *presunção de inocência como norma de juízo*:

O juiz deverá decidir a cada instante em que for chamado para apreciar os direitos do cidadão. Isso faz com que a incidência do ‘in dubio pro reu’ do ‘favor rei’ não se dê apenas no instante do julgamento do mérito de uma causa, mas ocorra durante todo o curso da persecução, seja para decidir medidas restritivas aos direitos fundamentais do cidadão ou seja para decidir sobre a legitimidade da progressão persecutória em suas várias fases e procedimentos.

(...)

Esse crucial instante (norma de juízo) pode ser sintetizada em uma única ideia: suficiência. Suficiência do material probatório para se decidir de modo desfavorável ao imputado.

A justa causa traduz justamente a suficiência probatória para decidir de modo desfavorável ao acusado, recebendo a acusação. Vale dizer, a *presunção de inocência*, em uma de suas projeções, neste caso enquanto norma de juízo, reclama suficiência probatória mínima para início da persecução penal diante da inegável vulneração de direitos que a tramitação de uma ação penal representa ao sujeito passivo.

Nesse sentido, é preciso rechaçar o chamado “*in dubio pro societate*”, tantas vezes referidos, de forma equivocada, em decisões que recebem a acusação. Trata-se de instrumento retórico, que não encontra qualquer amparo jurídico no ordenamento pátrio, mais que foi, lamentavelmente, consagrado na práxis forense, abrindo espaço para o recebimento de ações penais desprovidas de qualquer de suporte probatório.

A invocação do aludido “*in dubio pro societate*” é inconciliável com a exigência de justa causa para ação penal. Esta vem, justamente, com o escopo de barrar a invocação de conceitos retóricos, que terminam por negar a incidência do princípio da *presunção de inocência*. Diante inexistência do juízo de certeza, mesmo na fase de admissibilidade da acusação, impõe-se a rejeição da peça acusatória, sob pena de se fazer *tábula rasa* do princípio da *presunção de inocência*.

Assentada a premissa acima, cabe analisar se as declarações do delator e eventuais documentos unilateralmente produzidos, quando desprovidos de outros elementos, são aptas ao preenchimento da justa causa para ação penal, isto é, se consubstanciam indícios mínimos de autoria ou materialidade ou se, dada a desconfiança que incide sobre as declarações do delator, são inservíveis, por si só, para o recebimento da acusação.

3. Valoração probatória das declarações do delator e a *presunção de ausência de fidedignidade*

Como foi sinalizado nas linhas introdutórias, a Lei 12.850/2013 dispõe de forma expressa, no seu art. 4º, §16, que nenhuma sentença condenatória será proferida apenas com amparo nas palavras do delator. Trata-se de evidente desconfiança legislativa em relação ao aludido meio de obtenção de prova.

para decisão judicial. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 468.

Com efeito, a previsão legal supraindicada é uma sinalização clara quanto à insuficiência das palavras do delator para embasar um juízo condenatório, evidenciando que se trata de elemento deveras frágil, que efetivamente não pode ser considerado como prova e, portanto, inábil para vulnerar o estado de inocência.

Desde muito tempo, a doutrina já sinalizava a fragilidade do depoimento prestado por coautor do delito, porquanto este, não ocupando a posição de testemunha em relação aos fatos e descompromissado do dever de dizer a verdade, poderia, com fins escusos, acusar outras pessoas. Veja-se a respeito MITTERMAYER:

O depoimento do cúmplice oferece também graves dificuldades. Aquele que, por confissão própria, manchou com um crime a sua vida, não tem mais o direito de ser acreditado em seu testemunho, como um homem que se conservou puro sempre. Depois, é natural que o cúmplice faça recair sobre o sócio no delito uma parte se sua própria falta; mais claramente: ele tem interesse direto em depor contra a verdade. Têm-se visto algumas vezes, criminosos, reconhecendo não poderem escapar à pena, esforcem-se em seu desespero, por arrastar outros cidadãos ao abismo, em que se despenham; outros, muitas vezes, denunciam cúmplices, aliás, inocentes, com o fim único de afastar as suspeitas daqueles que realmene tomaram parte no delito, e de tornar a instrução mais complicada ou mais difícil.¹²

Também Fernando da Costa Tourinho Filho¹³, crítico ao chamamento de *corrêu*, já sinaliza para a necessidade de elementos de corroboração, afirmando que “não se pode, *sem absurdidade, admitir como prova*”. Veja-se:

Atribuir valor probatório, nesse caso, à palavra do delator, sem que haja qualquer elemento de prova a dar-lhe suporte, é violência inominável, é fazer *tábula rasa* da Lei Maior, para deleite de um sentimento atribulatório, próprio das épocas recuadas da nossa civilização, quando imperava o processo inquisitivo. É a *entronização do arbítrio*, da *prepotência* e do *desrespeito aos princípios basilares da Constituição*.

Essa natural desconfiança quanto às palavras de *corrêu* que acusa outrem ganha maior amplitude no âmbito de um acordo de *delação premiada*, porquanto, com a celebração da *avença*, o delator é beneficiado pela acusação feita a terceiros. Em verdade, a moeda de troca que o delator terá será primordialmente a imputação dirigida a terceiros, o que impõe maior cautela na valoração das suas palavras, diante do evidente propósito de beneficiamento próprio.

Em análise crítica da *delação premiada* e se referindo especificamente às declarações do delator, RICARDO JACOBSEN GLOECKNER¹⁴ afirma que:

A situação se torna mais problemática em relação ao *corrêu delatado*, no que se esvai o *contraditório* e a ampla defesa. Como será possível refutar a acusação do delator? Enquanto acusado, o delator assume a culpabilidade. Ao delatar, a premissa primeira, na qual a sua

12 MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado das provas em direito criminal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 260.

13 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 3. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 292 e 293.

14 Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. Ed.

culpabilidade é exteriorizada, leva à conclusão de que a imputação da autoria seja também verdadeira, se tornando, na prática, inarredável. Ao usufruir o locus 'privilegiado' do acusado que confessa (o processo penal sempre foi orientado com vistas à confissão, acentuando-se tal disposição quanto maior o grau de inquisitorialidade do sistema), a delação já não conta com um terceiro imparcial que depõe. Desta forma, seu depoimento deveria ser, ao contrário do tratamento extremamente valorado que sucessivamente se lhe atribui, relativizado. Exatamente pela sua parcialidade.

É justamente os limites que devem ser conferidos à valoração das palavras do delator que constitui tormentosa questão, considerando a ausência de balizas expressas no direito positivo e a oscilação da jurisprudência, sobretudo no que tange ao recebimento da acusação.

A despeito da ausência de previsão legal expressa que vede o recebimento da acusação que tenha amparo apenas nas declarações de delator, essa proscricção pode ser haurida do conceito de justa causa, que funciona como uma das projeções do princípio da presunção de inocência.

Com efeito, é função da dogmática penal analisar criticamente as nuances da delação premiada no direito pátrio, suprimindo as lacunas legislativas apresentadas.

Nesse sentido, é importante ter em mente que todas as declarações e documentos oriundos do delator são maculadas pelo signo da parcialidade, haja vista que, declaradamente, se trata de pessoa que busca benefícios a partir de acusações proferidas contra terceiros. Essa é a premissa que deve nortear a valoração probatória a ser conferida às palavras do delator.

FREDERICO VALDEZ¹⁵ aponta que as declarações do coimputado devem avaliadas à luz da presunção de inocência, que não pode ser desvirtuado pelas declarações do delator, porquanto “este meio de prova não se poderá racionalmente conferir os atributos de certeza e segurança, pois as informações do colaborador advém de pessoa interessada no processo.”

No mesmo sentido, PIERPAOLO CRUZ BOTTINI¹⁶ afirma que as palavras do delator servem ao início da investigação, mas não ao recebimento da acusação:

Isso não significa que declarações do colaborador ou seus manuscritos não sejam relevantes — são elementos aptos a dar início a investigações que possam levar a outros dados que corroborem sua versão, portanto, merecem consideração. E podem ensejar a concessão dos benefícios previstos em lei.

Mas não são suficientes para o início da persecução penal.

A colaboração premiada é um instrumento legítimo e importante para a investigação criminal, mas deve ser compreendida em seus limites, de forma que condenações e recebimentos de denúncia calcadas apenas na palavra do colaborador — por mais firme e coerente que seja — carecem de legitimidade..

¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: Legitimidade e procedimento*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 184.
¹⁶ A palavra do colaborador não é suficiente para o recebimento de denúncia. <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/direito-defesa-palavra-colaborador-nao-suficiente-recebimento-denuncia>. Acesso em 14 de outubro de 2019.

A restrição valorativa ao acordo de delação premiada decorre também da natureza jurídica do acordo de delação premiada. Tratando-se, por expressa disposição legal¹⁷, de meio de obtenção de prova¹⁸, não serve ao convencimento direito do julgador.

Ainda sobre a limitada valoração probatória das declarações do delator, o aludido autor assevera que há uma restrição ao livre convencimento do julgador em relação a estas, pela expressa insuficiência destas para condenação:

Ao contrário, trata-se de um regime de prova legal negativa, no qual se determina que somente a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado. O legislador não estabeleceu, abstratamente, o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço à presunção de inocência, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável.

Trata-se de uma regra de corroboração, exigindo que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros elementos de prova. Logo, a presença e o potencial corroborativo desse outro elemento probatório são *conditio sine qua non* para o emprego da delação premiada para fins condenatórios.

Vale dizer, o acordo de delação é um meio para que sejam obtidos elementos de prova, estes sim hábeis a fundamentar um ato decisório restritivo de direitos. Todavia, as declarações do delator, isoladamente, não consubstanciam elemento probatório suficiente à restrição de direitos que se traduz na admissibilidade da acusação, sobretudo pela parcialidade que marca essas declarações, a ensejar um juízo valorativo limitado.

Veja-se, ademais, a distinção entre as declarações do delator e o próprio acordo de delação, feita no bojo do HC 127.483, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que assentou a necessidade de elementos externos de corroboração em relação a palavra do delator, que, de forma isolada, não podem sustentar a acusação:

Neste particular, o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13, ao prever que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, inspira-se nitidamente no citado art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal italiano, que não exclui a utilizabilidade probatória das declarações feitas por coimputado sobre a responsabilidade alheia, mas, ao impor sua valoração conjunta com outros elementos que confirmem sua credibilidade (“attendibilità”), subordina sua utilização à necessidade de corroboração por elementos externos de verificação (GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura*

¹⁷ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada

¹⁸ GUSTAVO BADARÓ *acentua*: “A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de prova (por exemplo, a busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução história dos fatos.

penale. 6. ed. p. 323-324). Essa exigência de “corroboração para as declarações heteroinculpatórias do imputado”, nas palavras de Perfecto Andrés Ibáñez, é frequente na prática jurisdicional.

Especificamente sobre a valoração probatória das declarações do delator para fins de recebimento da peça acusatória, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, em algumas oportunidades, em sede de juízo de admissibilidade de ações penais originárias.

De início, veja-se o que fora decidido no INQ 3983, julgado no dia 03/03/2016, constantemente referido em outros julgados do Supremo Tribunal Federal.

No aludido inquérito, a denúncia foi parcialmente recebida e, especificamente em relação ao capítulo que era lastreada, segundo consta do acórdão, unicamente nas palavras dos delatores, foi rejeitada¹⁹.

No que concerne ao capítulo cuja acusação foi recebida pela Corte, é possível extrair a preponderância da versão dos delatores na fundamentação do *decisum*, com pontuais referências a elementos de corroboração que indicariam a existência de alegados encontros com entre delatores e delatados.

Prevaleceu, no aludido julgamento, o entendimento segundo o qual a “regra” seria o recebimento da acusação, devendo a defesa, segundo o acórdão, no bojo da ação penal, infirmar a versão dos delatores, apontando, por exemplo, as contradições²⁰.

Especificamente em relação às palavras do delator, o Ministro Marco Aurélio assentou, no julgamento suprarreferido, que o “*objeto da delação premiada não serve, por si só à condenação. Serve, em termos de indícios de autoria, ao recebimento da denúncia*”. Na mesma oportunidade, o decano da Corte asseverou que os elementos de informação prestados pelo agente colaborador podem servir à deflagração da ação penal, embora não sirvam ao decreto condenatório de forma isolada.²¹

¹⁹ Consta do acórdão que: “A primeira parte da denúncia é lastreada exclusivamente em depoimento de colaboradores que diziam que Fernando Soares agia em nome do parlamentar e do PMDB para recebimento de vantagem indevida.”
²⁰ Veja-se, por oportuno, mais um trecho do acórdão: “Extraíndo-se dos elementos constantes do inquérito provas mínimas da materialidade e indícios da autoria delitiva, não permitindo as respostas apresentadas concluir-se, além de dúvida razoável, pela improcedência da acusação, impõe-se o recebimento parcial da denúncia, porque também preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e não vislumbradas, de plano, as hipóteses de rejeição do art. 395, do mesmo Código, ressaltando-se que a regra é o recebimento da denúncia, para viabilizar a atuação do Ministério Público em defesa da sociedade, consubstanciando exceção ato a obstar a sequência das investigações” (Inq n. 3.276/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 8.11.2013).

Ressalte-se, de qualquer modo, que, conforme já anotado, o conteúdo da colaboração constitui apenas meio de obtenção de prova, que deverá ser desdobrado em outros elementos produzidos durante a instrução criminal, quando terá a defesa oportunidade de insurgir-se contra eventuais inconsistências existentes na versão escrita, inclusive solicitando ao colaborador, em juízo, que esclareça determinado ponto obscuro.

²¹ “Com tais providências, tal como pode acentuar em decisão proferida na Pet 5.700/DF, de que fui Relator, o legislador brasileiro procurou neutralizar, em favor de quem sofre a imputação emanada de agente colaborador, os mesmos efeitos perversos da denunciação caluniosa revelados, na experiência italiana, pelo Caso Enzo Tortora (na década de 80), de que resultou clamoroso erro judiciário, porque se tratava de pessoa inocente, injustamente delatada por membros de uma organização criminosa napolitana (Nuova Camorra Organizzata) que, a pretexto de cooperarem com a Justiça (e de, assim, obterem os benefícios legais correspondentes), falsamente incriminaram Enzo Tortora, então conhecido apresentador de programa de sucesso na RAI (Portobello). (...)”

Pareceu-me relevante destacar os aspectos que venho de referir, pois, **embora os elementos de informação prestados pelo agente colaborador possam justificar a válida formulação de acusação penal, não podem, contudo, legitimar decreto de condenação criminal**, eis que incumbe ao Ministério Público o ônus substancial da prova concernente à autoria e à materialidade do fato delituoso” (grifo aditado).

Por sua vez, em acórdão proferido no INQ 3982, também pelo Supremo Tribunal Federal, a acusação foi recebida com amparo primordial nas palavras de delatores premiados, ainda que reconhecidas as inconsistências e contradições existentes entre os relatos. Observa-se, entretanto, o cuidado em trazer referência a elementos de corroboração, acentuando que a deflagração da ação penal não teve esteio apenas nas declarações de corréus, a sinalizar a fragilidade destas para isoladamente lastrear o recebimento da exordial de acusação. Veja-se:

Ressalto, derradeiramente, que, ao contrário do que sustentado pelas defesas, a denúncia não vem amparada apenas em depoimentos prestados em colaboração premiada. Como acima consignado, há outros indícios que reforçam as declarações prestadas pelos colaboradores, tais como dados telefônicos, informações policiais e documentos, o que basta neste momento de cognição sumária.

Mais recentemente, em julgado proferido em dezembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal, no INQ 3994, rejeitou a denúncia à míngua de elementos de corroboração externos²², vencido o Ministro Edson Fachin, que recebia a denúncia. Percebe-se que o referido julgado já apresenta uma evolução jurisprudencial acerca do tema, especialmente quanto à imprestabilidade das declarações do delator para deflagração da ação penal.

Diversamente do que fora decidido em julgados anteriores, consignou-se, de forma expressa, a necessidade de elementos externos de corroboração, mesmo nesta fase de admissibilidade da acusação. São pertinentes para o presente estudo as palavras do Ministro Dias Toffoli, que, citando Vittorio Grevi, entende que incide sobre as declarações do delator uma presunção de falta de fidedignidade:

A meu sentir, se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem, parafraseando Vittorio Grevi, da mesma presunção relativa de falta de fidedignidade.

(...)

Nesse contexto, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando “adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória”. Essa, em verdade, constitui a sua verdadeira vocação probatória.

Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*.

²² Veja-se excerto que evidencia que a peça acusatória contava apenas com a narrativa dos delatores: Outrossim, no tocante ao conhecimento da suposta origem ilícita das doações eleitorais, existe apenas a palavra dos colaboradores premiados Alberto Youssef e Ricardo Pessoa, o que se mostra insuficiente para lastrear o recebimento da denúncia.

Como destacado no acórdão, a vocação da delação premiada seria justamente subsidiar a investigação de elementos outros, estes sim, aptos para configuração da justa causa penal. O entendimento esposado no acórdão mostra-se coerente com a natureza jurídica do acordo de delação premiada, eis que este, enquanto meio de obtenção de prova, se presta, justamente, para indicar elementos probatórios que devem ser angariados na fase de investigação preliminar.

Celebrado o acordo, prestadas as declarações pelo delator e instaurada a investigação preliminar, caso esta não logre êxito em reunir elementos externos de corroboração, deve-se concluir que o acordo e as declarações do delator não apresentam aptidão para subsidiar a acusação, porquanto incapazes de produzir, ainda na fase inquisitorial, elementos de corroboração. Vale dizer, não encontram ressonância em elementos outros, que possam lhes conferir credibilidade e plausibilidade.

Sobressai, ainda, do acórdão exarado no INQ 3994, a imprestabilidade de escritos produzidos unilateralmente pelo delator, que não podem ser considerados elementos externos de corroboração:

Não me olvido de que, em sua contabilidade paralela, os colaboradores premiados teriam feito anotações pessoais que supostamente traduziriam pagamentos indevidos aos parlamentares federais. Ocorre que uma anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem o condão de corroborar, por si só, o depoimento do colaborador, ainda que para fins de recebimento da denúncia. Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação.

Da mesma forma, também foi assentado no julgamento do INQ 4216, ocorrido em outubro de 2017, que as palavras do delator, de forma isolada, não se prestam a subsidiar a acusação. Neste caso, a denúncia foi rejeitada de forma unânime pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

É pertinente, nesse aspecto, a assertiva feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento *“com o registro de que vejo, pouco a pouco, vai-se cristalizando, ao menos nesta Turma, que denúncias baseadas apenas em delações premiadas não se sustentam e não podem ser acolhidas.”*

Extrai-se, portanto, a partir dos julgados supra referidos, a evolução jurisprudencial acerca do tema ora em estudo, consolidando-se o entendimento no sentido de inaptidão das declarações do delator, por si só, para recebimento da acusação, estendendo à fase de admissibilidade da acusação a restrição prevista na Lei 12.850/2013 quanto à valoração das palavras do delator para prolação de sentença condenatória.

Ainda que seja uma fase de cognição sumária, a aferição da justa causa exige incursão no contexto fático probatório, verificando a carga de convencimento trazida pelos elementos angariados na fase de investigação com o escopo de evitar ações penais desprovidas do necessário suporte fático.

Nessa premissa, a declaração do delator, desacompanhada de elementos externos, isto é, não produzidos por ele próprio, não se afigura suficiente para impor ao delatado o gravame de uma ação penal, diante da ínsita desconfiança que incide sobre a acusação efetuada por um corréu, sobretudo quando este obtém benefícios em decorrência da postura acusatória que adota.

É inegável que a celebração do acordo de delação premiada promove, no delator, o anseio de angariar fatos contra coimputados, haja vista que, quanto mais informações fornecer aos órgãos de acusação, maior seu poder de barganha²³. As peculiares circunstâncias do instituto, portanto, mitigam o valor probatório das declarações, retirando-lhe o potencial de preenchimento para a justa causa que, relembre-se sempre, deve funcionar como uma barreira à instauração de persecuções penais carentes de suporte probatório idôneo, isto é, exige-se a suficiência probatória para a admissibilidade da exordial acusatória.

Doutrina e jurisprudência convergem, portanto, para adoção, em relação às declarações do delator, para um sistema de prova legal negativa, isto é, de insuficiência das declarações do delator, quando isoladas de outros elementos, para início da persecução penal em juízo. Trata-se de entendimento que homenageia a presunção de inocência, que não ficará vulnerada em face de declarações dotadas de evidente parcialidade (haja vista do benefício concedido ao delator).

A mera celebração do acordo e as palavras do delator não bastam para que o Ministério Público se desincumba do ônus probatório.

Muito pelo contrário. Podem ser pontos de partida, mas não encerram a atividade probatória da acusação, como lamentavelmente parecem crer alguns membros ministeriais, que se contentam com as palavras delatórias e olvidam da necessidade de produção verdadeiramente probatória.

A investigação preliminar, nesse ponto, se presta exatamente a subsidiar e checar as afirmações do delator através da produção de elementos de corroboração. Não tendo logrado êxito, não é de esperar — e nem permitir — que o Ministério Público ainda assim promova ação penal com o escopo de utilizá-la como se inquerito policial fosse.

A deficiência da investigação em obter, a partir das declarações do delator, elementos externos, deve conduzir à rejeição da peça acusatória por ausência de justa causa.

Nesse aspecto, a jurisprudência que vem sendo firmada pelo Supremo Tribunal Federal privilegia a presunção de inocência e demonstra que a desconfiança legislativa conferida às palavras do delator (haja vista a expressa vedação de sentenças condenatórias proferidas com base apenas nessas declarações) apresenta sua face desde o juízo de admissibilidade da acusação, em vista de todos os efeitos deletérios que a assunção à condição de réu impõe ao sujeito passivo da persecução penal.

Conclui-se, assim, que as declarações do delator não possuem a necessária suficiência probatória para afastar a presunção de inocência e permitir que o julgador decida em desfavor do imputado, diante da baixa carga de convencimento que apresentam, exigindo-se elementos de corroboração externos, sendo este o entendimento que se consolida gradativamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

²³ Pertinentes sobre a fragilidade probatória das declarações prestadas pelo delator, são as palavras de RUBENS CASA-RA *“Se a cultura inquisitorial leva ao ‘primado da hipótese sobre o fato’, se na sociedade do espetáculo vigora o ‘primado da hipótese sobre o fato’, se na sociedade do espetáculo vigora o ‘enredo sobre a verdade’, a informação obtida na delação, se for ao encontro da certeza delirante do julgador e dos interesses do espetáculo, torna-se extremamente valiosa (que o digam alguns famosos delatores da recente história brasileira). (...).”*

Em resumo, a informação ‘obtida’ nas delações premiadas, muitas vezes alcançada após prisões e coações ilegítimas, em um quadro no qual direitos e garantias fundamentais estão afastados em nome da lógica neoliberal, não guarda qualquer relação necessária com a verdade. Trata-se de um mero negócio no qual o valor ‘verdade’ também é descartável enquanto significante ‘verdade’ passa a ser manipulado.

4. Considerações finais

1. Ainda num cenário de incertezas e amadurecimento quanto ao instituto da delação premiada, observa-se uma tendência, jurisprudencial e doutrinária, no sentido de restringir o valor probatório das declarações do colaborador já na fase de admissibilidade da acusação.

2. A chamada *presunção de ausência de fidedignidade* que incide sobre o elemento probatório suprarreferido impõe cautela ao julgador, sendo hábil para iniciar a investigação preliminar, mas insuficiente para vulnerar a presunção de inocência e preencher o conceito de justa causa penal, que se apresenta, exatamente, com o escopo de barrar ações penais desprovidas de lastro probatório mínimo.

3. A higidez da acusação depende, portanto, de elementos de corroboração externos, que confirmem e confirmem plausibilidade à versão do delator, verificando-se que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a tendência é a rejeição de ações penais amparadas unicamente em declarações de delatores ou cujos elementos externos não sejam contundentes e incisivos. Entendimento diverso, seria fazer tabula rasa do conceito de justa causa, aceitando que toda e qualquer afirmação, proferidas a torto e a direito, com intuito de obtenção de benefícios apresentasse o condão de vulnerar o plexo de garantias estabelecidas em favor do sujeito passivo da persecução penal.

Referências

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. **Colaboração Premiada**. Coord. Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013, São Paulo, Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A palavra do colaborador não é suficiente para o recebimento de denúncia**. <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/direito-defesa-palavra-colaborador-nao-suficiente-recebimento-denuncia>. Acesso em 14 de julho de 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Revista de Legislação e de Jurisprudência. **Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a Operação Lava Jato**.

CASARA, Rubens R.R. **Processo Penal do Espetáculo**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018, p. 69.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado das provas em direito criminal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para decisão judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia da prova obtida por métodos ocultos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e procedimento**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: Táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 3. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COLABORAÇÃO PREMIADA: ENTRE FATOS E TESES

ICARO ALMEIDA MATOS

Juiz de Direito Titular da 1ª Vara Especializada Criminal da Comarca de Salvador/BA. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela UFBA (2015). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito (2010). Especialista em Gestão Pública e Empresarial com ênfase em Política e Estratégia pela FABAC (2006). Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1997). Professor de Direito Penal e Processo Penal.

RESUMO

O presente trabalho aborda um tema que divide opiniões no cenário jurídico brasileiro: a colaboração premiada enquanto negócio jurídico penal. Os críticos apontam que a utilização do instituto implica em reconhecer a falência do Estado para combater o crime organizado, alinhando-se a anseios punitivistas, sob falso discurso de combate à criminalidade. Entretanto, tem sido utilizada com frequência cada vez maior, sobretudo, em casos penais que envolvem corrupção, crimes diversos contra a Administração Pública, lavagem de dinheiro, dentre outros complexamente estruturados, que, por si sós, demandam técnicas mais aprimoradas de apuração, tendo em vista as dificuldades investigativas e probatórias. Assim, pretende-se justificar a utilização dos acordos de colaboração, enquanto instrumento útil à persecução criminal, somente quando estes observem direitos e garantias constitucionais e quando atendam aos requisitos estruturais típicos. Portanto, este artigo, considerando a inexistência de teses solidificadas sobre o assunto, sem tratar de casos específicos apreciados pela justiça brasileira e sem a menor pretensão de esgotar a temática, traça uma evolução histórica dos elementos negociais com influência no Direito Penal brasileiro, construindo conceitos e extraindo fundamentos, a partir de revisão literária e de análise de julgamentos realizados pela Suprema Corte.

Palavras-chave: Direito Penal. Processual Penal. Acordo. Negócio Jurídico. Colaboração. Efeitos. Sanções Premiais. Controle. Direitos e Garantias Fundamentais. Persecução penal. Funcionalidade.

ABSTRACT - This paper deals with a theme that divides opinions in the Brazilian legal scenario: the awarded collaboration as a criminal legal business. Critics point out that the use of the institute implies recognizing the failure of the state to fight organized crime, aligning itself with punitive aspirations, under false discourse to combat crime. However, it has been increasingly used, especially in criminal cases involving corruption, miscellaneous crimes against public administration, money laundering, among others that are complexly structured, which, in themselves, require more refined investigation techniques. In view of probative and investigative difficulties. Thus, it is intended to justify the use of collaboration agreements, as

a useful tool for criminal prosecution, only when they observe constitutional rights and guarantees and when they meet typical structural requirements. Therefore, this article, considering the lack of solidified theses on the subject, without dealing with specific cases appreciated by the Brazilian justice and without the slightest pretense of exhausting the theme, traces a historical evolution of the business elements with influence on Brazilian Criminal Law, building concepts and drawing grounds from the literary review and review of judgments made by the Supreme Court.

Keywords: Criminal Law. Criminal Procedure. Wake up. Juridic business. Collaboration. Effects. Award Sanctions. Control. Fundamental Rights and Guarantees. Criminal prosecution. Functionality.

1. Introdução

No Brasil, uma das demandas sociais que assume protagonismo é, sem dúvidas, o combate à corrupção, reclamando do Direito, enquanto instrumento de construção social, a criação, o aprimoramento ou a redefinição de institutos que possibilitem uma intervenção do Estado para a solução do problema, obviamente, sem descuidar do todo sistêmico, que deve irradiar de um núcleo imantador de direitos e garantias.

Neste cenário, encontra-se em discussão o negócio jurídico processual que, tendo maior amplitude e liberdade de aplicação na área cível, ganha contornos cada vez mais relevantes na seara penal, sobretudo, pelas críticas diuturnas à ineficiência do Estado no combate à criminalidade, à morosidade do Judiciário e na inefetividade de decisões judiciais tardias.

O presente trabalho não pretende discutir aspectos ligados ao aumento de determinadas espécies delitivas sofisticadas, as formas de atuação do Poder Público, nem se debruça sobre o enfrentamento sério (ou não) das causas de aumento da criminalidade. Para tanto, remeto o leitor curioso a outras pesquisas, inclusive, minha dissertação de mestrado, conclusiva ao diagnosticar que o Brasil, embora adote uma postura híbrida de enfrentamento da criminalidade, prioriza as práticas tradicionais mais próximas da cultura do controle, com medidas conservantistas, dentre as quais, a política do máximo encarceramento, pelo imediatismo da resposta que proporciona à sociedade (MATOS, 2015).

Neste estudo, o foco é a utilização da colaboração premiada como instrumento que concede favores legais ao colaborador supostamente em troca de uma contribuição útil à persecução penal.

E, para construirmos um conceito preciso do instituto, estabelecendo a natureza jurídica do pacto premial; para discorrermos sobre as etapas da formalização e necessário sistemas de controle; para analisarmos o status processual do colaborador, especialmente, quando corréu; importante realizar um breve histórico, oportunidade em que constataremos que a premiação do agente cooperador vem sendo prevista na legislação brasileira, desde as bases de um processo penal tipicamente inquisitório (Império) até os dias atuais (Lei das Organizações Criminosas, mais recente diploma legal), em um modelo processual acusatório, ainda que críticas incisivas sejam feitas por muitos juristas, a ponto de Aury Lopes Júnior (2019) defender que o processo penal brasileiro é *neo inquisitório*.

Fato é que, apesar da previsão de aspectos característicos de “elemento negocial inserido no processo penal”, como bem denominou Callegari e Linhares (2019), as diversas

legislações que antecederam a Lei nº 12.850/2013 mencionavam a postura do colaborador e suas consequências de forma muito tímida, ora aproximando-as do perdão judicial, ora de medida de não persecução, ora de atenuantes e de minorantes, sem reconhecer, entretanto, um instituto processual autonomamente definido.

2. Evolução histórica do Negócio Jurídico Penal

As Ordenações Filipinas previam o perdão para quem confessasse crime de Lesa Magestade, antes de descoberto, ou para quem, no caso de crimes diversos, entregasse outros “malfeitores” à prisão.

A Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986, art. 25, parágrafo 2º) e a Lei de Crimes Tributários e Econômicos (Lei nº 8.137/1990, art. 16, parágrafo único), reconhecendo as dificuldades de investigação e de prova referentes às espécies delitivas em comento, trazem a previsão de minorante (de um a dois terços) para o acusado colaborador que espontaneamente confessar a prática criminosa.

A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990, art. 8º) trouxe a possibilidade de redução de pena de um a dois terços para o delator (participante ou associado) que, em razão da sua conduta colaborativa, viabilizasse o desmantelamento da quadrilha ou bando (antiga nomenclatura para a atual associação criminosa), introduzindo, segundo Nefi Cordeiro (2019), a regra da utilidade, a vincular o resultado da colaboração aos fatos do processo, o que se repete em diversas outras normas.

A antiga Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/1995), revogada pela Lei nº 12.850/2013, manteve o mesmo intervalo redutor de pena, de um a dois terços, previsto na Lei de Crimes Hediondos, mas, além de exigir o resultado útil (esclarecimento de crimes), cumulativamente, passou a exigir como resultado, também, a identificação de seus autores. Inovou, entretanto, com a introdução do elemento normativo espontaneidade, embrião da característica necessária da voluntariedade enquanto elemento estrutural da atual colaboração premiada.

A Lei 9.099/1995 introduziu medidas despenalizadoras, a exemplo da composição civil dos danos e da transação penal, propostas, quando cabíveis, na audiência preliminar, prevista no art. 76 do aludido diploma legal.

A Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha (Lei nº 9.807/1999), de forma inédita, desvinculou a possibilidade de concessão dos “prêmios” aos colaboradores com espécies delitivas predeterminadas, ampliando para todos os fatos (em tese típicos). Consequentemente, passou-se a advogar a aplicabilidade, com retroação benéfica, da referida norma, robustecendo a figura do negócio jurídico-penal.

Especificamente, no art. 13, a aludida lei previu a possibilidade de perdão judicial (com extinção da punibilidade) para o réu primário e com circunstâncias judiciais favoráveis que, em razão de sua postura colaborativa, tenha promovido a identificação de demais co-autores ou partícipes da ação delitiva; tenha promovido a localização de eventual vítima, com preservação de sua integridade física; tenha possibilitado a recuperação total ou parcial de produto do crime.

Já no art. 14, disciplinou a redução da pena, de um a dois terços, no caso de condenação do acusado colaborador que tenha promovido a obtenção dos mesmos resultados antes mencionados.

Ademais, são importantes marcos - antecedentes à definição da colaboração premiada como um instituto autônomo - as Convenções das Nações Unidas Contra o Crime Organiza-

do Transnacional e Contra a Corrupção, tendo o Brasil sido signatário de ambos, resultando, respectivamente, no Decreto nº 5.015/2004 e no Decreto nº 5.687/2006, enquanto normatividade interna.

Ambos tratavam da possibilidade de premiar, com imunidade judicial ou redução de pena, os investigados e acusados que promovessem a intitulada “cooperação substancial” na apuração de crimes afetos às respectivas Convenções, dentre eles, a corrupção, com a finalidade de estabelecer a promoção e o fortalecimento de medidas eficazes e eficientes de combate desse mal.

A Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 41) também previu um redutor de pena para o acusado que, voluntariamente, contribua para a identificação de demais co-autores ou partícipes do delito e na recuperação de produto do crime (total ou parcialmente).

Finalmente, a Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas vigente) vem dar maior intensidade ao elemento negocial, inovando quanto ao seu detalhamento legal e quanto aos seus efeitos práticos, embora tenha normatizado de forma incompleta o seu procedimento, gerando uma espécie de tensão entre a lógica regente do devido processo legal e do devido processo consensual (MENDONÇA, 2017).

Daí porque, o instituto vem se consolidando a partir da prática forense (nem sempre com respeito ao sistema de garantias, bem verdade), tomando-se por base o entendimento firmado através do controle judicial, tanto na fase de homologação quanto na fase de implementação das sanções premiais e, sobretudo, “nos critérios estáveis na caracterização da colaboração premiada: proporção de favores pelo interesse estatal, favor judicial e de resultado, utilidade e voluntariedade” (CORDEIRO, 2019, p.12).

3. Conceito e natureza jurídica do Pacto Premial

Como dito, apesar de elementos negociais estarem presentes no direito penal brasileiro, apenas recentemente a colaboração premiada vem se destacando no cenário processual penal, de sorte que a consolidação do instituto se confunde com a construção prática de conceitos, natureza jurídica e procedimento.

Na atualidade, a colaboração premiada tem como principal base normativa a Lei de Organizações Criminosas, reportando-se a vínculos associativos de maior complexidade, estruturados, geralmente, com obediência a uma hierarquia e divisão de tarefas. Essa criminalidade, não raro, envolve crimes contra a Administração Pública, crimes econômicos e financeiros, lavagem de dinheiro, o que demanda a utilização de técnicas mais aprimoradas de investigação e de realização probatória. Daí porque, permeados por discursos de eficiência e maior celeridade à persecução criminal, a colaboração vem sendo utilizada com certa frequência.

Neste sentido, importante o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, englobando tanto a análise de acordos entre colaboradores com prerrogativa de foro quanto a análise decorrente de revisita a aspectos de acordo de colaboração pactuados em outras instâncias, levados à Suprema Corte por meio de ações autônomas de impugnação.

Dos diversos julgamentos realizados, não há dissonância entre jurisprudência e doutrina a respeito da natureza contratual do acordo de colaboração, ainda que seja um contrato com certas especificidades, porque envolve conceitos comumente utilizados pelo direito privado sob a ótica não colidente com institutos do direito público e, em última análise, a persecução penal, com todo o regramento a ela circundante. Com esta percepção, vejamos alguns destaques.

O Ministro Luís Roberto Barroso, Relator do AgR no Inquérito 4405/DF, 1ª Turma,

Dje 05/04/2018, afirmou que “o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico personalíssimo, o que significa dizer que suas cláusulas produzem efeitos apenas nas esferas jurídicas do colaborador e do Órgão Acusador”.

No mesmo sentido, o Ministro Alexandre de Moraes destacou que o acordo premial é um “negócio jurídico personalíssimo, no campo do direito público” (vide Questão de Ordem - Pet 7074 QO – Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, Dje de 14/05/2018).

Já nos dizeres do Ministro Dias Toffoli, HC 127.483/PR, de sua Relatoria, Tribunal Pleno, Dje de 04/02/2016:

o acordo de colaboração é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Portanto, é ponto pacífico a natureza de “negócio jurídico-penal” ou de “pacto negocial”, nas palavras, respectivamente, do Ministro Marco Aurélio Melo e do Ministro Celso de Mello (vide julgamento da Questão de Ordem antes referida).

Isto porque, como advertido por Ortiz Pradillo *apud* Callegari (2019, p. 43), em tradução livre, “como critério objetivo, é necessária a coexistência de elementos que corroborem a declaração incriminadora do corréu, elementos estes que devem ser obtidos por meio de outras provas autônomas produzidas no processo com todas as garantias”. Neste sentido, confira acórdão da Ação Penal AP 694/MT, STF, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, Dje 31/08/2017.

Pela regra da utilidade, temos a delimitação do espectro de abrangência do acordo de colaboração aos fatos/objetos de determinada investigação ou processo. Ou seja, a utilidade da colaboração deve alcançar apenas o caso penal versado, evitando-se a efetivação de um direito penal do autor, ao invés do direito penal do fato.

Por voluntariedade, temos que a colaboração pode partir tanto do órgão estatal quanto do colaborador, sendo certo que deve ser pautada na vontade livre, sem coerção de terceiros, ainda que o agente interessado em colaborar esteja preso.

Obviamente, não se pode admitir o (ab)uso de prisões cautelares com a finalidade de forçar uma colaboração, obtendo facilitadores para a persecução criminal. Todavia, como destacado no HC 127.483/PR, julgado pelo Pleno do STF, não se pode também proibir que o agente eventualmente preso celebre acordo de colaboração premiada para obtenção de sanções premiais, sob pena de malferimento ao princípio da isonomia. Compete ao juiz, quando da homologação do pacto penal, verificar – isto sim – a liberdade psíquica do agente negociador.

Seguindo-se na caracterização do instituto, importa registrar que a colaboração premiada não é favor de conduta, mas sim de resultado. Isso quer dizer que pouco importa a boa vontade do sujeito em colaborar. Para fazer jus aos prêmios negociados, é imprescindível que se produzam, válida e legitimamente, as provas necessárias à condenação dos demais envolvidos e/ou do próprio colaborador, que, por óbvio, não podem ficar adstritas ao conteúdo delatado.

Na mesma linha de intelecção, é mister que se alcancem as apreensões dos produtos do crime quando objeto do pacto; que seja esclarecido o mecanismo informado de lavagem de dinheiro, apontando o patrimônio transformado com aparência de lícito; que se esclareçam os mecanismos utilizados para a promoção das manobras fraudulentas tendentes à redução ou supressão de tributos (em crimes tributários); dentre outros aspectos que demonstrem

resultado material como cumprimento do acordo de colaboração.

Ademais, premia-se, justamente, na proporção dos resultados obtidos (art. 4º, caput, Lei nº 12.850/2013), o que demanda análise judicial no momento da prolação da sentença, a fim de que se tenha exata extensão e proporção das minorantes ou perdão judicial eventualmente homologados no pacto. Donde se conclui que, não se pode pactuar valores exatos de penas nem mesmo fração precisa de minorantes, uma vez que a dosimetria integra a reserva de jurisdição, decorrente de uma atividade discricionária (mas não arbitrária) do julgador. Daí falar-se, em regra, que a colaboração premiada é favor judicial.

Com efeito, a colaboração que gera o favor ministerial, medida de excepcionalidade do art. 4º, parágrafo 4º, da Lei 12.850/2013, consistente no acordo de não persecução, requer a obediência a critérios predefinidos adicionais, quais sejam: o colaborador não ser o líder da organização criminosa e ser a primeira pessoa a prestar colaboração real/concreta com as investigações. Ainda assim, é obrigatória a homologação judicial.

Trata-se de medida, como dito, excepcional, que tem fundamento no sistema acusatório, segundo o qual o juiz não pode deflagrar nem obrigar que se deflagre a ação penal; considera-se também a primazia do processo penal, enquanto instrumento de garantias, além do destaque aos princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal.

De todo o exposto, apresentamos o seguinte conceito: a colaboração premiada é um negócio jurídico personalíssimo, que tem como cerne a vontade livre exteriorizada pelo colaborador (sempre assistido por defesa técnica) e o Estado, no qual são estipulados direitos e deveres para aquele que, cumprindo com suas obrigações, passa a ter direito subjetivo aos benefícios previstos no acordo devidamente homologado por autoridade judiciária.

De igual sorte, a natureza jurídica é de instrumento processual, ainda que agregue sanções premiais típicas de direito material, que visa a colheita de elementos ou fontes de prova, pautada pela regra da utilidade, haja vista que circunscrita ao objeto da investigação ou do processo criminal correlato.

4. Controle judicial na homologação e na implementação

A regra constitucional de separação dos poderes implica na definição expressa das atribuições de cada órgão, cabendo ao Judiciário a função precípua de proferir decisões judiciais fundamentadas.

No caso do acordo de colaboração premiada, o art. 4º, parágrafo 8º, da Lei de Organizações Criminosas, estabeleceu para os negociadores as escolhas dos favores e os seus limites (dentro da permissividade do ordenamento jurídico), reservando para o julgador, por primeiro, a análise sobre a regularidade e a legalidade do pacto premial e, posteriormente, a análise sobre o cumprimento da avença homologada.

Desta forma, a intervenção judicial é exercida em duas etapas distintas, a de homologação e a de implementação das sanções premiais, enfeixando o sistema de controle, necessário para reprimir ilegalidades e a utilização indevida do instituto.

Na fase de homologação, o magistrado deve verificar se houve obediência aos princípios constitucionais e processuais, às regras do negócio jurídico, às especificidades do direito administrativo e ao procedimento legal da colaboração.

Sobre este aspecto, lúcida a lição de Nefi Cordeiro (2019, p. 93):

O amplo controle da legalidade, realizado pelo magistrado na

homologação, examinando princípios e regras do sistema jurídico aplicáveis ao negócio jurídico processual, excede o mero exame de regularidade do procedimento e vem a analisar a validade formal e a própria validade do conteúdo material dos termos negociados. A desobediência às regras do negócio jurídico civil (como negociação do produto do crime, coisa ilícita), às regras de direito público (como o favorecimento do cidadão sem contrapartida útil ao Estado, violando a bilateralidade), a princípios constitucionais (afetando a impessoalidade, moralidade ou eficiência) ou processuais (princípio da não autoincriminação, do contraditório...) torna nula a cláusula avençada. Cumpre ao juiz eliminar termos contratuais nulos e afastar excessos em cláusulas negociadas, limitando-se ao que válido seja.

Este é um ponto bastante sensível e que merece atenção criteriosa do julgador. Se por um lado, concordamos com a tese do afastamento judicial, na fase da homologação, de cláusulas que inobservem o sistema de direitos e garantias e que violem o regramento específico do instituto premial, discordamos frontalmente de quem defende o reexame interno pelo órgão estatal (Ministério Público ou Polícia Judiciária).

Nesta linha, o próprio Nefi Cordeiro (2019, p.93), menciona a possibilidade de, em caso de “divergência judicial quanto ao conteúdo material do acordo, diante de excessivos favores estatais ou obrigações exigidas do colaborador”, aplicar-se, por analogia, o art. 5º (recurso hierárquico ao Chefe de Polícia) e o art. 28 (submissão ao Procurador-Geral do Ministério Público), ambos do Código de Processo Penal.

Acompanhe o raciocínio, tomando como premissa a última possibilidade acima descrita. Se, aplicando o art. 28, do CPP, a resposta do Procurador-Geral do Ministério Público, em reexame, for de convergência com o entendimento do presentante ministerial quanto ao pedido de arquivamento do inquérito, é certo que o juiz fica obrigado a acolher o pleito.

Admitindo-se a aplicação, por analogia, do referido dispositivo, entendendo excessivos ou mesmo ilegais os favores ou, ainda, abusivas as obrigações impostas ao colaborador, após manifestação do Procurador-Geral do Ministério Público confirmatória do conteúdo material da avença viciada, estaria obrigado o magistrado a consentir com o negócio jurídico-penal?

Não tenho dúvidas de que a resposta é negativa. E por uma razão bem simples: o acordo homologado deve, em regra, ser cumprido por ambas as partes. De sorte que, se devidamente adimplida a obrigação do colaborador, com a entrega do resultado útil à persecução, necessariamente, o Estado deve conceder os prêmios prometidos, constantes de ato jurídico perfeito, na dicção do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, a menos que, na fase de implementação, sejam constatadas causas supervenientes (frise-se) de nulidade. Admitir-se o contrário seria pactuar com o *venire contra factum proprium*.

Assim, se a implementação das sanções premiais constantes do acordo (segunda etapa do controle judicial, quando da prolação da sentença definitiva) vincula o Poder Judiciário, por óbvio, que a sua homologação, necessariamente, tem que se dar pelo crivo judicial. Portanto, já na primeira fase, deve ser feita análise acerca da regularidade formal do pacto, da possibilidade do objeto pactuado, da observância aos direitos e garantias fundamentais e dos elementos estruturais enquanto regramento específico do instrumento negocial. De sorte que, deve o juiz deixar de homologar cláusulas excessivas, abusivas, ilegais, na sua forma e conteúdo (ainda que não faça uma análise exaustiva de mérito e conveniência), porque inexistente discricionariedade pura ou isenta de controle principiológico pelo Judiciário.

A título de arremate deste aspecto, ainda quando o prêmio seja a imunidade processual, consistente na não denúncia, prevista na Lei de Organizações Criminosas de forma excepcional, a homologação pelo Judiciário é necessária, não havendo espaço para aplicação do art. 28, do Código de Processo Penal, porque implicaria em famigerada interferência do magistrado em função típica do órgão acusador, violando-se regramento basilar do sistema acusatório.

5. Status processual do colaborador premiado

Para destacarmos o status do colaborador em um processo criminal, dois aspectos são relevantes. Primeiro, verificar se ele é corréu na ação penal. Segundo, em sendo corréu, analisar o momento em que realizou o acordo de colaboração premiada, pois, a depender da hipótese, o procedimento padrão adotado como rito da instrução criminal deve ser adaptado às especificidades dos efeitos naturalmente decorrentes do cumprimento do acordo premial.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades (vide HC 157.627/PR, 2ª Turma, e HC 166373/PR, Tribunal Pleno), concedeu a ordem de habeas corpus para anular a decisões do juízo de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à fase de alegações finais. Nos dois writs, frisou-se que “a ordem constitucional sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado”, deve ser observada nos casos de ações penais envolvendo corréus colaboradores.

O referido posicionamento do STF não enfrenta por completo a profundidade deste aspecto da colaboração premiada, mas representa início de um entendimento coerente, sobretudo, se, aliado a ele, observarmos manifestação bastante anterior da própria Corte (vide HC 127.483/PR, Dje de 27/08/2015), em sede da qual o Ministro Dias Toffoli – Relator – afirmou não restar dúvida de que “(...) o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim”, o que nos faz presumir que, a princípio, o STF reconhece a diferença entre as situações colocadas no pórtico deste capítulo. E, realmente, são diversas. Vejamos.

Não sendo o colaborador parte no processo criminal, a sua participação nos atos instrutórios é na condição de testemunha da acusação, sem maiores dificuldades de entendimento porque o acordo de colaboração em si não é meio de prova, mas meio de obtenção de prova, como já antes afirmado.

Assim, uma das provas a ser produzida é o depoimento do colaborador em juízo, respeitando-se as regras do jogo processual, seguindo-se a ordem de inquirição prevista na lei, qual seja, eventual vítima, testemunhas de acusação, de defesa e, por último, o interrogatório do acusado.

Sendo o colaborador corréu na ação penal, o cenário processual muda completamente, porque ele passa a ter uma posição processual com evidente carga acusatória. Importa, nesta condição, verificar se o acordo de colaboração foi pactuado e homologado antes de iniciar a instrução ou após sentença de mérito.

Se a avença premial é anterior ao início da produção de provas, existe um compromisso contratual do colaborador com a tese acusatória. Quando o acordo de colaboração, entretanto, é posterior à prolação de sentença, em regra, não haveria compromisso probatório de endosso do colaborador à pretensão acusatória.

E aqui reside outro ponto sensível acerca do assunto: qual o status processual do corréu colaborador que pactua com o Estado, ainda na fase investigativa – ou – no início do processo, antes de iniciada a instrução criminal?

Na visão de Aury Lopes Júnior (2019), teria o status, em verdade, de uma testemunha qualificada, justamente, por levar consigo, durante o processo, uma carga acusatória.

Sem embargo do fundamento da condição ostentada, convergindo com a tese de que não pode o colaborador premiado, nessas condições, ser considerado meramente um acusado (como os demais delatados), prefiro sustentar que o corréu colaborador é um acusado com função sui generis e resistência esvaziada.

Com efeito, a partir do momento em que o acordo de colaboração é homologado, com o fito de dar funcionalidade à persecução penal, temos uma condição suspensiva: antes de implementada a condição, enquanto evento futuro e incerto, não se entrega o prêmio. Por consequência lógica, os benefícios premiaiais somente serão concedidos ao colaborador após entrega do resultado por ele prometido e de interesse útil ao Estado.

Vale dizer, se o colaborador persistir no propósito inicialmente pactuado de colaborar para obter os favores constantes do acordo homologado, em verdade, ele adere à pretensão acusatória, assumindo uma função sui generis no processo, pois, apesar de não perder a condição de parte, tem esvaziada a sua resistência.

Neste sentido, ponderada a visão de Aury Lopes Junior (2019), em recente artigo publicado no Conjur, segundo quem, para essa figura híbrida do delator acusado (que serve, a um só tempo, como prova trazida pela acusação e para comprovação de sua tese, ainda que também esteja sendo acusado), exige um tratamento diferenciado durante a instrução criminal.

Logo, é necessário que a postura do magistrado, na condução dos atos instrutórios, em casos que tais, seja também diferenciada do padrão convencional, ainda que não haja norma procedimental expressa prevendo o rito.

Com efeito, vivenciamos o fenômeno da normatividade dos princípios, sobretudo dos princípios constitucionais, que há muito perderam a função meramente supletiva e de colmatação de lacunas, passando da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do direito, tendo, assim, essência normativa e atuação hermenêutica (SAMPAIO JÚNIOR, 2008).

Ainda sobre a força normativa dos princípios e sua identidade como vetores hermenêuticos:

Esta perspectiva teórico-jurídica do “sistema constitucional”, tendencialmente “principlista”, é de particular importância, não só porque fornece suporte rigoroso para solucionar certos problemas metódicos [...], mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema.[...] a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da Constituição. (CANOTILHO, 1999, p. 1.089)

Assim, o interesse natural que o colaborador tem, em razão da necessidade de cumprir com suas obrigações para obtenção do seu benefício, coloca-o na posição de combate com a defesa dos demais réus, constituindo um equívoco a sua oitiva apenas no fim da instrução (procedimento padrão previsto no Código de Processo Penal), uma vez que esta regra tem fundamento no princípio constitucional do *due process of law*, do qual são corolários o contraditório e a ampla defesa.

De dizer-se, a Carta Magna consagra a amplitude de defesa, que abrange a defesa técnica e a autodefesa (cujo ponto máximo é o ato de interrogatório). Prevê o contraditório como

indispensável, também, à concretização substancial do devido processo legal, garantindo-se o direito à informação e de possibilidade de reação ao acusado.

De sorte que, se a finalidade do interrogatório, como último ato, colhido apenas depois da produção de prova, é oportunizar ao réu se defender de todas as hipóteses acusatórias, no caso de corréu colaborador, a sua estratégia defensiva endossa a tese acusatória contra os demais acusados, uma vez que integra o núcleo do próprio contrato celebrado.

Assim, para além de apresentar alegações finais após o órgão acusador e antes dos demais corréus delatados, considerando a natureza de *acusado com função sui generis e resistência esvaziada*, deve ser oportunizada a oitiva do corréu colaborador antes do depoimento das testemunhas dos demais acusados, ainda que aquele venha a ser reinterrogado ao final da instrução, apenas e tão somente, quanto aos aspectos subjetivos que lhes aproveitem, pois:

1) “a possibilidade de refutação pela defesa constitui elemento indispensável à validade jurídica de um processo penal estribado na verificação do fato como condição para punição do acusado” (PRADO, 2019, p.66);

2) a inobservância deste procedimento não usual (mas, construído com base na interpretação sistêmica do ordenamento jurídico), importaria um encargo ilegal à defesa, consistente na perda de uma chance probatória, com ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal.

6. Considerações Finais

O aumento e a variação de espécies delitivas estão associados à história da humanidade, sobretudo, após incitação ao consumo vivenciado pela sociedade globalizada, reclamando do Direito adequação à realidade fenomênica para uma resposta efetiva, eficaz e célere aos conflitos apresentados, ainda que o aprimoramento deva observar os vieses causas e consequências da problemática referida.

Neste contexto, a colaboração premiada é uma realidade sem volta na persecução penal brasileira, apesar de continuar dividindo opiniões no cenário jurídico, mormente, após a sua utilização, cada vez mais frequente, enquanto instrumento negocial personalíssimo que obriga colaborador e o Estado.

A constante dualidade entre críticos e entusiastas da medida perpetua a tensão entre sua caracterização enquanto instrumento a serviço de anseios punitivistas e a entrega de funcionalidade, celeridade e eficiência à persecução criminal, sem que, na prática, represente ganho algum na melhoria de teses que respeitem direitos e garantias constitucionais.

Sem embargo de testes contrárias, não se pode demonizar a colaboração enquanto instituto processual, que tem demonstrado potencial auxílio na busca de elementos de obtenção de prova, sobretudo, em casos complexos de criminalidade organizada, envolvendo corrupção, lavagem de dinheiro, crimes tributários e econômicos, dentre outros, que geram circunstâncias danosas ao meio social.

Entretanto, é preciso solidificar e, por vezes, reconstruir conceitos e teses a respeito da aplicabilidade do instituto, refletindo criticamente sobre os fundamentos já apresentados pela doutrina e jurisprudência.

Em última análise, temos que enxergar a figura do colaborador e a sua participação no cenário fático-processual com as especificidades naturalmente decorrentes da pactuação colaborativa, jamais descurando de uma hermenêutica constitucional para a efetivação dos controles imprescindíveis à evitação de abusos.

Referências

- BADARÓ, Gustavo. **Processual Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.dji.com.br/codigos/1941_dl_003689_cpp/cpp001a003.htm. Acesso em: 18 de out. 2019.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoC3%A7ao.htm. Acesso em: 18 de out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 7492/1986**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 81237/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8072/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9034/1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9099/1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9807/1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 5015/2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 5087/2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 11343/2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12850/2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 17 de out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 127483/PR**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 15 de out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 157627/PR**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5472232>. Acesso em: 15 de out. 2019.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 166373/PR**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>. Acesso em: 15 de out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 694/MT**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194>. Acesso em: 15 de out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet-QO nº 7074**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204385>. Acesso em: 15 de out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR no INQ nº 4405/DF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149755>. Acesso em: 15 de out. 2019.
- CALLEGARI, André Luís. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** / André Luís Callegari, Raul Marques Linhares. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2019.
- CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CONJUR, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-27/limite-penal-correu-dela-tor-ouvido-antes-testemunhas-defesa>. Acesso em: 19 de out. 2019.
- CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada. Caracteres, Limites e Controles**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MATOS, Icaro Almeida. **A reforma processual penal, o (novo) regime jurídico da prisão preventiva e a tutela do risco da liberdade do indivíduo: estudo de caso do núcleo de prisão em flagrante de Salvador (NPF)**/ por Icaro Almeida Matos – 2016.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e autonomia da vontade**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Tereza de Assis (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo Penal Constitucional: Nova concepção de Jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

NESTOR TÁVORA

Ex-Defensor Público – AL. Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pelas Faculdades Jorge Amado. Professor da Escola de Magistrados da Bahia. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Professor da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes. Professor da Faculdade Baiana de Direito nos cursos de graduação e Pós-Graduação. Coordenador da pós-graduação em Direito e Processo Penal no IMADEC e no IGD.

ROSMAR RODRIGUES ALENCAR

Juiz Federal – AL. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFBA. Especialista em Direito Processual Penal (FESMP/RN). Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL). Professor Titular do UNIT/AL. Professor da Faculdade Seune/AL. Professor em cursos de pós-graduação e na Escola Superior da Magistratura de Alagoas. Membro da Academia Maceioense de Letras, da Associação de Juizes para a Democracia - AJD e do IBCCRIM. Ex-Proprietor de Justiça – RN. Ex-Defensor Público da União. Ex-Juiz Militar do CPJ/AL.

1. Introdução

A doutrina, tradicionalmente, classifica a prova. Longe de ser uma descrição fundada apenas em um juízo estético de beleza, aquele nexa – juízo entre um conceito abstrato de conformação e de empiria – relaciona o conceito axiológico de plenitude ou não plenitude para fins condenatórios com elementos que aptos ou inaptos a possibilitar cognição, conhecimento de um fato, a partir de critérios epistemológicos, científicos, transcendentais à mera opinião, *doxa*.

Prova plena é prova que preenche requisitos para formação de juízo de certeza. Diferentemente, prova semiplena e prova não plena são as que não possuem aquele condão. O juízo de certeza é um nexa entre, de um lado, a estrutura de adequação científica e, de outro, os elementos constatáveis por intermédio de todo o percurso probatório. Deve haver subsunção entre os dois conceitos, sob os ângulos objetivo – argumento que coroa a produção probatória – e subjetivo – *aletheia*, que encerra o evoluir da convicção.

O propósito deste texto é alinhar parâmetros que sirvam para classificar a colaboração premiada disciplinada na legislação de controle da criminalidade organizada. Esse objetivo se justifica em razão da denominada ampliação dos espaços de consenso no processo penal que, embora seja expressão de data mais remota, teve repercussão recente no sistema jurídico brasileiro. O acolhimento do instituto por largo setor de atores do sistema de “persecução penal” seria a razão que tornaria o tema relevante para fins de estudo.

Em primeiro lugar, deve-se perguntar: qual a relação da colaboração premiada com o conceito de prova? É ela prova em sentido estrito? Pode ser considerada prova plena – para justificar condenação – em relação a algum elemento de tipo penal delituoso?

Em segundo, a colaboração premiada gizada na Lei nº12.850/2013 é compatível com o sistema de garantias fundamentais? Quais as garantias que permitem ou que proíbem a colaboração premiada? Há possibilidade de prova penal por meio de consenso, de acordo com o texto constitucional?

Em uma terceira aproximação, é necessário indagar: que critérios devem nortear o exame da prova em processo criminal? Esses critérios permitem atribuir valor à colaboração premiada? A formação de juízo sobre o mérito, a partir de colaboração premiada, está de acordo com os postulados civilizatórios modernos?

Ainda, em quarto lugar, é necessário arrematar, questionando, se a colaboração premiada tem valor epistemológico que possa contribuir para a afirmação de verdade justificada juridicamente? Qual é a verdade de que se fala em processo criminal? A presunção de inocência é compatível com a afirmação justificada pela prova lastreada em colaboração premiada?

Essa a problematização que orientará as hipóteses deste trabalho que, ao final, poderão ser confirmadas ou infirmadas. Elas constituirão os tópicos deste texto. Para respondê-las, a metodologia adotada será a positivista. As fontes do direito serão as reconhecidas pelo Estado, bem demarcadas. A interpretação dessas fontes seguirá construção lógica, com semântica que evidencie as articulações do percurso da formação de sentido¹.

O primeiro tópico partirá da afirmação de que o conceito de prova, em sentido estrito, é composto de estrutura mais completa que a oferecida pela colaboração premiada, pelo que se pode asseverar que a relação desta com aquele é deficitária. A colaboração premiada não se adequa ao conceito de prova em sentido estrito, não se cuidando, por conseguinte, de prova plena.

Seguidamente, o segundo ponto ditará que a colaboração premiada é de constitucionalidade duvidosa por ser de difícil acomodação com uma série de garantias dispostas na Constituição de 1988. Ademais, em processo criminal, cujo direito em jogo deve ser considerado indisponível, o consenso não deve recair sobre provas.

A terceira hipótese deste artigo afirmará que os critérios para o exame da prova penal, no ordenamento jurídico brasileiro, migram de vetores que orientam o julgamento absolutório. São os do art. 386, do Código de Processo Penal. A absolvição é a regra. A condenação, exceção. A sentença condenatória deve ser supletiva, subsidiária, excepcional. Os *standards* probatórios do sistema de referência se relacionam com os casos absolutórios, cuja dicção normativa é imperativa, retratando o dever do juiz de absolver o réu. Sob essa lente, a colaboração premiada é desprovida de valor mínimo.

Cumprido realçar, como quarta hipótese, que a colaboração premiada não logra passar pelo filtro da *episteme*. A consciência exprime razão. Conhecimento, ciência e racionalidade. As relações entre os elementos envolvidos na colaboração premiada são corrompidas por problemas que vão desde o comprometimento da fonte dos elementos informativos, passando pelo método desprovido de controle rigoroso, até desaguar no resultado contaminado pelos propósitos justificadores do consenso. O que poderia parecer argumento, coroando a colaboração premiada na avaliação da prova, retratará sentença que se afasta dos postulados científicos.

Como já afirmado em outro lugar², os conteúdos veiculados no processo devem respeitar os trilhos legais e constitucionais para viabilizar o seu conhecimento válido pelo juiz. É

¹ Essa a metodologia que orientou estudo anterior (ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016. p.28-29).

² ROSA, Alexandre Morais da; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *No processo penal, a instrumentalidade é do direito material*. *Conjur*, 23 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/nulidade-prejuizo-processo-penal-instrumentalidade-direito-material>>. Acesso em: 20 out. 2019.

condição à afirmação de verdades³ – sempre processuais, subordinadas a um procedimento rigoroso –, considerando a opção de entender que o juiz, como ser humano, é falível. Nas pegadas de Susan Haack, “ao formalizar, procura-se generalizar, simplificar, e aumentar a precisão e o rigor”⁴. Esse rigor (cuidado, prudência) é indispensável na aplicação do ramo do direito que visa tutelar a liberdade humana, objetivando limitar a imprevisibilidade e o abuso do poder.

2. Déficit da relação entre o conceito de prova e a colaboração premiada

O conceito de prova penal pode ser subdividido conforme suas etapas ou consoante sua possibilidade de servir como prova plena. Sobre ambos, deve recair escrutínio, sindicância dos sujeitos processuais envolvidos, controle. O primeiro, pode ser chamado de prova em sentido completo. O segundo, prova em sentido estrito.

Prova em sentido completo é aquela que deve ser retratada retrospectivamente na sentença. É o percurso probatório documentado, sob a forma de argumento. Descrição das etapas da prova, do seu procedimento. Aury Lopes Jr. leciona que “o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença”⁵.

Mas vai muito mais além e aquém.

Além quando ultrapassa a avaliação da prova mediante sua justificação certa. O argumento verdadeiro é o argumento científico. Argumento, silogismo, que não decorre de fundamentação que enlaça os antecedentes que desaguarão na conclusão final, não é argumento autêntico. É falácia.

A prova vai aquém quando retrocede, ou seja, quando descreve de trás para frente, na sentença, o perpassar de todas as etapas probatórias. Mas não apenas as etapas, geralmente divididas em quatro: postulação, admissão, produção e avaliação:

- (1) o pedido deve ser formulado por quem tem legitimidade, eis que o sistema é acusatório;
- (2) a admissão deve se basear em licitude e constitucionalidade da prova, a fim de que não haja nulidade do ato aquisitivo;
- (3) a produção deve se dar sob contraditório judicial, com efetivo debate, diálogo, sem hostilidade de ambiente para que o exame flua da forma mais límpida possível;
- (4) a avaliação deve ser criteriosa, rigorosa, justificada por argumentos, por afirmações por meio de provas.

Vai aquém! Vale reiterar. Concluída a descrição e o exame dessas etapas, o julgador deve querer saber da fonte da prova. Prova é conceito plurívoco. São muitos os sentidos. Prova é fonte também, fonte da prova. A fonte deve ser objeto de enfrentamento, de debate. Eis o percurso do conceito de prova em sentido completo.

Isso é necessário, mas não é, ainda, suficiente, pois é fundamental que todos os elementos probatórios envolvidos se encaixem no conceito de prova em sentido estrito. Prova

³ Nesse contexto, aduzimos que “o regime de nulidades do CPP (arts. 563-573), além de ultrapassado, é confuso. Adota a compreensão mitológica da verdade substancial (CPP, art. 566), mantém dispositivos revogados noutros locais do próprio CPP (art. 564, III, “a”, “b”, “c”, III), bem como indica compreensão civilista, incompatível com o devido processo legal substancial, da ausência de prejuízo – pas de nullité sans grief (CPP, art. 563)” (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019. p.582-583).

⁴ HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução: Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002. p.63.

⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.344.

plena deve ser, além de prova em sentido completo, prova em sentido estrito. Prova em sentido estrito é conceituada pela doutrina para ser distinguida dos elementos de informação. É um critério importante para evitar que tudo – feito de qualquer forma, ou sem os parâmetros de cautela e prudência – possa ser considerado prova.

Prova em sentido estrito requer: presença do juiz competente, iniciativa autorizada pelo sistema acusatório, acatamento aos direitos fundamentais – notadamente, o contraditório e a defesa ampla com debate efetivo das partes –, inexistência de vedação constitucional, respeito ao procedimento legal previsto, aptidão para influir na decisão judicial, não somente sob o ponto de vista subjetivo, mas objetivo, sob a forma de argumento válido (conforme o sistema) e científico (verdadeiro).

Confrontando esses conceitos com a colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013, é possível perceber que ela é eivada de tríplice déficit. Para essa conclusão, segue-se o parâmetro adotado por este texto, positivista. A base é o direito positivo, o que está posto. Eis os dispositivos, portanto, que orientam essa ilação:

(1) averbando que a confissão não pode, sozinha, justificar condenação, no Código de Processo Penal:

(a) o art. 158: “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”;

(b) o parágrafo único, do art. 186: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”;

(c) o art. 197: “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”;

(d) o art. 198: “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”;

(e) o art. 200: “a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”;

(2) preconizando que os elementos obtidos fora do processo penal não podem, isoladamente, autorizar condenação, art. 155, do Código de Processo Penal, cujo teor aduz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”; e

(3) destacando que a sentença condenatória não pode ter por base somente a colaboração premiada, o § 16, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, com redação forte no sentido de que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Vale dizer, a colaboração premiada, sob essa perspectiva, tem valor diminuto. Metaforicamente, é axiologicamente reduzido ao cubo, três vezes menor que qualquer elemento constante de uma investigação preliminar. Explica-se.

(1) A colaboração premiada é, em parte, confissão de correu, exige coautoria, se for considerado – como deve ser – o direito positivo. Um imputado confessa, colimando redução do espectro punitivo e atribui coautoria a outro. Não tem valor testemunhal. São declarações que, por seu turno, devem estar acompanhadas de outros elementos capazes de comprová-las. Tendo a confissão como fonte, a colaboração premiada deve ter baixo valor probatório. Em tempos mais remotos, a conclusão poderia ser inversa, pois a confissão era a rainha das provas e, como tal, seria um testemunho duplamente qualificado contra o coimputado, porquanto ao fazer o chamamento do correu, o colaborador seria considerado o mais habilitado para dizer

algo sobre o fato que também protagonizou. Essa opção foi afastada pelo direito processual mais moderno porque isolava um aspecto que comprometia toda a prova, qual seja, o fato de não ser incomum a presença do interesse do delator em safar-se da punição atribuindo a culpa no outro. Em outros termos, o raciocínio lógico indica que o depoimento de um réu contra o outro carece de base científica, verdadeira (*episteme*), diante da patologia que o afeta desde o nascedouro da relação de direito material entre os coimputados apontados como protagonistas da infração penal.

(2) A colaboração premiada regulada na Lei nº 12.850/2013 deve ser tomada sem a presença do juiz. É o que reza § 6º, do seu art. 4º, ao verberar que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”. Frise-se que a participação do juiz na formação da prova é condição indispensável para que esta se subsuma ao conceito de prova em sentido estrito. Ocorrido o acordo a porta fechadas, sem a garantia da publicidade (art. 93, IX, CF/1988) e sem a interveniência judicial, forçosa a conclusão de que seu valor, também sob esse prisma, é demasiadamente mitigado.

(3) Coroando essa dedução, o § 16, do art. 4º, da mesma legislação de controle da criminalidade organizada, nega a possibilidade de qualquer sentença condenatória se arrimar apenas nas declarações do agente colaborador. Há mais de um manto que protege o julgador de si próprio, evidenciando que o direito positivo brasileiro optou por considerar o juiz um ser humano falível, muito distante do sonho que poderia querer equiparar o magistrado a um ser perfeito, incapaz de produzir argumentos falaciosos.

A colaboração premiada é, sob enfoque triplo, deficitária, diante de sua relação com o conceito de prova. É necessário realçar que o exame probatório não deve se restringir à etapa da avaliação da prova, na sentença. A avaliação é a quarta etapa probatória, porém está longe de ser a última. Em sede de colaboração premiada, o escrutínio deve ser ainda mais cauteloso. Alguns conceitos podem clarificar que, nessa seara, aspectos ocultos podem querer fazer crer que a prova é escurteira, quando, inversamente, sobre ela recaem muitos vícios.

Geraldo Prado pontifica importantes conceitos que permitem sindicarem o aspecto epistemológico probatório. Um deles é o de dispositivo que, a sua vez, “incorpora a agência epistêmica, mas vai mais longe”, pois “é composto por elementos discursivos e não discursivos, e que a identificação dos elementos não discursivos revela as franjas por onde as práticas repressivas escapam de qualquer espécie de controle democrático, incluindo o instaurado no bojo de sistemas epistêmicos que negligenciam a função política do processo penal”⁶.

3. Baixa compatibilidade entre as garantias fundamentais e o acordo em matéria penal

A colaboração premiada tem a confissão como parte de suas notas conceituais⁷. Como se depreende, para obter mitigação de punição, o colaborador se vê exortado a falar sobre o fato que, em maior ou menor grau, pode ter ajudado a protagonizar. O direito ao silêncio é afetado. Ao invés de ser dito a ele, “você tem o direito de ficar calado”, a autoridade responsável dirá, “caso colabore, dizendo a verdade de maneira a elucidar os fatos de maneira eficaz, você poderá ter a pena reduzida ou, quem sabe, ficar livre”. O § 14, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013,

nesse diapasão, é explícito ao dizer que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Mas outros efeitos, inclusive bastante negativos, podem advir daí. Todo imputado, mesmo preso, pode confessar. No entanto, noticiou-se a estratégia – ilícita e inconstitucional – de manter imputados presos, visando a obtenção da confissão mediante a oferta de barganha penal⁸. Uma chantagem. Na hipótese de prisão provisória, sem base cautelar (art. 283, CPP), tem-se ao menos uma outra garantia fundamental gravemente afetada, que é a presunção de inocência. O estado de inocência é princípio maior, regra de tratamento e vetor interpretativo. O giro inquisitivo em busca da verdade tendente a cercear a liberdade do pretense delator afeta característica importante da confissão: ela deve ser livre e espontânea, isenta de pressões. Por outro lado, o aspecto volitivo do ato, se viciado, desaguará em nulidade absoluta ou em inexistência jurídica, a depender do elemento afetado ser essencial ou estrutural.⁹

Trata-se de suspensão pactuada de garantias individuais fundamentais que estão no art. 5º, da Constituição Federal. Se essas são as mais evidentemente violadas, outras seguirão prejudicadas. O devido processo legal é cláusula de denso conteúdo. A antecipação probatória que pode acontecer sigilosamente representa grave inversão material do que deveria ser produzido segundo um rito público.

A publicidade, aliás, finda, na prática, severamente desvirtuada. Trata-se de “publicidade opressiva de julgamentos criminais”, na dicção de Simone Schreiber¹⁰. A garantia da publicidade dos atos processuais (não do inquérito) foi estampada na Constituição (art. 93, IX) com o intuito de proteger o indivíduo contra julgamentos secretos. Afinal, é uma garantia, malgrado disposta fora do art. 5º, da Lei Maior. Na aplicação da Lei nº 12.850/2013, viu-se a imposição do sigilo da colheita de informações contra o delatado que, antes mesmo de ser notificado do seu teor, teve seu nome divulgado pelos órgãos da grande mídia¹¹. De garantia fundamental, a publicidade das declarações do colaborador e do inquérito foi usada como forma de expor os investigados a toda sorte de constrangimento, afrontando, inclusive, a presunção de inocência.

8 JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.576 e seg.

9 ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016. p.221.

10 Consoante aduz a autora, “a distinção entre a verdade midiática e a verdade processual é de fundamental importância para se compreender a nocividade de determinadas manifestações jornalísticas que se arvoram em desvendar fatos criminosos e pautar a atuação da justiça a partir de sua atuação. A verdade produzida pela imprensa não é mediada pelas garantias do processo, portanto, não pode ser levada em conta pelo juiz quando dita a sentença” (SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.410).

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Ministro Teori Zavascki autoriza abertura de inquérito e revoga sigilo em investigação sobre Petrobras. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=286808>>. Acesso em: 06 mar. 2015. Na notícia consta que “o ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki deferiu nesta sexta-feira 21 pedidos de abertura de inquérito feitos pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, referentes a autoridades com prerrogativa de foro e outros possíveis envolvidos em investigação cujo foco principal são desvios de recursos da Petrobras. Em todos os casos, o ministro revogou o sigilo na tramitação dos procedimentos, tornando públicos todos os documentos. A instauração de inquéritos foi considerada cabível porque há indícios de ilicitude e não foram verificadas, do ponto de vista jurídico, situações inibidoras do desencadeamento da investigação. [...] O ministro ressaltou que a abertura de inquérito não representa juízo antecipado sobre autoria e materialidade do delito, principalmente quando os indícios são fundados em depoimentos colhidos em colaboração premiada: ‘Tais depoimentos não constituem, por si sós, meio de prova, até porque, segundo disposição normativa expressa, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013)’”.

6 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p.17.

7 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2019. p.744.

4. Valor da colaboração premiada diante dos vetores de julgamento criminal

Vetores de julgamento criminal são compreendidos como as sínteses descritas nos artigos de lei. É dúplice a função desses modelos: (1) constituem *standards* de prova, na medida que tem aptidão para orientar o julgamento baseado em afirmações probatórias; e (2) são limites ao poder punitivo, por não permitirem condenações que esbarrem no texto, sem que fluam pelos estritos trilhos legais.

Atenção especial deve ser volvida para o art. 386, do Código de Processo Penal, dentre outros que também regram a sentença absolutória, a exemplo da que deve ser proferida pelo juiz presidente do tribunal do júri (art. 415, CPP). Isso porque a sentença condenatória deve ser supletiva. A subsidiariedade da condenação decorre da constatação literal dos dispositivos envolvidos. A dicção do art. 386, do Código, é cogente.

Em outras palavras, caberia indagar: o julgador deve buscar motivos para condenar o acusado? A resposta será negativa, com supedâneo nas seguintes assertivas.

(1) O Código de Processo Penal, por seu art. 386, elenca as hipóteses de dever judicial absolutório. Tal dispositivo tem dicção imperativa, obrigatória, modal expresso, ao regram que “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação”.

(2) Isso deve significar que somente se não for o caso de enquadrar a situação do processo em hipótese de absolvição do réu, é que o magistrado deverá enfrentar a possibilidade condenatória. Cabe dizer, verificará se estão presentes, não apenas os requisitos necessários, mas também se estes são suficientes. Necessidade e suficiência. Em outros termos, os requisitos legais à condenação podem estar presentes, porém podem não ser suficientes, notadamente porque desprovidos de credibilidade plena (a prova deve ter valor pleno, com aptidão para evidenciar juízo de certeza sobre todas as elementares do tipo penal).

(3) O enunciado que dispõe sobre a sentença condenatória tem texto que se relaciona subsidiariamente àquele absolutório. Isto é, antes o julgador deve pesquisar as causas de absolvição, especialmente as legais do art. 386, do nosso Código. Somente superando as possibilidades de absolvição, é que deverá examinar necessidade e suficiência probatória da imputação, com supedâneo no dispositivo do seu art. 387, que prevê o conteúdo que o juiz deve inserir “ao proferir sentença condenatória”.

(4) Essas conclusões estão de acordo com a Constituição de 1988, que traça modelo acusatório de processo penal, ditando princípios como os da imparcialidade do juiz, da presunção de inocência, bem como da cisão das funções de acusar, defender e julgar.

Retornando ao ponto do exame da colaboração premiada em confronto com o que seja prova, outra verificação não será possível senão a de considerá-la de valor inferior aos elementos de informação do inquérito policial, seja pelos dispositivos legais que delimitam seu baixo valor, seja pelo texto constitucional que preconiza garantias fundam/entais indeclináveis e incompatíveis com o instituto, seja ainda porque a colaboração é, como regra, obtida clandestinamente, sem a presença do imputado, considerado o ponto de vista do delatado que, somente dela fica sabendo, depois de oferecida a denúncia ou após sentir a violência estatal por medida cautelar patrimonial ou prisional.

5. Incompatibilidade entre colaboração premiada, verdade e ciência

É possível comparar as faculdades cognitivas com o conhecimento do fato documentado em um processo penal. Se o ser humano tem a capacidade sensível, emocional e inteligível sobre as impressões captadas por suas faculdades vitais, essa forma de organização do sistema humano serve de base, de parâmetro, para justificar o procedimento que estrutura e que relaciona os sentidos probatórios na atividade de reconstrução cognitiva de um processo penal.

A prova, nessa toada, não deve ser qualquer elemento, mas o elemento que adere à estrutura apta a conformar o conhecimento sobre o fato descrito como base de seu objeto. Sob esse viés, é possível comparar a deficiência mental de um ser humano, à deficiência probatória. Importar ilustrar.

(1) A patologia de um homem, no seu sistema mental, está para a patologia probatória – decorrente de uma admissão de prova ilícita (nulidade) ou incapaz de provar de forma plena – inserida no sistema processual. A certeza absoluta pode ser comum à pessoa com deficiência mental, em medida similar à certeza absoluta quanto aos fatos formada cognitivamente pelo ator processual de perfil inquisidor.

(2) A equivocada compreensão da realidade por pessoa acometida por psicose pode se lastrear em alguns elementos reais e outros imaginários. Também a constatação probatória pode restar viciada quando, apesar de retratar apenas parcialmente a descrição do fato constante da narrativa acusatória, for completada por construções ali não consignadas, fruto do imaginário da parte autora (na petição inicial) ou do juiz (na sentença).

Na senda de André Nicolitt, necessário avivar que “a opção constitucional pela verdade não o é por qualquer verdade, senão uma verdade alcançada com respeito às garantias individuais, entre elas a dignidade, o contraditório e a ampla defesa”. Em outra direção, “não optou o constituinte por uma verdade absoluta, alcança por qualquer meio, mas, sim, por uma verdade mínima ou relativa, uma verdade possível e limitada pelos procedimentos e pelas garantias de defesa”¹². O que não é valioso, no dizer de Afrânio Silva Jardim, é punir a qualquer preço, pelo menos se queremos em vigor um Estado Democrático de Direito¹³.

A colaboração premiada é técnica especial de investigação que desafia os limites da razão humana. Inverte o evolver que representa o progresso científico e civilizatório na produção da prova baseada em uma verdade mais que formal no processo penal. Mais que formal porque parte da premissa de acreditar que o ser humano é falível, considerando a experiência histórica de horror em matéria penal. Derramamento de sangue, brutalidade, autoritarismo e erro judiciário são os ingredientes cuja mistura justifica a presunção de inocência como vetor probatório. O probabilismo pragmático impõe limites mais afunilados para proteger a liberdade humana contra o abuso de poder.

Não deveria ser – como parece acontecer –, no âmbito da seara do pensamento econômico, a proposta tentadora: “diante da dificuldade em provar, especialmente os crimes econômicos, vamos desistir da prova? Vamos desistir da verdade baseada em critérios racionais? É muito caro o processo criminal, vamos deixar isso de lado e procurar um modo mais facilitado para justificar a aplicação da pena?” Ou, em termos mais radicais: “deixemos de lado a civilização, pois isso é um sonho inalcançável!” e “voltemos à barbárie!”.

Abuso de poder de todos contra um, na dicção de Amilton Bueno de Carvalho. A colaboração premiada inverte o percurso histórico, fazendo com que haja retorno do medievo,

12 NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p.691.

13 JARDIM, Afrânio Silva. *Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.10, jul.-dez. 2014.

conferindo maior valor à confissão e à palavra de um imputado contra a do outro. Tudo segue “a ponto de inverter, inclusive, toda a teoria do ônus da prova”, a exemplo do “carcinoma teórico do discurso que ambiciona a ‘proteção dos direitos da vítima’ no âmbito do processo penal”¹⁴.

A colaboração premiada não resiste ao teste de sua admissibilidade (1), relevância (2), confiabilidade (3) e confronto (4). Esse critério – ou outro similar que se fundamente em parâmetros para diminuir o espaço de arbítrio do julgador – é indispensável esquema para descrever argumentos que constituam afirmações de justificação por provas¹⁵.

6. Conclusão

À guisa de conclusão, é possível firmar uma tese (forte), relativamente à tese (fraca), descrita como hipóteses no início do texto.

(a) A prova obtida por meio de colaboração premiada não se acomoda minimamente ao conceito de prova, seja em sentido estrito, seja em sentido completo. Daí decorre a ilação de que ela não tem valor pleno. O baixo valor da colaboração premiada não permite a adoção de providências drásticas contra o delatado.

(b) Há grave incompatibilidade entre a prova tomada por intermédio de colaboração premiada e o sistema constitucional de garantias, diante da suspensão ajustada de direitos indisponíveis que envolvem a liberdade do ser humano.

(c) Os padrões que constituem os limites ao exame de prova e ao julgamento criminal não preconizam a condenação como regra ou como busca incessante, mas – diferentemente – são escudos que exigem demonstração de nexos – juízo – de certeza entre os elementos estruturantes, os semânticos e os axiológicos, não apenas subjetiva, mas – sobretudo – objetivamente. São *standards* fundantes da atividade do julgador e da contenção do arbítrio de poder (contingência).

(d) A colaboração premiada não passa pelo escrutínio de correção científica (lógica, correta) e de compatibilidade com a verdade capitulada constitucionalmente, vale dizer, pelos parâmetros de admissibilidade (iniciativa), relevância (proporcionalidade), confiabilidade (fiabilidade) e confronto (contraditório e ampla defesa), para permitir a construção de argumentos que constituam afirmações de justificação por provas.

Referências

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução: Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.

¹⁴ CARVALHO, Amilton Bueno. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.20-21.

¹⁵ HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução: Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002. p.61-65.

JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.7-26, jul.-dez. 2014.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. No processo penal, a instrumentalidade é do direito material. *Conjur*, 23 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/nulidade-prejuizo-processo-penal-instrumentalidade-direito-material>>. Acesso em: 20 out. 2019.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2019.

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Procurador de Justiça na Bahia e Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS

Costuma-se dizer, e ser dito aqui e alhures, que o Brasil é o país da corrupção e da lavagem de dinheiro. Afirma-se, inclusive, que se trata de um fenômeno endêmico, portanto, algo como uma *“doença que existe constantemente em determinado lugar e ataca número maior ou menor de indivíduos.”*¹ E que existiu desde sempre!

Em reforço a esta afirmação, lembra-se, inclusive, da Carta de Pero Vaz de Caminha, escrita desde Porto Seguro, da Ilha de Vera Cruz, no primeiro dia do mês de maio do ano de 1500, quando descoberto foi o Brasil. Ao final da sua primeira missiva escrita em terras brasileiras, o escriba da Corte pede a D. Manoel I, então o rei de Portugal e dos Algarves, - “o venturoso”, segundo o povo - um *“favorzinho”* para o seu genro, um tal Jorge de Osório. Escreveu o escrivão da armada de Pedro Álvares Cabral: *“Senhor, posto que o Capitão-mor desta vossa frota, e assim os outros capitães escrevam a Vossa Alteza a nova do achamento desta vossa terra nova, que ora nesta navegação se achou, não deixarei também de dar disso minha conta a Vossa Alteza, assim como eu melhor puder, ainda que - para o bem contar e falar - o saiba pior que todos fazer.”* (...) *“E pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo, como em outra qualquer coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro - o que d’Ela receberei em muita mercê. Beijo as mãos de Vossa Alteza.”*²

Já outros atribuem à corrupção e à lavagem de dinheiro um caráter sistêmico - tomando-se o conceito de sistema um uma acepção mais geral, menos filosófica, digamos assim -, posto que já enraizada no *“complexo de estruturas, de procedimentos e de funções”*, bem como no *“conjunto de instituições, grupos ou processos políticos.”*³

O certo é que, de uma maneira ou de outra, não há como negar que a corrupção e a lavagem de dinheiro são fatos criminosos presentes na sociedade brasileira. Nada obstante, não se pode assim simplificar a discussão.

Uma primeira questão é saber, por exemplo, se a corrupção se trata de um fato tipicamente brasileiro. De outro lado, cabe também indagar a forma como se deve - e é possível - combater a corrupção e, conseqüentemente, a lavagem de capitais.

1 Dicionário Aurélio, verbete “endemia”.

2 Jessé de Souza discorda desse fato histórico ser apontado como um sinal do início da corrupção no Brasil. Diz ele: *“Mas se fala muita bobagem, como a que diz que a carta do Pero Vaz de Caminha já chega pedindo um favor. Isso é uma bobagem indescritível. Porque os caras faziam isso na França, na Inglaterra... claro! O Rei mandava e eles tinham que puxar o saco do Rei mesmo, então que diabo é isso, falam como se fosse uma coisa singular brasileira. Isso é uma coisa imbecil.”* (<http://www.saibamais.jor.br/2017/10/15/lava-jato-e-mascara-nova-de-uma-farsa-que-tem-100-anos/>, acessado dia 17 de outubro de 2018).

3 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, Dicionário de Política, Vol. 2, Editora UnB, 10ª edição, 1997, páginas 1157 e 1163.

De início é preciso compreender que a corrupção *“é uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima. Amolda-se ao funcionamento de um sistema, em particular ao modo como se tomam as decisões.”* Ela *“está também relacionada com a cultura das elites e das massas”,* acentuando-se *“com a existência de um sistema representativo imperfeito e com o acesso discriminatório ao poder de decisão.”*⁴ Portanto, *“quanto mais ameaçada se sentir, tanto mais a elite recorrerá a meios ilegais e à corrupção para se manter no poder.”* Assim, *“são notáveis os efeitos da corrupção no funcionamento de um sistema político.”*⁵ E não só do sistema político, pois, *“de um modo geral, a corrupção é fator de desagregação do sistema”*⁶, seja o político, o jurídico ou o econômico.

Por óbvio, que não se trata de um fenômeno tipicamente brasileiro ou que esteja mais ou menos presente em nosso País - muitíssimo pelo contrário, aliás. De acordo com o novo relatório da organização não governamental Transparência Internacional, divulgado no dia 25 de janeiro deste ano de 2017, a nova edição do Índice de Percepção da Corrupção mediu os níveis percebidos de corrupção no setor público em 176 países, com base na opinião de especialistas. Os países receberam notas que variam de 0 a 100. Quanto mais próxima de zero for a pontuação, mais corrupto é o setor público daquele lugar. Ao todo, dois terços de todos os países listados no índice têm uma pontuação abaixo de 50, em uma escala de 0 (considerado o mais corrupto) a 100 (considerado o menos corrupto).⁷

Em 79.º lugar, o Brasil está entre os que mais perderam posições nos últimos cinco anos de ranking. Segundo a Transparência Internacional, nenhum país é livre da corrupção. A Somália, o Sudão do Sul e a Coreia do Norte são os piores casos. A Dinamarca e a Nova Zelândia são os melhores exemplos.⁸

| Países mais corruptos | Pontuação / 100 | Países menos corruptos | Pontuação/100 |
|---------------------------|-----------------|------------------------|---------------|
| Somália | 10 | Dinamarca | 90 |
| Sudão do Sul | 11 | Nova Zelândia | 90 |
| Coreia do Norte | 12 | Finlândia | 89 |
| Síria | 13 | Suécia | 88 |
| Iêmen | 14 | Suíça | 86 |
| Sudão | 14 | Noruega | 85 |
| Líbia | 14 | Singapura | 84 |
| Afganistão | 15 | Holanda | 83 |
| Guiné-Bissau | 16 | Canadá | 82 |
| Venezuela | 17 | Alemanha | 81 |
| Iraque | 17 | Luxemburgo | 81 |
| Eritreia | 18 | Reino Unido | 81 |
| Angola | 18 | Austrália | 79 |
| República do Congo | 20 | Islândia | 78 |
| Haiti | 20 | Bélgica | 77 |
| Chade | 20 | Hong Kong | 77 |
| República Centro-Africana | 20 | Áustria | 75 |
| Burundi | 20 | Estados Unidos | 74 |

| | | | |
|--------------------------------|----|---------|----|
| Uzbequistão | 21 | Irlanda | 73 |
| República Democrática do Congo | 21 | Japão | 72 |

Vê-se, portanto, que a corrupção não foi algo inventado pelo Brasil (como diria Nietzsche⁹), muito antes pelo contrário, pois decorrente do próprio sistema político ou do sistema econômico.

Um sistema político antidemocrático como o nosso tende a facilitar a corrupção. E vejam que criticar o sistema político de maneira firme não significa criminalizar a política ou os políticos, como se faz também hoje no Brasil. A política, seja em que sentido for tomada a palavra, é fundamental para a Democracia e para a realização do Estado Democrático de Direito. Afinal, se se *“encontram na mesma linha a falta de saída em que caiu nosso mundo e a expectativa de milagres, essa expectativa de modo algum nos remete para fora do âmbito político original. Se o sentido da política é a liberdade, então isso significa que nós, nesse espaço, e em nenhum outro, temos de fato o direito de ter a expectativa de milagres. Não porque acreditemos (religiosamente) em milagres, mas porque os homens, enquanto puderem agir, são aptos a realizar o improvável e o imprevisível, e realizam-no continuamente, quer saibam disso, quer não.”*¹⁰

Quando me refiro às mazelas do sistema político brasileiro estou particularizando-as, lembrando-me, por exemplo, do chamado “presidencialismo de coalização”, no qual o sujeito eleger-se com o voto popular e, depois de escolhido pelo povo, alia-se a Deus e ao Diabo na Terra do Sol (Glauber). Ademais, como se deu, e como se dará, afinal, o financiamento das campanhas políticas? As pessoas físicas, doravante, doarão aos seus candidatos por mero diletantismo? Efetivamente, impediu-se que empresas privadas, via pessoas físicas, façam doações milionárias aos seus candidatos e às respectivas corporações? Claro que não! E como será mesmo distribuído o horário político na televisão e no rádio? E o que dizer dos “partidos de aluguel”, verdadeiras cooperativas de arrecadação de dinheiro para os seus “idealizadores”?

A questão, por óbvio!, não é a política em si, mas como se estrutura em nosso país o sistema político, e há décadas. Sem preconceito, pois, *“em nosso tempo, ao se pretender falar sobre política, é preciso começar por avaliar os preconceitos que todos temos contra a política – visto não sermos políticos profissionais”, como observa Arendt. Para ela, “no entanto, esses preconceitos não são juízos definitivos. Indicam que chegamos em uma situação na qual não sabemos – pelo menos ainda – nos mover politicamente. O perigo é a coisa política desaparecer do mundo.”*¹¹

Como afirmava Milton Santos, *“as formas tradicionais de fazer política são um modelo de atraso, pois a canalização eficaz das queixas e reivindicações dos de baixo é impedida pela política dos de cima. É a partir dessas constatações que os partidos do progresso e os setores de*

9 “Quando fala de invenção, Nietzsche tem sempre em mente uma palavra que opõe a invenção, a palavra origem. Quando diz invenção é para não dizer origem; quando diz *Erfindung* é para não dizer *Ursprung*.” Assim, por exemplo, dizia o filósofo alemão que a religião não tinha origem, pois ela foi inventada: “em um dado momento, algo aconteceu que fez aparecer a religião. A religião foi fabricada. Ela não existia anteriormente.” Como a poesia também: “um dia alguém teve a ideia bastante curiosa de utilizar um certo número de propriedades rítmicas ou musicais da linguagem para falar, para impor suas palavras, para estabelecer através de suas palavras uma certa relação de poder sobre os outros. Também a poesia foi inventada ou fabricada.” (FOUCAULT, Michel, “A verdade e as formas jurídicas”, Rio de Janeiro, PUC Rio, 3ª. edição, 2ª. reimpressão, 2005, páginas 14 e 15).

10 ARENDT, Hannah, *A Dignidade da Política – Ensaios e Conferências*, Rio de Janeiro: Editora Relume Dumará, 3ª. edição, 2002, página 122.

11 ARENDT, Hannah, *O que é política – Fragmentos das obras póstumas compilados por Ursula Ludz*, Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil Ltda., 2002, 3ª. edição, página 100.

*boa vontade de alguns outros podem entregar-se a uma tarefa de renovação, facilitada pelo fato de que, em tempos de globalização, tudo é política.”*¹²

Muito também a propósito, Beck afirma que no mundo atual deu-se, gradativamente, *“a perda de importância do parlamento como centro de formação da vontade racional. Decisões que, de acordo com o texto constitucional, incumbiriam ao parlamento e a cada um dos deputados, passaram a ser tomadas cada vez mais, de um lado, por líderes de bancadas parlamentares e sobretudo no seio dos aparatos partidários, de outro lado, porém, pela burocracia estatal.”*¹³

(Aqui, cabe um parêntese para uma reflexão acerca do papel da mídia na sociedade brasileira. Há democracia neste setor? Existe algum sinal de democratização no uso da comunicação brasileira, uma concessão que é do Estado? Quais brasileiros têm, efetivamente, acesso a uma informação verdadeiramente plural? Como nota Hobsbawm, a função política dos meios de comunicação ampliou-se, pois agora chegam *“a todas as casas, proporcionando de longe o mais poderoso meio de comunicação da esfera pública para homens, mulheres e crianças”, transformando-os em “grandes atores no cenário público” e “um componente mais importante do processo político que os partidos e os sistemas eleitorais.” Não são, em definitivo, muito pelo contrário, “um meio para um governo democrático.”*¹⁴)

Por outro lado, um sistema econômico perverso e não igualitário, também como o nosso, produz, reproduz e facilita a corrupção. Mais do que o capitalismo safaro, falamos aqui de um seu aspecto que se costumou chamar de neoliberalismo, mais nocivo que o liberalismo. Em um certo sentido, deve-se, hoje, até sentir uma nostalgia dos velhos liberais da economia, pois não eram, ao menos, tão insensíveis à existência humana. Acham - os neoliberais - que *“se os homens simplesmente não se metessem a impedir o curso natural das coisas com seus projetos e seus planos, tudo iria da melhor maneira no melhor dos mundos. Esse curso natural consiste na ausência de todo obstáculo erguido ante a livre concorrência, e portanto de toda intervenção estatal para corrigir os eventuais efeitos indesejáveis dela.”*¹⁵

E quando falamos de neoliberalismo não o fazemos apenas em um sentido econômico, mas como um verdadeiro jeito de ser e de se comportar uns diante dos outros, uma falta absurda de solidariedade humana, um consumir desenfreado e uma gana de possuir para além de qualquer limite, que não encontra espaço para que outrem também o tenha – ou, o que é mais grave, não tenha vontade de o ter! Como dizem Dardot e Laval, *“o neoliberalismo é precisamente o desenvolvimento da lógica do mercado como lógica normativa generalizada, desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade”, razão pela qual “muitos psicanalistas dizem receber no consultório pacientes que sofrem de sintomas que revelam uma nova era do sujeito. Esse novo estado subjetivo é frequentemente referido na literatura clínica a amplas categorias, como a ‘era da ciência’ ou o ‘discurso capitalista’.”*¹⁶

A consequência é que *“as pessoas alteram seu comportamento porque pagamentos regulares e grande capacidade de crédito lhes dá acesso à mais extraordinária gama de escolhas, de roupas e restaurantes, a viagens de volta ao mundo. O controle social passa a localizar-se não apenas na performance no trabalho, mas no status financeiro”,* levando com que as pessoas

12 SANTOS, Milton, *O país distorcido*, São Paulo: Publifolha, 2002, 3ª. edição, página 108

13 BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, Rio de Janeiro: Editora 34, 2011, 2ª. edição, página 281.

14 HOBBSAWM, Eric, *Era dos Extremos – O breve século XX – 1914/1991*, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, 2ª. edição, 46ª. reimpressão, página 559.

15 TODOROV, Tzvetan, *Os Inimigos Íntimos da Democracia*, São Paulo: Companhia das Letras, 1ª. reimpressão, 2014, página 100.

16 DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian, *A Nova Razão do Mundo – Ensaio sobre a sociedade neoliberal*, São Paulo: Editora Boitempo, 2016, páginas 34 e 321.

sejam tratadas “como mercadorias, como coisas e como essências.”¹⁷

O neoliberalismo atinge todas as esferas do viver e do conviver. E o faz de uma maneira tão nociva que contamina a todos, ainda que a grande maioria nem sequer se dê conta do desastre que, mais cedo ou mais tarde - ou agora! - ocorrerá. Há no mundo, e no Brasil não poderia se dar o oposto, o que Milton Santos chamava de “*uma concorrência superlativa entre os principais agentes econômicos – a competitividade*”, permitindo “*a emergência de um lucro em escala mundial, buscado pelas firmas globais que constituem o verdadeiro motor da atividade econômica*”, “*produzindo ainda mais desigualdades. E, ao contrário do que se esperava, crescem o desemprego, a pobreza, a fome, a insegurança do cotidiano, num mundo que se fragmenta e onde se ampliam as fraturas sociais.*”¹⁸ Sem dúvidas, “*o modelo de desenvolvimento neoliberal, dada a sua maior dependência dos mercados e do setor privado, exige um marco jurídico para o desenvolvimento que fomenta o comércio, os investimentos e o lucro.*”¹⁹

Mais um parêntese, ainda que mais longo:

(Segundo uma recente pesquisa realizada e divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a desigualdade social e econômica no Brasil fez com que apenas 2,7% das famílias acumulassem 20% do total da renda. A coleta da pesquisa foi realizada nas áreas urbana e rural de todo o país no período de junho de 2017 a julho de 2018. Nossas famílias tiveram uma renda média de R\$ 5.426,70. O estudo trouxe informações sobre a composição orçamentária doméstica e a respeito das condições de vida da população, incluindo a percepção subjetiva da qualidade de vida, apontando-se que apenas 1,8 milhão de famílias com renda superior a dez salários mínimos em 2017 receberam 19,9% de todo o valor de rendimentos, seja em salários ou variações patrimoniais. A renda média foi de R\$ 40,4 mil entre as famílias. Hipoteticamente, e para mostrar a desigualdade de renda no país, a pesquisa fez uma simulação de como seria a renda brasileira se fosse retirado esse grupo do total de renda. Neste caso, “*se apenas os valores recebidos por este grupo fossem repartidos igualmente por todas as famílias brasileiras, o valor médio mensal cairia para R\$ 2.942,66, o que equivale a pouco mais da metade da média global.*”²⁰ A pesquisa revelou também que as despesas de consumo — alimentação, habitação e transporte — comprometeram 72,2% dos gastos das famílias brasileiras, mostrando que nas últimas décadas os gastos com alimentação foram caindo em relação a outras despesas que cresceram, como habitação e transporte. Estes números foram analisados sob os mais variados aspectos, especialmente o econômico e o social; todas as análises — ou quase todas — foram importantes e trouxeram conclusões fundamentais para compreender o Brasil atual e avaliar as perspectivas do nosso país. Nada obstante, ao menos que tenha sido publicado até a data em que foi escrito este texto, não li, nem sequer ouvi, qualquer exame, crítica ou interpretação acerca da pesquisa, desde um ponto de vista jurídico e, mais especialmente, relacionando-a com o nosso sistema de justiça criminal. Ademais, também não tive conhecimento de algum estudo comparativo entre esta pesquisa do IBGE e o Atlas da Violência 2019, divulgado um pouco antes pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Neste, mostrou-se que em 2017 houve 65.602 homicídios, equivalentes, aproximadamente, a 31,6 mortes para cada cem mil habitantes, tratando-se “*do maior nível histórico de letalidade violenta intencional no país.*” Estes números

17 YONG, Jock, *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, páginas 279 e 285.

18 SANTOS, Milton, “O país distorcido, São Paulo”, *Publifolha*, 2002, 3ª. edição, página 80

19 SANTOS, Boaventura de Souza, “Para uma revolução democrática da Justiça”, São Paulo: Cortez Editora, 2010: 3ª. edição, páginas 30 e 31.

20 <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/10/04/ibge-27-das-familias-concentram-20-de-toda-a-renda-brasileira.htm>, acessado em 04 de outubro de 2019.

tornam-se ainda mais dramáticos quando se leva em conta “*que a violência letal acomete principalmente a população jovem*”, sendo que mais da metade (cerca de 59,1%) “*do total de óbitos de homens entre 15 a 19 anos são ocasionados por homicídio.*” E, ainda mais assustador, foi a constatação de que “*a morte prematura de jovens (15 a 29 anos) por homicídio é um fenômeno que tem crescido no Brasil desde a década de 1980*”, dando-se “*exatamente no momento em que o país passa pela maior transição demográfica de sua história, rumo ao envelhecimento, o que impõe maior gravidade ao fenômeno.*” Nesta segunda pesquisa, mereceu destaque, e não poderia ser de outra maneira, a violência contra os negros, verificando-se “*a continuidade do processo de aprofundamento da desigualdade racial nos indicadores de violência letal no Brasil, já apontado em outras edições.*” Assim, em 2017, 75,5% das vítimas de homicídio foram negros (entre pretos e pardos, conforme critério adotado pelo IBGE), “*sendo que a taxa de não negros (brancos, amarelos e indígenas) foi de 16,0%.*” Assim, ao menos proporcionalmente às respectivas populações, “*para cada indivíduo não negro que sofreu homicídio em 2017, aproximadamente, 2,7 negros foram mortos.*” Constatou-se, portanto, “*a continuidade do processo de profunda desigualdade racial no país*”, ficando “*evidente a necessidade de que políticas públicas de segurança e garantia de direitos devam, necessariamente, levar em conta tais adversidades, para que possam melhor focalizar seu público-alvo, de forma a promover mais segurança aos grupos mais vulneráveis.*” Este estudo constata que é preciso enfrentar com “*urgência o legado da escravidão, pois somos um país extremamente desigual não apenas economicamente, mas racialmente*”, concluindo, com absoluto acerto e incontestável correção, ser “*fundamental investimentos na juventude, por meio de políticas focalizadas nos territórios mais vulneráveis socioeconomicamente, de modo a garantir condições de desenvolvimento infanto-juvenil, acesso à educação, cultura e esportes, além de mecanismos para facilitar o ingresso do jovem no mercado de trabalho.*” Entendo que as duas questões — a desigualdade socioeconômica e a violência, urbana e rural — encontram-se intrinsecamente ligadas, e ambas ajudam a explicar a extraordinária população carcerária do Brasil, apenas superada, em números, pelos Estados Unidos e pela China. E, obviamente, não se trata aqui de uma criminalização da pobreza, muito pelo contrário! Constata-se apenas que, se a seletividade é uma marca característica do próprio sistema penal, desde sempre e em quase todo o lugar, no Brasil ela se mostra ainda mais visível, e com uma clareza absurda, evidenciada muito especialmente pelo perfil dos que estão sujeitos à punição e aos suplícios em nosso país).

A corrupção, portanto, é consequência também de um modo de vida neoliberal. Aliás, hoje já se fala em uma terceira fase, o ultraliberalismo: “*Após os atentados de 11 de setembro, os Estados que adotaram essa ideologia, como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, aumentaram seu controle sobre as liberdades civis, enquanto deixavam plena liberdade aos agentes econômicos individuais. A partir desse momento, entramos no ultraliberalismo.*” Assim, “*enquanto os benefícios permanecem individuais, os riscos são socializados.*”²¹

E o sistema jurídico? Pobre dele, ou quão ingênuo é, quando acredita poder dar cabo a crimes, como o de corrupção e o de lavagem de dinheiro. E, pior, quando rasga todas as regras do jogo (democrático, processual e constitucional) em nome do combate aos corruptos e aos lavadores do dinheiro, que só se multiplicam na mesma razão em que se propagam as mazes do sistema político e do sistema econômico. O que não se entende, por ingenuidade, por ignorância ou por má-fé, é que o poder, como afirmava Kelsen, “*é a capacidade de influenciar outros. Uma pessoa tem o poder sobre os outros se ela pode levá-los a agir de acordo com sua vontade. O poder não é, portanto, nem político nem econômico, mas político e econômico, são os*

21 SANTOS, Boaventura de Souza, “Para uma revolução democrática da Justiça”, São Paulo: Cortez Editora, 2010: 3ª. edição, p. 102.

meios pelos quais tal comportamento é obtido.”²² Também Foucault tratou muitas vezes desta questão, ainda que com enfoque diferente.

O grande, e preocupante problema, como anota Boaventura Santos, é que o Poder Judiciário passou a se assumir “como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do Estado, em especial com o executivo.” Assim, “o combate à corrupção que, em regra, surge devido a uma certa conjuntura política, leva a que muitos dos conflitos políticos acabem por ser resolvidos em tribunal. É esse o momento em que se verifica uma das faces da judicialização da política. Defendo que há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política”, atingindo, por conseguinte, “o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário. Neste contexto, temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário.”²³

É, sem dúvidas, o caso brasileiro.

Óbvio que os arautos da moralidade continuarão bradando a bandeira brasileira, como surtados, em busca da salvação, ou recolhendo assinaturas da população, (in)devidamente manipulada, para um novo projeto de lei quimérico.

A questão é: quem quer mesmo a ajuda deles? E eles são mesmo capazes disso ou não passam de “(mais) uns idiotas úteis da mercadoria?”²⁴ Obviamente que não se prega a impunidade. O que se repudia com veemência é o uso que se faz do sistema jurídico como estratégia de controle social e político (Zaffaroni e Foucault).

É preciso, destacando-lhes a importância para o Estado Democrático de Direito, realçar a urgente necessidade de democratização do Poder Judiciário e do Ministério Público, este, nos termos do art. 127, da Constituição Federal, defensor da ordem jurídica e do regime democrático, evitando-se que o sistema jurídico torne-se alvo “e, por vezes, refém dos meios de comunicação social.” De toda maneira, “o alcance e o sentido de uma refundação democrática do judiciário irão, contudo, depender da orientação local das reformas judiciais em cada país e da intensidade da influência exercida pela globalização hegemônica do direito e da justiça.”²⁵

Assim, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, antes de se preocuparem em punir os respectivos membros que se expressam livremente – exercendo a sua cidadania, como lhes permite a Constituição Federal – e de legislarem via resoluções, deveriam, efetivamente, atuar como órgãos de controle externo (e não interno, pois para isso já existem as respectivas Corregedorias – que, é bem verdade, deveriam funcionar). Não há a participação da sociedade no controle externo do Poder Judiciário, visto que, dos seus quinze conselheiros, nove são escolhidos dentre membros da própria Magistratura, dois integrantes da carreira do Ministério Público, dois representantes da Ordem dos Advogados do Brasil e apenas dois representantes da sociedade civil (art. 103-B da Constituição Federal).

O mesmo ocorre no Conselho Nacional do Ministério Público, sendo oito conselheiros escolhidos dentre membros da própria carreira, dois Magistrados, dois Advogados e apenas dois representantes da sociedade civil (art. 130-A da Constituição)

Também é necessário observar o modo e a forma como hoje, e desde sempre, dá-se a

22 MIGLINO, Arnaldo, *As cores da democracia*, Curitiba: Empório do Direito, 2016, 2ª. edição, página 118.

23 SANTOS, Boaventura de Souza, *Para uma revolução democrática da Justiça*, São Paulo: Cortez Editora, 2010: 3ª. edição, páginas 22, 29 e 30.

24 MARTINS, Rui Cunha, *A hora dos cadáveres adiados – Corrupção, expectativa e processo penal*, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, página 77.

25 SANTOS, Boaventura de Souza, *Para uma revolução democrática da Justiça*, São Paulo: Cortez Editora, 2010: 3ª. edição, páginas 30 e 32.

seleção dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, afastando-se, outrossim, o corporativismo e os privilégios que dele decorrem.

Ademais, o excessivo protagonismo do Poder Judiciário – referido por Boaventura de Souza Santos - “leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver”, o que acaba sendo um grave problema, pois, “quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passa a problema.” E se tais “expectativas forem muito elevadas, ao não serem cumpridas, geram enorme frustração.”²⁶

Foi o que ocorreu na Itália, cujo resultado da Operação Mãos Limpas foi o aumento da corrupção, a destruição de partidos políticos e a ascensão como Primeiro-Ministro de um aventureiro corrupto, Silvio Berlusconi, Presidente do Conselho de Ministros da Itália entre 1994 e 1995, de 2001 a 2005, entre 2005 e 2006 e de 2008 a 2011.

É urgente, outrossim, repensar o papel do Juiz no atual processo penal brasileiro e a sua impertinente iniciativa persecutória/instrutória. Vejam, por exemplo, os arts. 5º, II (a requisição de inquérito policial), 28 (o procedimento de arquivamento do inquérito policial), 83 (a prevenção), 155 (o valor probatório dos atos investigatórios), 156 (o ônus da prova), 385, etc, todos do Código de Processo Penal. Neste sentido, urge uma reforma processual penal total, revogando-se o vigente Código de Processo Penal.

Outra grave distorção em nosso sistema jurídico é o uso abusivo da prisão provisória, muita vez decretada sob o duvidoso – e sequer definível - critério da garantia para a ordem pública.²⁷ Olvida-se do princípio da inocência com uma facilidade criminoso. Veja-se que até a Suprema Corte, liderada pelo Iluminista maior, rendeu-se aos apelos da opinião pública, autorizando a prisão provisória após a decisão de segundo grau.

A propósito, lembremos que Hitler foi, em certo aspecto e para os seus propósitos, de todo eficiente, pois “los profesores de derecho desempeñaron un papel importante en el declive del derecho durante el tercer Reich. Brindaron un ropaje filosófico a los actos arbitrarios y los crímenes de los nazis, que sin esse disfraz se habrían reconocido claramente como actuaciones ilegítimas. Prácticamente no hubo desafuero alguno perpetrado por los nazis que no hubiese sido reconocido durante el régimen como ‘supremamente justo’ y que no hubiese sido defendido después de la guerra por los mismos académicos, valiéndose de los mismos dudosos argumentos en cuanto a su ‘justificación’ o incluso su ‘conveniencia’ desde un punto de vista jurídico.”²⁸ Será que não vamos aprender com a História?

Pois bem.

Em nome do combate à corrupção e da lavagem de dinheiro, fez-se da colaboração premiada a grande fonte – a rainha! - de obtenção de prova. No Brasil, tem-se como seu marco legal a Lei nº. 8.070/90, a chamada Lei dos Crimes Hediondos.

Porém, a colaboração premiada “remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal

26 *Idem*.

27 “A noção de ordem pública é extremamente vaga e ampla. Não se trata, apenas, da manutenção material da ordem na rua, mas também da manutenção de uma certa moral.” (José Cretella Júnior, apud Álvaro Lazzarini et alii, *Direito Administrativo da Ordem Pública*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, 2ª. edição, página 7). “Nada mais incerto em Direito do que a noção de ordem pública. Ela varia no tempo e no espaço, de um para outro País e, até mesmo, em um determinado País de uma época para outra. Procurar definir o temo ordem pública é aventurar-se a pisar em areias movediças.” (Álvaro Lazzarini et alii, *Direito Administrativo da Ordem Pública*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, 2ª. edição, página 6).

28 MÜLLER, Ingo, *Los Juristas del Horror*, Bogotá: Inversiones Rosa Mística Ltda., 2009, página 101.

de 1830. O Título VI do Código Filipino, que definia o crime de Lesa Majestade, tratava da delação premiada no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica 'Como se perdoará aos malfetores que derem outros á prisão' e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios.²⁹

Aliás, na Idade Média, no auge do processo de modelo inquisitivo, "um filho delator não incorre nas penas fulminadas por direito contra os filhos dos hereges e este é o prêmio pela sua delação. *In proemium delationis*."³⁰

Em 1998, com a Lei nº. 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), também se previu a diminuição de pena para o "colaborador espontâneo".

Por fim, o art. 4º. da Lei nº. 12.850/13 (Organização Criminosa) que, inclusive, prevê uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública quando houver a delação (§ 4º.).

Trata-se, obviamente, de mais uma indevida importação de um instituto adequado tipicamente ao sistema da **common law**, com ampla utilização nos Estados Unidos.

Objetivamente, segundo decidiu a 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº. 90.962, a "delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime."

Sem dúvidas, "no espectro do recrudescimento da legislação processual penal, visto como um reflexo da expansão desreolada da cultura da emergência, ganhou vigor a figura da delação premiada, sobretudo com a sua propagação no processo criminal italiano e estadunidense."³¹

Sem dúvidas, "o tema da delação premiada desafia diversos questionamentos: desde sua conveniência político-criminal, passando por sua apreciação sob o ponto de vista da quebra da ética insita ao proceder dentro de um Estado Democrático de Direito, ou pelas questões relativas ao seu valor probatório, até sua natureza jurídico-penal, sua função processual penal e as implicações daí decorrentes para o postulado do devido processo legal em nosso direito positivo."³²

Esta questão ética parece-me importante quando se trata de colaboração premiada, pois, como afirmava Hegel, a ética é filosofia do direito, entre outras coisas porque "o Estado é a expressão máxima de eticidade, ou seja, a substancialização da moralidade nas instituições históricas que a garantem."³³

Se considerarmos que a normatividade jurídica em um Estado Democrático de Direito representa um parâmetro de organização e de conduta das pessoas (a depender de qual norma nos refirmos se, respectivamente, de segundo ou primeiro graus, no dizer de Bobbio), definindo os limites de suas atuações, é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a colaboração premiada, em flagrante incitamento à transgressão de preceitos éticos intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo/constitucional.

Obviamente que não se trata aqui de uma discussão sobre Direito e Moral, mas de Direito e Ética. A traição (verdadeiro nome da colaboração, premiada ou não) demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para supostamente proteger seus cidadãos. A norma jurídica, como já foi dito, deve sempre e sempre indicar con-

29 JESUS, Damásio de, https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=16323&Id_Cliente=10487, acessado em 14 de janeiro de 2001.

30 Manual da Inquisição, por Nicolau Eymereco, Curitiba: Juruá, 2001, (tradução de A. C. Godoy).

31 CARVALHO, Natália Oliveira de, "A Delação Premiada no Brasil", Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 78.

32 ESTELLITA, Heloisa, "A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal", Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: São Paulo, nº. 202, páginas 2 e 4.

33 HEGEL, Friedrich, "Princípios da filosofia do direito", Lisboa: Martins Fontes, 2ª. edição, 1976, p. 216.

dutas sérias, eticamente relevantes e aceitáveis, jamais ser arcabouço de estímulo a perfídias, deslealdades, aleivosias, ainda que para calar a opinião pública (ou publicada) ou satisfazer aos setores economicamente privilegiados da sociedade.

Não se pode correr o perigo, já advertido e vislumbrado por Dante, lembrado por Miguel Reale, quando afirmou que o "Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a."³⁴

Como se pode exigir do governado um comportamento cotidiano decente se a própria norma estabelecida e imposta pelos governantes permite e galardoa um procedimento indecoroso? Como fica o homem de pouca ou nenhuma cultura (o que não o diminui, por evidente, muito ao contrário) ou mesmo aquele desprovido de maiores princípios/valores, diante dessa permissividade aética ditada pelo próprio Estado? Estamos ou não estamos diante de um paradoxo?

Como afirma Paulo Cláudio Tovo, "a delação premiada de comparsa nos parece uma violação ética com perigosas consequências no mundo do crime. Este não é o verdadeiro caminho da Justiça, importa, isto sim, na confissão que o Estado não tem capacidade científica de chegar à verdade."³⁵

Óbvio que o sistema jurídico deve se revestir de toda uma estrutura e autonomia, a fim de poder realizar seu trabalho a contento, sem necessitar de expedientes escusos na elucidação dos delitos. A Polícia e o Ministério Público, por exemplo, têm a obrigação de, por outros meios (menos eficientes, é bem verdade...), valer-se de meios efetivos para a consecução satisfatória de suas finalidades (que não são as mesmas dos sistemas econômico e político, diga-se de passagem), não sendo necessário, portanto, que uma lei use do prêmio ao delator como expediente facilitador da investigação policial e da efetividade da punição. Em nome da segurança pública, falida devido à inoperância social do Poder e não por falta de leis repressivas, edita-se um sem número de novos comandos legislativos sem o necessário cuidado com o que se vai prescrever.

Óbvio que o sistema jurídico deve se revestir de toda uma estrutura e autonomia, a fim de poder realizar seu trabalho a contento, sem necessitar de expedientes escusos na elucidação dos delitos. A Polícia e o Ministério Público, por exemplo, têm a obrigação de, por outros meios (menos eficientes, é bem verdade...), valer-se de meios efetivos para a consecução satisfatória de suas finalidades (que não são as mesmas dos sistemas econômico e político, diga-se de passagem), não sendo necessário, portanto, que uma lei use do prêmio ao delator como expediente facilitador da investigação policial e da efetividade da punição. Em nome da segurança pública, falida devido à inoperância social do Poder e não por falta de leis repressivas, edita-se um sem número de novos comandos legislativos sem o necessário cuidado com o que se vai prescrever.

Não podemos nos valer de meios escusos, em nome de quem quer que seja ou de qualquer bem, sob pena, inclusive, de sucumbirmos à promiscuidade da ordem jurídica corrompida.

Como diria Graciliano Ramos, já nos anos 30, estamos agora cheios de "energúmenos microcéfalos vestidos de verde a esgoelar-se em discursos imbecis, a semear delações."³⁶ Em nosso caso, seriam "energúmenos microcéfalos" engratados, embecados e togados!

E o que dizer do mau vezo de se prender provisoriamente com o manifesto fim de obter a delação premiada? Hoje no Brasil, decreta-se a prisão provisória sem absolutamente nenhuma necessidade. Deixa-se o sujeito (de direitos) preso por meses, (torturando-o, portanto), até que ele sucumbe e resolve falar para escapar da punição e obter os "prêmios" os mais estapafúrdios,

34 REALE, Miguel, "Lições Preliminares de Direito", São Paulo: Saraiva, 19ª. ed. 1991, p. 60.

35 Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, nº. 154, p. 9.

36 Memórias do Cárcere, Vol. 1, p. 51.

ilegais mesmo, como se viu na “Operação Lava Jato”.

A propósito, vejamos o que disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, ao ser questionado a respeito da postura do Juiz Federal junto à “Operação Lava Jato”: “Não posso desconhecer que se logrou um número substancial de delações premiadas e se logrou pela inversão de valores, prendendo para, fragilizado o preso, alcançasse a delação. Isso não implica avanço, mas retrocesso cultural. Imagina-se que de início a delação premiada seja espontânea e surja no campo do direito como exceção e não regra. Alguma coisa está errada neste contexto.”³⁷

Portanto, para concluir, entendo que, ao invés de procurarmos soluções a partir de nossas próprias peculiaridades, e desde um ponto de vista de nossa realidade socioeconômica e latino-americana, vamos à procura — muitas vezes como desvairados — de soluções estrangeiras e, como tais, dissociadas de uma existência toda nossa e muito peculiar, particularmente em razão de nossas origens escravocratas, nunca superadas. A grande maioria de nossos acadêmicos, juristas e “atores” jurídicos, especialmente aqueles que trabalham, teoricamente e na prática, com o direito criminal, ao que parece, vive, trabalha, estuda e pesquisa a partir de uma abstração da realidade brasileira quase que doentia. Freud certamente explicaria este fenômeno, desde uma visão psicanalítica.

Uma pena que seja assim, pois eles esquecem(?) que “*ser internacional não é ser universal, e para ser universal não é necessário situar-se nos centros do mundo. Inclusive pode-se ser universal ficando confinado à sua própria língua, isto é, sem ser traduzido. Não se trata de dar as costas à realidade do mundo, mas de pensá-la a partir do que somos, enriquecendo-a universalmente com as nossas ideias; e aceitando ser, desse modo, submetidos a uma crítica universalista e não propriamente europeia ou norte-americana.*”³⁸

Portanto, deixemos de fetiches alienígenas e vejamos que enquanto mantivermos esta estrutura social (Rusche e Kirchheimer), racial e econômica tão desigual, nada mudará, muito menos com uma política de extermínio, sustentada pelo poder político, financiada pelo poder econômico e instrumentalizada pelo poder jurídico.

37 <http://www.conjur.com.br/2015-jun-03/financiamento-privado-custara-caru-sociedade-marco-aurelio>, acessado no dia 05 de fevereiro de 2016.

38 SANTOS, Milton, “O País Distorcido”, São Paulo: Publifolha, 2002, p. 52. Este texto do grande baiano Milton Santos é de 02 de maio de 1999.

LIMITES DA RENÚNCIA A DIREITOS NOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA

LIMITS OF RIGHTS RESIGNATION IN PLEA BARGAIN AGREEMENTS

SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO¹
RAFAELA ALBAN CERQUEIRA²

Resumo: em decorrência dos diversos questionamentos levantados no âmbito da Operação Lavajato, o presente artigo apresenta o instituto da delação ou colaboração premiada no Direito penal brasileiro, enfrentando, além da sua origem e características, a posição de vulnerabilidade do réu colaborador e a necessidade de imposição de limites nas cláusulas do acordo. Considerado como um negócio jurídico, observa-se que o acordo de delação premiada deve respeitar a inegociabilidade de determinados direitos fundamentais que não podem ser objeto de renúncia pelo investigado ou réu.

Palavras chave: delação premiada – cláusulas – renúncia – direitos fundamentais - Direito penal.

Abstract: due to the various questions raised in the context of “Operation Lavajato”, the present article presents the institution of the plea bargain in Brazilian criminal law, facing, in addition to its origin and characteristics, the vulnerability of the collaborator defendant and the need to limit on clauses of the agreement. Considered as a legal business, it should be noted that the plea bargain must respect the non-negotiability of certain fundamental rights which can’t be waived by the defendant.

Key-words: plea bargain – clauses – waived - fundamental rights – Criminal Law.

1. Introdução

Com o advento da Operação Lavajato, pode-se dizer que a ideia de justiça negociada passou a ganhar novos contornos. Alicerçados na Lei 12.850/13, diversos réus, presos ou não, negociaram com o Ministério Público a concessão de determinados benefícios em troca de

¹ Mestre e doutor em Direito pela UFBA. Professor Adjunto da Graduação, mestrado e doutorado da UFBA e professor da Faculdade Baiana de Direito. Advogado-Sócio do Escritório Sebastián Mello, Marambaia e Lins Advogados Associados. Titular da Cadeira n. 18 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG - Alemanha.

² Mestra e doutoranda em Direito (UFBA). Pós-graduada em Ciências Criminais (UFBA), Direito Penal Econômico (IDPEE-Coimbra) e Teoria do Delito (USAL-Salamanca). Especialista em DP Alemão (UniGöttingen) e Italiano (Tor Vergata-Roma). Advogada/professora.

informações que permitissem identificar os demais coautores das infrações, revelar a estrutura da organização, o *modus operandi* das atividades ilícitas, bem como a recuperação total do proveito das infrações penais praticadas.

Como contrapartida às delações, a legislação permite que o réu colaborador obtenha certos benefícios, como a redução da pena, obtenção de regime mais favorável de execução, sendo até autorizada a extinção da punibilidade com fundamento no perdão judicial.

A delação premiada torna-se, portanto, um instrumento decisivo na investigação de ilícitos penais em que os meios tradicionais de investigação se tornam ineficazes. Nesse tipo de avença, o réu obtém benefícios na aplicação e na execução da pena em troca de informações úteis, que a acusação não conseguiria obter sem o auxílio do colaborador.

É possível afirmar que este modelo de negociação é uma realidade inexorável, não havendo indícios de que tal instituto venha a ser eliminado do nosso ordenamento jurídico nos próximos anos, ainda que se discuta eventuais questões de natureza ética ou político-criminal. Contudo, deve-se ponderar quais são os limites da negociação num termo de colaboração premiada.

Neste ponto surge o problema posto em debate: sendo a delação premiada um negócio jurídico processual, quais os limites da negociação, sobretudo quando uma das partes é manifestamente mais vulnerável? Esta questão se torna relevante, na medida em que são negociadas cláusulas que representam restrições ao direito de recorrer, ao direito ao silêncio e, até mesmo, ao prazo prescricional. Uma vez que atinge direitos fundamentais – que não seriam impactados caso o termo de colaboração não fosse firmado, vale a pena investigar, a partir de uma metodologia analítica, a validade de tais cláusulas em face da ordem jurídico-constitucional.

Para tanto, o presente artigo objetiva examinar, inicialmente, o instituto da delação premiada, quanto ao seu surgimento legislativo, natureza jurídica e requisitos. Em seguida, serão enfrentadas as cláusulas susceptíveis – ou não – de negociabilidade, para, ao final, afirmar a irrenunciabilidade de determinados direitos fundamentais.

Observa-se, assim, que, não obstante tenha características de negócio jurídico processual, a delação premiada é um instrumento marcado pela desigualdade entre as partes envolvidas, vez que celebrados por pessoas, ou que estão presas, ou que têm receio, fundado ou não, de que possam vir a ser “alvos” de medidas punitivas, seja condenações, sejam decretos de prisão provisória, conduções coercitivas, busca e apreensão, enfim, uma série de medidas restritivas ou privativas da liberdade, que possuem repercussões psicológicas, patrimoniais e morais, atingindo sobremaneira o *status dignitatis* do colaborador.

Não é exagero dizer que o móvel central da delação premiada é o medo do delator. Medo este alicerçado na expectativa dos rigores da legislação penal, quando se trata de investigado solto, ou medo da permanência de uma situação de privação da liberdade, quando se trata de réu preso. Portanto, denota-se a importância prática da investigação, notadamente, porque resta evidente que na colaboração premiada há uma desigualdade entre as partes que negociam, vez que uma delas negocia termos que interferirão diretamente não só na sua vida como, amiúde, na vida de seus familiares, o que não ocorre com o Ministério Público, que ocupa uma posição muito mais confortável quando negocia um termo de colaboração.

2. A Delação ou Colaboração Premiada

A delação premiada – também chamada de colaboração premiada ou, ainda, de chamamento de corrêu – pode ser definida, em linhas gerais, como um acordo firmado com o

investigado, indiciado, réu ou condenado, por meio do qual é oferecido um “prêmio” em troca da sua confissão e ajuda nos procedimentos investigatórios de cunho criminal.

No entanto, apesar da aparente simplicidade do entendimento exposto, o instituto deve ser examinado com as necessárias cautelas, já que, além de demandar a estrita observância de requisitos legalmente estabelecidos para poder ser utilizado como meio de obtenção de prova no Processo Penal, precisa ser interpretado à luz dos fundamentos e princípios intransponíveis do sistema-jurídico penal, a fim de que não represente uma vulneração indevida a direitos fundamentais inegociáveis.

2.1 Evolução do Instituto na Legislação Brasileira

Atribui-se a origem da delação premiada no Direito positivo brasileiro no final do século XX. No entanto, é possível encontrar, mesmo nas Ordenações Filipinas, de 1603, dispositivos com conteúdo semelhante no crime de lesa majestade. No Item 12 do Título VI, tem direito a perdão aquele que, não sendo o principal responsável pelo delito, o delatar, desde que a revelação seja feita antes que o rei tenha conhecimento do fato³.

De igual modo, no Título CXVI⁴, havia outra hipótese de colaboração do acusado que ensejava seu perdão, quando o delator acusava seu comparsa por alguns crimes contra a fé pública. Ele ainda poderia ter perdão caso, sendo responsável por um crime menos grave, praticasse um delito mais grave.

No entanto, com as codificações brasileiras, a colaboração do réu seria tratada apenas como circunstância atenuante, até a edição da Lei nº. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que passou a prever a possibilidade de acordo no art. 8º, parágrafo único, nos seguintes termos: “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. A mesma legislação também promoveu uma alteração no Código Penal para incluir o §4º no art. 159, indicando uma redução de pena, nos casos de crime de extorsão mediante sequestro cometidos em concurso, para “o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado”.

3 No original: “(...) 12. E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber”

4 “Como se perdoará aos malfieiros, que derem outros à prisão. No original: TITULO CXVI - Como se perdoará aos malfieiros, que derem outros à prisão Qualquer pessoa, que der á prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Príncipe meu filho, ou em falsar sinal de algum Vedor de nossa fazenda, 12 ou Dezembragador, ou de outro nosso Official Mor, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em cousas, que toquem a seus Officios, ou em matar, ou ferir com bêsta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em a dar, ainda que morte delia se não siga, em matar atraioadamente, quebrantar prisões e Cadêas de fora per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo acinte para queimar fazenda, ou pessoa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo Carcereiro, em entrar em Mosteiro de Freiras com propósito deshonesto, ern fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabellião, ou Scrivão; tanto que assi der á prisão os ditos malfieiros, ou cada humdelles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu á prisão, participante em cada hum dos ditos malfieiros, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, posto que não tenha perdão da parte...”

Posteriormente, outros diplomas legais passaram a estabelecer cláusulas similares. A revogada Lei nº 9.034/95, que tratava de Organizações Criminosas, em seu art. 6º, passou a prever a redução da pena “quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. A Lei nº 9.080/95, a seu turno, incluiu o §2º no art. 25 da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86), prevendo uma redução de pena para o “coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa”, benefício que também foi incluído no art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90 para os crimes tributários. Até então, por conseguinte, a delação premiada era apenas uma causa minorante de pena.

Ocorre que a Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais) ampliou a possibilidade de prêmios e permitiu, além da redução de pena, a sua substituição, perdão ou incidência de regime menos gravoso para “o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”, redação que sofreu pequena alteração com a Lei nº 12.683/12.

Nesse interim, ainda foram editadas a Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a vítimas e testemunhas) – que, em seus artigos 13 e 14, indica benefícios idênticos ao da Lei de Lavagem de Capitais; a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) – que, no art. 41, prevê redução de pena ao “indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação” – e a Lei nº 12.529/11 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) – que, no art. 87, estabelece a possibilidade de acordo de leniência nos crimes contra a ordem econômica, formação de cartel e associação criminosa, o que implica na “suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência”, com posterior reconhecimento da extinção de punibilidade.

Como perceptível, apesar das múltiplas estipulações normativas, até recentemente, “não havia um regramento mais específico e um roteiro mais detalhado que propiciassem a efetividade da medida” (CUNHA; PINTO, 2015, p. 35). Ademais, a quase restrição do benefício à situação de delação de comparsas gerava grande questionamento quanto à moralidade da previsão legal.

Com a Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), o instituto da delação premiada alcançou uma maior incidência, tendo em vista a regulamentação mais pormenorizada do acordo e a maior abrangência das recompensas a serem oferecidas. A nova Lei de Organizações Criminosas reservou uma seção para a colaboração premiada e, no início do artigo 4º, estabelece:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Ademais, a despeito das críticas, o novo diploma legal proporcionou maior segurança aos envolvidos no acordo de delação premiada ao apontar os requisitos necessários para a realização do acordo e o procedimento de sua formalização, que deve ser observado em todos os casos⁵, além de ter indicado, de modo mais preciso e diversificado, os possíveis prêmios ao colaborador.

2.2 Natureza Jurídica e Valor Probatório

Principalmente após a edição da nova Lei de Organização Criminosa, é possível afirmar que a delação premiada é um meio de obtenção de prova, já que caracteriza um instrumento de aquisição de um elemento útil à decisão. Isso significa que as declarações constantes no acordo delatatório são meios de prova, ou seja, dados potencialmente idôneos a serem apreciados na decisão judicial, mas, por si só, insuficientes para lastrear a condenação⁶.

Esse entendimento é apreendido da própria Lei nº 12.850/13, que, no §16 do art. 4º, afirma expressamente que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Como adverte Gustavo Badaró, “há, nesse ponto, inegável limitação legal ao livre convencimento judicial que, normalmente, é governado por regras epistemológicas e não jurídicas” (BADARÓ, 2016).

O legislador estabeleceu, portanto, um regime de prova legal negativa em reforço ao princípio do estado de inocência, ao alertar, claramente, que a instituição da delação premiada “não transforma as autoridades policiais em meros espectadores de denúncias alheias” (BOTTINI, 2016).

Com efeito, a fim de que as informações obtidas sejam utilizadas como fonte de prova, serão necessárias provas de corroboração, é dizer, elementos extrínsecos que permitam concluir pela veracidade da versão indicada pelo delator. “A presença e o potencial corroborativo desse outro elemento probatório é *conditio sine qua non* para o emprego da delação premiada para fins condenatórios” (BADARÓ, 2016).

No Direito Penal Italiano, fonte de inspiração da legislação brasileira, principalmente em razão dos históricos estudos para combate à máfia, são apontados três critérios para que uma delação premiada passe a ostentar *status* de prova: a) credibilidade do declarante (confiabilidade de quem fala); b) credibilidade intrínseca da declaração auferida (coerência do que é falado); e c) confiabilidade extrínseca da declaração (coesão com os demais elementos probatórios).

É exatamente através destes aspectos que deve ser examinada a regra de corroboração e o valor probatório do acordo de delação premiada firmado, sendo também insuficiente a

⁵ Conforme entendimento dominante, a Lei nº 12.850/13 não possui incidência restrita aos casos de organização criminosa, podendo ser aplicada a todas as situações em que restar caracterizada, ao menos, uma associação criminosa (não é suficiente mero concurso de pessoas), o que afasta, nestes casos, a incidência das legislações anteriormente vigentes, tendo em vista a maior especificidade deste diploma legal e maior segurança jurídica conferida pelo mesmo.

⁶ Esse entendimento já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Cf. HC 127.483/PR.

existência de uma delação cruzada, aquela confirmada apenas por corréu colaborador, por ser elemento de prova igualmente frágil e débil.

Destarte, forçoso observar que a delação premiada, como meio de obtenção de prova, precisa ser efetuada dentro dos limites estritos fornecidos pela lei, a fim de que não lhe seja suprimida a licitude e, conseqüentemente, afastado o seu valor probante.

2.3 Requisitos

Na forma estabelecida pela Lei nº 12.850/13, são requisitos para o acolhimento da delação premiada: a) colaboração efetiva e voluntária com a investigação e processo criminal; b) resultado proveitoso específico para as investigações.

Deve-se pontuar, também, como pondera Gabriel César Zaccaria de Inellas, que a colaboração implica confissão da prática de fato delituoso. O réu ou investigado, além de confessar a autoria de uma ou mais infrações penais, igualmente atribui a um terceiro a participação, como seu comparsa. Neste ponto, só se pode falar em delação quando o réu também confessa (INELLAS, 2000, p. 93).

Além da existência de uma efetiva contribuição, a voluntariedade é, portanto, imprescindível para a realização do acordo, o que indica que a colaboração deve decorrer de ato de livre vontade do delator, desprovido de qualquer coação.

Isso significa que a ideia de voluntariedade para a delação é absolutamente incompatível com a prisão do colaborador, já que o Estado não pode se valer de instrumentos constritivos da liberdade humana para obter a delação premiada, tampouco forçar, em completa violação ao princípio do *“nemotenetur se detegere”*, alguém a se autocriminar. Insta observar que, na maioria dos casos, estando o réu preso, a delação é a única alternativa viável para reestabelecer, ainda que parcialmente, a liberdade e patrimônio do colaborador (BADARÓ, 2016), não podendo ser taxada de “voluntária” a delação efetuada no âmbito de uma prisão cautelar que é utilizada como verdadeira técnica de fragilização do indivíduo.

Nesse sentido, é questionável se a delação premiada, obtida por meio da pressão psicológica do cárcere, poderia ser valorada pelo julgador para lastrear uma eventual condenação do delator e seus colaboradores, principalmente nos casos em que são incluídas no acordo cláusulas de garantia relativas à liberdade do delator ou impossibilidade de adoção de novas medidas cautelares⁷.

Como segundo requisito, a delação premiada exige que as informações obtidas gerem um ou mais dos seguintes efeitos, previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13: a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Isso implica na existência de um efeito positivo para as investigações e/ou esclarecimento da verdade dos fatos.

⁷ Note-se que, conforme amplamente divulgado, vários investigados e réus da Operação Lavajato tiveram suas prisões preventivas convertidas em outras medidas cautelares após acordo de delação premiada. Apesar do recorte metodológico empregado no presente artigo inviabilizar o exame pormenorizado da validade – ou invalidade – dos acordos firmados nessas condições, insta afirmar a inexistência de efetiva “voluntariedade” em situações como tais.

Ocorre que o atendimento a estes requisitos não gera automaticamente o alcance do benefício almejado, sendo imprescindível, na inteligência do §1º do art. 4º, que, para a concessão e dosagem do benefício, se leve “*em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*”, fatores que já começam a ser ponderados ao longo da elaboração do acordo.

3. O objeto da negociação e a negociabilidade das cláusulas

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, ratificado na oportunidade de julgamento do HC nº 127.423/PR, além de ser meio de obtenção de prova, a delação premiada constitui um negócio jurídico processual, na forma prevista no art. 190 do Código de Processo Civil, tendo em vista que

seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração (STF - HABEAS CORPUS 127.483/PR).

Otávio Luiz Rodrigues Júnior define negócio jurídico processual como “uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo, de que é exemplo, no processo civil, a transação em juízo” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 53).

Tratando-se de um negócio jurídico, surgem discussões sobre o que é possível e não é possível negociar no âmbito da colaboração premiada, notadamente porque a Lei nº 12.850/13 estabelece apenas direitos e “prêmios” ao colaborador, não indicando eventuais contraprestações a serem exigidas pela autoridade policial e/ou Ministério Público.

Conforme expressamente indicado, de um lado, podem ser concedidos ao delator benefícios quanto à pena (perdão judicial, redução ou substituição) ou ainda, quando o colaborador não for o líder da organização e for o primeiro a prestar efetiva colaboração, o Ministério Público poderá deixar, até mesmo, de oferecer denúncia (art. 4º, §4º), o que equivalerá ao arquivamento do Inquérito Policial e poderá justificar a incidência do art. 28 do Código de Processo Penal, em caso de eventual discordância judicial.

Sendo concedida em fase de execução penal, a delação formará um incidente especial e poderá viabilizar a redução da pena definitiva do delator até a metade ou a progressão do seu regime fixado, ainda que ausentes os demais requisitos objetivos (art. 4º, §5º). Verifica-se, assim, que, em decorrência da delação premiada, uma vez proferida a sentença, seria possível rescindir a coisa julgada para redução da pena ou progressão de regime. Contudo, conforme esclarecem Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Busato (2014, p. 129-130), esse dispositivo seria inútil e inconstitucional, na medida em que permite que a coisa julgada seja afetada por um meio de prova negociada e não por um simples benefício ao réu, como ocorre nas hipóteses de revisão criminal, *“abolitio criminis”* e *“novatio legis in mellius”*, por exemplo.

Observa-se, ademais, que a escolha do prêmio a ser concedido deverá levar em consideração o grau de cooperação do delator e os benefícios aos interesses do Estado decorrentes da sua contribuição. Com efeito, conforme vasto entendimento jurisprudencial, o perdão

judicial deve ser reservado para situações de ampla cooperação e especial colaboração para desmantelamento de organizações criminosas⁸.

3.1 Os limites do Negócio Jurídico Processual

É ainda incerto o que pode ser exigido a título de contraprestação ante a concessão dos benefícios decorrentes da delação premiada, bem como não há previsão expressa sobre o que pode o colaborador renunciar como direitos no âmbito do processo. Se, por um lado, existem “prêmios” a serem obtidos pelo investigado/réu colaborador, por outro lado, o negociador (autoridade policial ou Ministério Público) se inclui num posição de exigir “contraprestações”.

No aspecto, sendo um negócio jurídico processual e não havendo regramento específico no Código de Processo Penal, pode-se recorrer ao disposto no parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, que expressamente diz que o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação nos casos em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Sem embargo, não há dúvidas de que a situação do colaborador é de manifesta vulnerabilidade, estando preso ou não, pois um termo de colaboração malfeito ou desfeito pode acarretar anos de privação de liberdade. E em nome da não restrição de sua liberdade, ele pode ser compelido a renunciar o que é, muitas vezes, irrenunciável.

Leonardo Greco, comentando sobre o negócio jurídico processual no âmbito do processo civil, pondera que tais negócios jurídicos processuais devem preservar aquilo que ele chama de “ordem pública processual”, isto é, o “o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes” (GRECO, 2017).

No âmbito processual penal, a Lei nº 12.850/13, apesar de indicar que as condições da proposta do Ministério Público deverão constar no termo de acordo da delação, não estabelece possíveis exigências ao colaborador. Nada obstante, em razão da condição de negócio jurídico da delação premiada, não há dúvida que, nessa seara, somente poderá ser negociado aquilo que for disponível.

Parece evidente que, entre as cláusulas passíveis de negociação num termo de colaboração premiada, firmada no âmbito do processo penal, mais cuidado ainda se deve ter com as renúncias a direitos do acusado como condições para homologação do acordo. Isso porque, como óbvio, somente pode ser objeto de negociação aquilo que pode ser disponível, isto é, o colaborador somente poderá negociar daquilo que puder livre e voluntariamente dispor.

Assim, as partes podem convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Resta saber quais os direitos de natureza processual e material que podem ser objeto de renúncia por parte do colaborador.

Em acordos de delação, tem-se decidido que “não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo” (STF, Pet 6049 DF Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento: 14/04/2016). Este Juízo de compatibilidade deve levar em consideração a disponibilidade ou indisponibilidade do direito fundamental atingido pela cláusula negociada no termo de colaboração premiada.

⁸ Cf. RVCr 10000121273825000/MG, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. RELATOR – CÂMARA. Julgamento: 08/07/2013.

3.2 Renúncia ao Direito ao Silêncio

Uma das questões praticamente unânime no que se refere à colaboração premiada é a renúncia ao direito ao silêncio. A renúncia ao direito ao silêncio constitui previsão legal expressa, insculpida no art. 4o, § 14, da Lei 12.850/132, que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Houve quem considerasse o referido dispositivo inconstitucional e incompatível com o direito ao silêncio assegurado na Carta Magna de 88, no seu art. 5 o inciso LXIII, bem como no art. 8 o, “g”, do Pacto São José da Costa Rica (MOREIRA, 2017). Com efeito, Rômulo Andrade Moreira pondera que o direito ao silêncio não pode ser imposto, pois ele somente pode ser renunciável voluntária e espontaneamente (MOREIRA, 2017).

Na verdade, a renúncia ao direito ao silêncio é algo que se admite em qualquer processo penal, haja ou não colaboração premiada. Assim como tem o direito de calar-se, tem o direito de contribuir, se assim o quiser, com as investigações. No entanto, é da essência da própria colaboração que o acusado preste informações úteis à Justiça.

Portanto, ao concordar com a delação premiada, o acusado deve ser “esclarecido pela autoridade e por advogado de sua confiança, com quem tenha tido tempo suficiente de entrevistar-se reservadamente, sobre a não obrigação de colaborar” (GAZZOLA, 2009, p. 176). Uma vez ciente, ele tem duas opções: a primeira delas é permanecer em silêncio, não colaborando com as investigações; a segunda, é relatar o que se sabe, renunciando *aonemotenetur se detegere*, recebendo, com isso, o direito de receber dos benefícios vinculados à delação premiada.

A questão é se o direito ao silêncio pode comprometer questões futuras não relacionadas ou não abordadas nos termos de delação. Com efeito, em relação aos fatos objeto da delação, evidente que ao colaborador não cabe escolher fazer uma delação seletiva, escolhendo o que deve ou o que não deve relatar.

Outra coisa, porém, é comprometer-se previamente a falar a verdade em relação a fatos estranhos ao objeto do termo de colaboração. O direito ao silêncio não poder ser renunciado preventivamente em relação a fatos e circunstâncias estranhas ao objeto da colaboração, pois isso significaria extinguir o direito fundamental ao silêncio. A restrição a um direito fundamental não pode significar sua eliminação.

3.3 A Renúncia ao Direito de Recorrer

O direito de recorrer é instituto de direito processual, que pertence ao acusado e é garantia assegurada no art. 8º, h do Pacto de San José da Costa Rica, que assegura ao Réu o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

A despeito de constituir-se em garantia fundamental inerente à dignidade da pessoa humana, tem-se que se trata de direito, via de regra, disponível. Recorrer é um ônus, isto é, vínculo imposto à vontade do agente em razão de seu próprio interesse. Como pondera Eros Roberto Grau (2016), o não cumprimento do ônus não acarreta, para o sujeito, qualquer espécie de sanção, mas apenas certa desvantagem.

Com efeito, recorrer é um meio voluntário de impugnação de uma decisão, tratando-se de uma faculdade que, não exercida, pode acarretar consequências desfavoráveis (GRINOVER; GOMES FILHO, 2009, p. 28). Deste modo, pode o colaborador dispor e renunciar ao direito a recorrer, o que se fundamenta na própria voluntariedade e disponibilidade recursal.

Mas os limites ao direito de recorrer, ainda assim, devem encontrar limites. Em certos termos de colaboração premiada, renuncia-se ao exercício do direito de impugnar questões de ordem pública, como nulidades e competências, como, por exemplo, no termo de colaboração premiada firmado em 27/08/2014, entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa (cláusula 12).

Partindo-se do pressuposto de que apenas o que é disponível pode ser renunciado, evidentemente que não é possível à parte renunciar ao recurso em matérias de ordem pública e conhecíveis de ofício pelo magistrado. Com efeito, no processo penal, *forma é garantia e limite de poder*, pois aqui se exerce o poder de punir em detrimento da liberdade (LOPES JUNIOR, 2009, p. 393). Desta maneira, discutir nulidades e competências não são meras formalidades, até porque, sendo matérias que podem ser conhecidas pelo juiz de ofício, não podem ser objeto de livre disposição das partes. Se é negociável o direito de recorrer, não se pode renunciar àquilo que a parte não pode dispor.

3.4 A Irrenunciabilidade da Prescrição como Matéria de Direito Penal Material

Tem-se percebido que, no teor de termos de colaboração premiada, estão sendo negociadas questões relativas ao prazo prescricional.

Pode-se citar, como exemplo, o termo de colaboração premiada firmado em 27/08/2014, entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa, no qual foi negociada a suspensão do processo e do prazo prescricional por 10 (dez) anos. Após decorrido prazo em referência, sem que haja quebra do acordo e delação, o Ministério Público pleiteará que recomece a contagem do prazo prescricional (cláusula 5ª, incisos III e V).

De igual forma, no termo firmado entre o então senador Delcídio do Amaral e o Ministério Público Federal, em 04/03/2016, negociou-se a suspensão do prazo prescricional pelo prazo de 10 (dez) anos, após o que voltariam a fluir os prazos prescricionais até a extinção da punibilidade (cláusulas 23, “d” e 25).

Percebe-se, portanto, que as partes negociam prazo prescricional como se fossem direitos disponíveis. No entanto, parece que, nesse aspecto, o prazo prescricional não é algo que as partes podem dispor, pois se trata de instrumento de ordem pública que decorre de texto expresso de lei.

Desde muito, se entende que a prescrição é matéria de ordem pública, indisponível e irrenunciável. Em outras palavras, mesmo diante de manifesto interesse do réu, a incidência da prescrição impede que a questão de mérito seja analisada, pois se trata de matéria de ordem pública e irrenunciável.

Vicente Piragibe, no seu Dicionário de Jurisprudência Brasileira, já ponderava que

a prescrição da ação tem os mesmos efeitos da anistia, impedindo a verificação do fato delituoso e do laço que o une ao delinquente, que fica acobertado com a presunção – *juris et de jure* – de inocência. Assim sendo, não é lícito evocar a lembrança de um crime do qual, o interesse social, pelo lapso de tempo recorrido, não julga mais precisa a punição (PIRAGIBE, 1938, p. 699).

Mesmo entendimento é sustentado por Bento de Faria, que afirma textualmente tratar-se de direito irrenunciável, sob qualquer pretexto. Nesse aspecto,

ainda mesmo que o indiciado (ou acusado) não a opusesse ou a renunciasse expressamente, ou reclamasse o julgamento do fato imputado, a fim de provar sua inocência, o juiz ou tribunal, verificando que o fato delituoso se acha prescrito, deve limitar-se exclusivamente a julgar a prescrição (GARCIA, 1973, p. 261).

Essa questão também foi discutida por Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro, que assim também ponderam:

a prescrição penal atente, primordialmente, ao interesse social. Não há, por isso, esperar que a requeira o acusado ou condenado. Não é favor ao indivíduo, mas medida de ordem pública. Como tal, independe de provocação do beneficiário, e pode ser, até, decretada à sua revelia, ou mesmo, contra a sua vontade (CARVALHO FILHO; ROMEIRO, 1979, p.251).

O referido entendimento vai ao encontro do conhecido brocardo latino *qui non potest condemnare, non potest absolvere*. Assim, só é possível julgar o mérito de uma ação penal se existe punibilidade. Mesmo que o réu tenha interesse em provar sua inocência, se o fato foi atingido pela prescrição, nada poderá ser feito, haja vista que já extinta a punibilidade.

A irrenunciabilidade do prazo prescricional ocorre porque, como sabido, não pertence ele às partes, nem ao réu, nem à acusação. Trata-se matéria de ordem pública, que decorre de texto expresso de lei e que, por conseguinte, não pode ser objeto de transação ou convenção entre as partes no processo penal.

Tanto é essa a interpretação que há entendimento pacífico e já antigo dos Tribunais Superiores no sentido de que a prescrição é irrenunciável, mesmo quando o acusado tem interesse no julgamento do mérito da demanda para provar a sua inocência.

No aspecto, decisão do Supremo Tribunal Federal no RC 1453/PA, relatada pelo Min. Célio Borja, no sentido de que, “configurada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, não há como o órgão revisor apreciar matéria relativa a incompetência do juízo condenatório ou a inocência dos réus: *‘qui non potest condemnare, non potest absolvere’*”.

Em julgados mais recentes, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que “a prescrição penal, por se tratar de matéria de ordem pública, não pode ser objeto de renúncia pelo autor da infração pena” (STJ, EDcl no Resp nº 705.071/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ. 13/03/2006).

Percebe-se, portanto, que, mesmo quando há interesse da defesa numa sentença absolutória, não é possível o julgamento de mérito quando o tempo produziu inexoravelmente os efeitos da extinção da punibilidade. Isso porque, o prazo não pertence ao réu, é matéria de lei e que não pode ser negociada, sobretudo quando se trata de medida restritiva de direitos fundamentais.

Não se pode equiparar a negociação da suspensão do prazo prescricional com outros direitos que são objeto de negociação nos acordos de delação premiada.

Em primeiro lugar, como já adiantado, o prazo prescricional não pertence nem à acusação nem à defesa. Trata-se, na verdade, de um importante instrumento de segurança jurídica, que delimita o poder estatal e impede que os conflitos se eternizem. Conforme pondera Canotilho (2003, p. 257), o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar sua vida de forma autônoma e responsável. Trata-se, pois, de um valor inerente à atuação

do direito e a prescrição tem essa função de diminuir sensivelmente a imprevisibilidade em razão do decurso do tempo.

Como pondera Adamy (2013), não se trata de uma mera formalidade, pois se trata de uma parte atuante da própria segurança jurídica, entendida no seu aspecto material. A prescrição é um elemento estabilizador do direito e, por isso, constitui-se em garantia indisponível.

Assim, o princípio da segurança jurídica é fundamento constitucional para o instituto da prescrição, assim como a dignidade da pessoa humana, impedindo que o homem seja instrumentalizado e fique eternamente sob a ameaça da pena, como uma espada de Dâmocles. Essa eternização impede a realização da sua personalidade enquanto membro de uma comunidade, de modo a garantir a paz jurídica do cidadão (SILVA, 2015).

Deste modo, como cláusula restritiva de direitos fundamentais, não pode o cidadão negociá-la, até porque se trata de instituto de direito material, ou, quando muito, instituto misto, de direito material e processual (MACHADO, 2000, p. 132). E seria uma verdadeira violência admitir que, ao arrepio do princípio da legalidade, se negociem institutos de direito penal material.

Não seria crível, por exemplo, que alguém negociasse a transformação de um ato preparatório numa tentativa de crime; inadmissível, por igual turno, uma ampliação do conceito legal de garantidor; não se admitiria uma negociação de uma causa de aumento maior do que a lei permite em caso de concurso formal, nem tampouco um maior de idade assumir responsabilidade penal por fato quando praticado quando era menor de 18 anos.

Como afirma Afrânio Silva Jardim, “o processo penal não pode ser tratado como um duelo entre duas partes, no qual vence a mais hábil, diligente ou esperta. O interesse público e o sentimento de justiça não aceitam essa visão privatista do fenômeno processual” (JARDIM, 2016, p. 34).

A legalidade, nesse aspecto, funciona como um limite, sobretudo quando a negociação, num termo de acordo de colaboração premiada, é eminentemente desigual, haja vista a posição de manifesta desvantagem do colaborador. Como argumentam Jescheck/Weigend (2002, p. 28-29), no Direito Penal, as garantias do Estado de Direito estão fortemente intensificadas, pois nada pode ameaçar tão fortemente a liberdade quanto a arbitrariedade dos poderes públicos que se servem dos meios do poder punitivos, pois as intervenções penais alcançam maior profundidade em seus efeitos do que quaisquer outras intervenções na liberdade ou na propriedade. E, nesta medida, a legalidade termina por ser um princípio formal do Estado de Direito que assegura, por sua vez, o princípio material do Estado de Direito que, em primeiro plano, se encontra a dignidade da pessoa humana como norma básica do conjunto do sistema valorativo constitucional.

Assim, é possível relacionar a legalidade como direito fundamental oponível ao Estado, como instrumento de preservação da liberdade humana, através de um elenco taxativo de um mínimo de intervenção. Por isso, impede-se que, por intermédio de uma negociação desigual, em manifesto prejuízo ao réu, se negociem prazos prescricionais, ainda que à custa de uma pena menor.

Ademais, não há previsão legal expressa, em nenhuma das normas que regulamentam a colaboração premiada, da possibilidade de negociação da prescrição. E, não havendo autorização legal para que o Ministério Público amplie o alcance temporal do *juspuniendi* estatal, deve-se considerar nula, ou não-escrita, a cláusula em que se negocia a ampliação do prazo prescricional.

Isso porque os limites legais aos prazos prescricionais, mais do que apenas estabelecer critérios de segurança jurídica, por intermédio da delimitação taxativa dos limites temporais do exercício do *juspuniendi*, realiza os direitos fundamentais que caracterizam a dignidade humana.

4. Conclusão

A partir das ponderações efetuadas, percebe-se que a delação premiada é um acordo firmado com o investigado, indiciado, réu ou condenado, por meio do qual é oferecido um “prêmio” em troca da sua confissão e ajuda nos procedimentos investigatórios de cunho criminal. Acordo que tem natureza, simultaneamente, de meio de obtenção de prova e de negócio jurídico processual.

Como meio de obtenção de prova, a delação premiada necessita observar o procedimento e requisitos legalmente previstos, notadamente a ideia de voluntariedade, o que o torna incompatível com a prisão preventiva, clara técnica de fragilização do indivíduo. Como negócio jurídico, permite às partes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, desde que se tratem de direitos que permitam autocomposição, ou seja, direitos disponíveis, que deveriam ser sugeridos pela legislação.

Observa-se, assim, que, se, por um lado, a Lei nº 12.850/13 dispõe que podem ser concedidos ao delator benefícios quanto à pena (perdão judicial, redução ou substituição), por outro, apesar de indicar que deverá constar no termo de acordo da delação premiada as condições da proposta do Ministério Público, não especifica possíveis exigências ao delator.

Todavia, em decorrência da natureza jurídica do instituto, resta forçoso adotar o entendimento de que apenas poderá ser negociado aquilo que for disponível, a exemplo do direito de recorrer e do direito ao silêncio, tal como vem sendo alvo de renúncia em acordos de delação premiada firmados recentemente.

O problema é que, nesses mesmos acordos, são vistas cláusulas que versam acerca de negociabilidade do prazo prescricional, o que é inadmissível e absolutamente nulo, seja porque, tratando-se a prescrição de matéria de direito penal objetivo, deve respeitar a estrita legalidade, seja porque o prazo prescricional trata-se de um importante instrumento de segurança jurídica, matéria de ordem pública, que delimita o poder estatal e impede que os conflitos se eternizem, não pertencente nem à acusação nem à defesa a fim de ser negociado.

Referências

ADAMY, Pedro. Prescrição e segurança jurídica: considerações iniciais. In: **Prescrição Penal. Temas Actuais e Controvertidos: Doutrina e Jurisprudência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, v.4.

BADARÓ, Gustavo. **O valor probatório da delação premiada:** sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. *Consulex*, n 443, fevereiro 2015, p. 26-29.

_____. **Quem está preso pode delatar?** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/quem-esta-presno-pode-delatar>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos Delitos e das penas.** Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; FELDENS, Luciano. **A forma inteligente de controlar o crime organizado**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-05/direito-defesa-forma-inteligente-controlar-crime-organizado>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao Código Penal**. 5ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1979.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/13)**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GARCIA, Basileu, **Instituições de Direito Penal**, v.II. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1973.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: RT, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini ; GOMES FILHO, Antônio Magalhães ; FERNANDES, Antônio Scarance . **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

JARDIM, Afranio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 33-40.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACEDO, Raimundo. **Da extinção da punibilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal: prescrição funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Nova Lei de Organização Criminosa: Lei nº. 12.850/2013**. Disponível em:< http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9434/a_nova_lei_de_organizacao_criminosa__lei_n_12_8502013 >. Acesso em: 16 jan. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIRAGIBE, Vicente, **Dicionário de Jurisprudência Penal do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1938, v.1.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. **Revista Jurídica**, n.321, a.52, jul. Porto Alegre: Notadez, 2004.

SILVA, Pedro Filipe Gama da. **A prescrição como causa de extinção da responsabilidade criminal: um estudo de direito penal português**. Dissertação de Mestrado em Direito, na área de especialização de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Prof. Doutora Cristina Líbano Monteiro e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2015.

“

**A GESTÃO
ESTRATÉGICA
COMO PRODUTO DE
UMA GOVERNANÇA
CORPORATIVA À
SERVIÇO DO
DESEMPENHO
INSTITUCIONAL**

”

A FORMAÇÃO CONTINUADA COMO FERRAMENTA DE INOVAÇÃO NO MACRODESAFIO DA MELHORIA DA GESTÃO DE PESSOAS

- Estudo de Caso dos Cartórios Integrados da Comarca de Salvador -

CRISTIANE MENEZES SANTOS BARRETO

Juíza de Direito do Estado da Bahia, titular da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Fórum Regional do Imbuí, Rua Padre Casimiro Quiroga, Loteamento Rui das Pedras, Quadra 01, Lotes 1 a 10, Imbuí - CEP: 41.720-400, Salvador, Bahia, Brasil - Tel. 71 3372-7481 - E-Mail: cbarreto@tjba.jus.br.

PEDRO LÚCIO SILVA VIVAS

Bacharel em Administração de Empresas com Especialização em Análise de Sistemas, pós-graduado em Gestão do Conhecimento, Coordenador de Projetos e Processos da Secretaria de Planejamento, Programação e Orçamento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 5ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, Nº560, Edifício Advogado Pedro Milton de Brito (Anexo II), Sala 317, Salvador, Bahia, Brasil - Tel. 71 3483-3768 - E-Mail: pvivas@tjba.jus.br.

RESUMO

Este artigo é fruto de um feliz encontro de dois integrantes do quadro do Poder Judiciário do Estado da Bahia, os quais tem um propósito comum, de preparar a Justiça do Novo Tempo que possui, dentre tantos outros desafios, garantir a efetividade, a celeridade e a produtividade na entrega da prestação jurisdicional e, também, afiançar melhoria da gestão de pessoas e Inovação. Ele surgiu da observação dos significativos avanços em indicadores de desempenho dos Cartórios Integrados da Comarca de Salvador, em especial o 1º Cartório Cível Integrado. Com a implantação dos cartórios integrados, em 2016, foi desenvolvida uma capacitação com metodologia interdisciplinar focada no mapeamento e desenvolvimento de competências das pessoas que efetivamente integram a estrutura, o gerenciamento da rotina do processo de trabalho e gestão de pessoas a ser definida como estratégia da unidade e uma de suas principais ferramentas em prol da inovação, o que também foi percebido, sobretudo por seus magistrados e servidores, como importante contributo no enfrentamento aos macrodesafios do Poder Judiciário, em especial, por alavancar a melhoria da gestão de pessoas.

A inovação foi a tônica do desenvolvimento da metodologia a ser aplicada na capacitação dos servidores e magistrados das varas judiciais que seriam integradas com a nova rotina de gerenciamento de processos de trabalho. Pensando na implementação dos pilares do saber aprender, saber fazer (habilidade) e saber realizar e conviver (1996, 2010 UNESCO¹) e tam-

1 **Educação**: um tesouro a descobrir, relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI (destaques). Corporate author. International Commission on Education for the Twenty-first Century. Person as author. Delors, Jacques. Publicado pelo Setor de Educação da Representação da UNESCO no Brasil, com patrocínio da

bém nos pilares da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM, 2016²) o objetivo foi desenvolver e aprimorar as competências em gerenciamento de pessoas, rotina do processo de trabalho, comunicação, resolução de problemas, autogerenciamento e trabalho em equipe. Para alcançar o escopo do processo de qualificação quanto a desenvolver as competências de inteligência emocional e social, quatro foram os domínios, quais sejam, autoconsciência, autogestão, consciência social e gestão de relacionamentos³, e neste conjunto de ideias, foram utilizados como ferramentas metodológicas: o PDA⁴ (Unificação das Competências); o *Lego Serious Play*⁵; e as ferramentas de Programação Neurolinguística (PNL⁶) permeou o modelo de comunicação para desenvolver a capacidade do gestor de influenciar, gerir pessoas e formar equipes de sucesso.

Palavras-chave: 1. Aprendizagem Organizacional. 2. Formação Continuada. 3. Gestão de Pessoas com Desenvolvimento de Competências. 4. Gestão de Processos. 5. Gestão do Conhecimento. 6. Inovação. 7. *Lego Serious Play*. 8. Macrodesafios do Poder Judiciário. 9. PDA. 10. Planejamento Estratégico. 11. Programação Neurolinguística.

ABSTRACT: This article is the result of a happy meeting of two members of the judiciary of the State of Bahia, who have a common purpose, to prepare the New Time Justice that has, among many other challenges, ensuring effectiveness, speed and Productivity in the delivery of the jurisdictional service and, also, improve the people management and Innovation. It emerged from the observation of significant advances in performance indicators of the Salvador County Integrated Registry Offices, especially the 1st Integrated Civil Registry Office. With the implementation of integrated registry offices, in 2016, training was developed with an interdisciplinary methodology focused on mapping and skills development of the people who effectively integrate the structure, the routine management of the work process and the management of people to be defined as the strategy of the company. unity and one of its main tools for innovation, which was also perceived, especially by its magistrates and servants, as an important contribution in addressing the macro challenges of the judiciary, in particular by leveraging the improvement of people management.

Innovation was the focus of the development of the methodology to be applied in the training of court staff and judges that would be integrated with the new work process management routine. Thinking about the implementation of the pillars of knowing how to learn, how to do (skill) and knowing how to do and live (1996, 2010 UNESCO) and also the pillars of the

Fundação Faber-Castell, uma parceria para promover uma educação de qualidade para todos no Brasil.

2 **VEIGA**, Maria Raimunda Mendes da. **O desenvolvimento de competências e as práticas pedagógicas – que mudanças são necessárias na formação profissional?** Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/O-desenvolvimento-de-competencias-e-as-praticas-pedagogicas-Raimunda-Veiga-R1A.pdf> Acessado em: 16/11/2019.

3 **Inteligência emocional**, Daniel Golleman, curso Leadership: a Master Class.

4 **PDA** - PersonalDevelopmentAnalysis - Ferramenta de perfil comportamental das pessoas e habilidades, identificando seus potenciais e áreas de desenvolvimento. Trata-se de um teste psicométrico que, através de uma metodologia simples, precisa e cientificamente garantida, permite descrever e analisar o Perfil Comportamental das pessoas. A OpusHuman foi a empresa que aplicou a metodologia no TJBA.

5 **Lego Serious Play** - Idealizada em 1996, pelos professores Johan Roos, Bart Victor e David Owens, além do executivo da Lego, Robert Rasmussen, desenvolveram a metodologia Lego Serious Play (LSP) que visa ampliar a criatividade e possibilitar uma nova forma de aprendizagem aos adultos. Disponível em: <https://administradores.com.br/noticias/as-quatro-etapas-que-conduzem-o-metodo-lego-serious-play> Acessada em: 16/11/2019.

6 **PNL** - Programação Neurolinguística é uma abordagem de comunicação, desenvolvimento pessoal e psicoterapia criada por Richard Bandler e John Grinder na Califórnia, Estados Unidos na década de 1970.

National School of Training and Improvement of Magistrates (ENFAM, 2016) the objective was to develop and improve people management skills, work process routine, communication, problem solving, self-management and teamwork. To reach the scope of the qualification process for developing emotional and social intelligence skills, four were the domains, namely, self-awareness, self-management, social awareness and relationship management, and in this set of ideas, were used as methodological tools: the PDA (Unification of Competencies); Lego Serious Play; and the Neurolinguistic Programming (NLP) tools permeated the communication model to develop the manager's ability to influence, manage people and form successful teams.

Keywords: 1. Continuing Education. 2. Innovation. 3. Judiciary Macro Challenges. 4. Knowledge Management. 5. Lego Serious Play. 6. Neurolinguistic programming. 7. Organizational Learning. 8. PDA. 9. People Management with Skills Development. 10. Processes Management. 11. Strategic Planning.

“Homem algum poderá revelar-vos senão o que já está meio adormecido na aurora de vosso entendimento. [...] Porque a visão de um homem não empresta suas asas a outro homem. E assim, como cada um de vós se mantém isolado na consciência de Deus, assim, cada um deve ter sua própria compreensão de Deus e sua própria interpretação das coisas da terra.”

O Profeta - Gibran Kalhil Gibran⁷

1. Introdução

O Poder Judiciário, no âmbito de sua missão, possui como agente público “poucos” perfis de destinatários aos seus serviços, apenas os jurisdicionados e os operadores do direito, entretanto, estes representam o todo do tecido social, seus “clientes” atuais somam-se sempre aos futuros, ainda que latentes e/ou potenciais, afinal, a garantia constitucional de pleno, irrestrito e célere acesso à justiça, como importante ferramenta social na defesa de direitos e interesses individuais, gerais ou coletivos, atinge não apenas a um nicho específico da população, mas, concomitantemente, a todos os cidadãos brasileiros.

O anteposto e descrito cenário apenas ilustra o ponto de partida no qual, ao longo dos últimos 30 anos, o Judiciário transforma-se, especialmente em face de alguns grandes acontecimentos, sejam legislativos, a exemplo da promulgação da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, de inéditas demandas sociais e empoderamento de minorias, instituídos como, Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, O Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) - Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, ou ainda das inovações científicas e tecnológicas, tais como, Cirurgias Robóticas e à Distância; Comércio e Moeda Eletrônicos; *Data Mining*, *Data Warehouse*, *Business Intelligence* e *Big Data*; Drogas Anti-Retrovirais; *Instant Messenger* - Mensageiros Instantâneos (*Whatsapp*, *Telegram* etc.); In-

⁷ **Gibran Kalhil Gibran** - (*6/12/1883 Bsharri/Líbano - †10/04/1931 New York/USA) também conhecido como Khalil Gibran, foi um ensaísta, filósofo liberal, prosador, poeta, conferencista e pintor de origem libanesa. Seus livros e escritos, de simples beleza e espiritualidade, são reconhecidos e admirados para além do mundo árabe. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Khalil_Gibran Acessado em: 10/11/2019.

teligência Artificial (IA), *Machine Learning*, Internet e Internet das Coisas (IOT), etc.; Redes 3G, 4G e 5G - Redes *Wifi*(Sem Fio) - Transmissão dados por Luz via Fibra Óptica; Redes Sociais – *Youtube*, *Facebook*, *LinkedIn*, *Instagram*, *Tweeter*, Nanotecnologia, Engenharia Genética etc.; e tantas outras.

Nesse mesmo diapasão vem sendo estabelecido um conjunto de fatores exógenos ao Poder Judiciário que trazem consigo fortes questionamentos e enormes desafios às suas tradicionais estruturas de gestão, o que obriga o repensar, o reajustar e o funcionamento dos seus órgãos na promoção e oferta dos seus serviços.

Outrossim, na implementação de um possível plano diretor de atuação, deve-se atentar ao fato de, invariavelmente, serem postos ao Poder Judiciário, emergindo como grandes desafios, o atendimento às obrigações provenientes do arcabouço de normativos vigentes, oriundos precipuamente da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), porém, independente disto, também surgem naturalmente novos desafios ocasionados da dinâmica do contexto social brasileiro, ou de maneira participativa, por intermédio do diagnóstico de resultados de consultas e, mais ainda, de audiências públicas junto a magistrados, servidores, jurisdicionados e operadores do direito.

Desta forma, para o efetivo desenvolvimento da qualidade do seu “catálogo de serviços”, implicará sempre ao Poder Judiciário, necessariamente, entender quais são, circunstancialmente, seus principais desafios - os macrodesafios - e adotar práticas e tecnologias gerenciais que contribuam, a partir da vivência, do conhecimento e do uso de novos paradigmas referenciais, na busca da ampliação de sua capacidade de governança e no reconhecimento das possibilidades de contribuições de inovações advindas dos magistrados e servidores inseridos num contínuo processo de aprendizagem e, por conseguinte, da evolução da própria maturidade institucional.

Neste contexto, uma ampla política de capacitação de magistrados e servidores se mostrou condição *sine qua non* às pretensões estratégicas da instituição, afinal, desenvolver, transmitir e compartilhar conhecimentos em busca de um desempenho diferenciado, de igual forma, demanda diferenciadas habilidades e atitudes, apenas possíveis pela promoção continuada da educação e aperfeiçoamento técnico, em função disso, em 2012, foi estruturado por sua Universidade Corporativa (Unicorp) um Programa de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados e servidores que priorizou a difusão e descentralização da capacitação com o intuito de disponibilizar o maior número de disciplinas, bem como abranger a integralidade das unidades e comarcas em todo Estado da Bahia.

Isto posto, revela-se como cerne do conteúdo a ser explorado neste trabalho evidenciar a importância da formação interdisciplinar focada no mapeamento e desenvolvimento de competências de magistrados e servidores, as experiências que foram vivenciadas pelo Tribunal de Justiça da Bahia e que se revelaram diferenças na alocação das equipes do Cartório Integrado, além de explicitar as iniciativas que contribuíram para o enfrentamento da melhoria da gestão de pessoas voltada para a construção de uma justiça do novo tempo.

2. Macrodesafios Do Poder Judiciário

A Gestão Estratégica do Poder Judiciário do Estado da Bahia (PJBA), processo em que se investe tempo e recursos no sentido de se pensar, planejar e agir no presente em função de perspectivas futuras na busca do alcance de uma visão de longo prazo que respeite valores e princípios institucionais essenciais da organização, assim como em todos os 90 outros órgãos

que formam o Poder Judiciário Brasileiro em todos os seus segmentos e o próprio CNJ, deve estar perfeitamente alinhada à Estratégia Nacional do Poder Judiciário aprovada para o sexênio 2015 - 2020 e instituída pela Resolução CNJ nº. 198, de 1º de julho de 2014.

Formulada de forma participativa com as contribuições de magistrados, servidores, jurisdicionado e operadores do Direito compiladas por intermédio do trabalho da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, *força-tarefa* instituída pela Portaria nº. 138 de 23 de agosto de 2013 e regulamentada pela Portaria nº. 59 de 23 de abril de 2019, reflete premissas importantes para o processo estratégico em todo o Poder Judiciário e sintetiza a estratégia em componentes, a saber: missão, visão, valores e macrodesafios do Poder Judiciário⁸. Estão assim definidos como macrodesafios do Poder Judiciário (BRANCO; SALLES, 2019 p. 77):

Efetividade na Prestação Jurisdicional

Busca garantir o acesso à Justiça por meio de efetiva e célere prestação jurisdicional, designando ao Poder Judiciário o papel de protagonista na manutenção da Pacificação Social como alavancadora do Estado Democrático de Direito e no desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária.

Garantia dos Direitos de Cidadania

Visa atender ao desafio de garantir no plano concreto os direitos à cidadania (CF, art. 1º, inc. II), em sua múltipla manifestação social: cidadão-administrado (usuário dos serviços públicos), cidadão trabalhador-produtor, cidadão-consumidor e cidadão-contribuinte, buscando-se atenuar as desigualdades sociais e garantir os direitos de minorias, observando-se, para tanto, práticas socioambientais sustentáveis e uso de tecnologia limpa.

Combate à Corrupção e à Improbidade Administrativa

Almeja a consecução de iniciativas que visem à proteção da coisa pública, à lisura nos processos de trabalho, à preservação da probidade administrativa e à persecução dos crimes contra a administração pública, entre outros. Para tanto, deve-se priorizar a tramitação dos processos judiciais que tratem do desvio de recursos públicos e de improbidade e de crimes eleitorais, além de medidas administrativas relacionadas à melhoria do controle e da fiscalização do gasto público no âmbito do Poder Judiciário.

Adoção de Soluções Alternativas de Conflito

Institui o fomento de meios extrajudiciais alternativos e adequados para resolução negociada de conflitos, com a participação ativa do cidadão. Visa estimular a comunidade a dirimir suas contendas sem necessidade de processo judicial, mediante o uso da conciliação,

⁸ **Missão** - Essência da organização, exerce a função orientadora e delimitadora de suas ações e onde se revela a razão de ser do seu existir. **Visão** - Aspiração de perspectiva futura na qual a organização, apropriando-se de suas forças, minimizando os efeitos ou eliminando suas fraquezas e definido respostas aos seus riscos estratégicos, lança-se na busca empenhada de um cenário onde será reconhecida pelos stakeholders em função da qualidade e efetividade no cumprimento de sua missão. **Valores** - Princípios ou crenças que trazem consigo demandas estratégicas a serem supridas em seus processos ou projetos estratégicos. São fatores críticos ao sucesso da organização no alcance de sua visão de futuro e garante a preservação e integridade de sua missão institucional, orientando o comportamento da organização e comprometendo seus integrantes ao incorporar em sua cultura organizacional o descolamento do foco individual de seus colaboradores para o engajamento voluntário e colaborativo. **Macrodesafios** - Representam os grandes temas, as principais questões a serem trabalhadas e direcionadas pela estratégia a fim de garantir que seus objetivos expressem as planejadas e necessárias modificações na atual realidade, consideradas prioritárias para organização no sentido de se alcançar sua visão de futuro e capazes de propiciar as mudanças de rumos apropriados ao atendimento de novos e diferentes cenários que se apresentam ao longo da implementação de seu planejamento.

da mediação e da arbitragem; visa à formação de agentes comunitários de justiça; e, ainda, à celebração de parcerias com a Defensoria Pública, Secretarias de Assistência Social, Conselhos Tutelares, Ministério Público, e outras entidades afins.

Aprimoramento da Justiça Criminal

Persegue a adoção de medidas preventivas à criminalidade e ao aprimoramento do sistema criminal, por meio da maior aplicação de penas e medidas alternativas, do investimento na justiça restaurativa, do aperfeiçoamento do sistema penitenciário, do fortalecimento dos conselhos de comunidade, penitenciários e dos patronatos e combate ao uso de drogas ilícitas. Pretende reduzir o número de processos, as taxas de encarceramento e a reincidência; estabelecer mecanismos para minimizar a sensação de impunidade e insegurança social; e a construção de uma visão de justiça criminal vinculada à justiça social.

Gestão das Demandas Repetitivas e dos Grandes Litigantes

Objetiva a redução do acúmulo de processos relativos à litigância serial, advindos dos entes públicos, do sistema financeiro, das operadoras de telefonia, entre outros, por meio da gestão da informação e do uso de sistemas eletrônicos. Visa reverter a cultura da excessiva judicialização, com a proposição de inovações legislativas, a criação e aplicação de mecanismos para penalizar a litigância protelatória e o monitoramento sistemático dos assuntos repetitivos e dos grandes litigantes.

Impulso às Execuções Fiscais e Cíveis

Concentra-se na implantação de ações visando à efetividade das ações judiciais, propiciando a recuperação de bens e valores aos cofres públicos (execuções fiscais) e a solução definitiva dos litígios cíveis e trabalhistas. Para tanto, podem ser adotados mecanismos como a utilização tempestiva dos sistemas de bloqueio de ativos do devedor (Bacenjud, Renajud, In-fojud); a realização de leilões judiciais; a celebração de parcerias com as Procuradorias de Fazenda, juntas comerciais, cartórios de registro de imóveis e de protesto de títulos; a inscrição da dívida nos sistemas de proteção ao crédito, a exemplo do Serasa e SPC, entre outras ações.

Celeridade e Produtividade na Prestação Jurisdicional

Tem por finalidade materializar, na prática judiciária, o comando constitucional da razoável duração do processo. Trata-se de garantir que a prestação jurisdicional seja ágil e com segurança jurídica e procedimental na tramitação dos processos judiciais, bem como elevar a produtividade das unidades, dos magistrados e dos servidores.

Instituição da Governança Judiciária

Este objetivo visa à formulação, à implantação e ao monitoramento de estratégias flexíveis e aderentes às especificidades regionais e próprias do segmento da Justiça estadual, produzidas de forma colaborativa pelos órgãos da justiça e pela sociedade. Mira, ainda, na eficiência operacional, na transparência institucional, no fortalecimento das autonomias administrativa e financeira do Poder Judiciário e na adoção das melhores práticas de comunicação da estratégia, de gestão documental, da informação, de processos de trabalho e de projetos.

Melhoria da Gestão de Pessoas

Este objetivo dedica-se à implantação de políticas, metodologias e práticas adotadas na gestão de comportamentos internos, objetivando potencializar o capital humano nos órgãos

do Poder Judiciário. Considera programas e ações relacionados: à avaliação e ao desenvolvimento de competências gerenciais e técnicas dos servidores e magistrados; à valorização dos colaboradores; à humanização nas relações de trabalho; ao estabelecimento de sistemas de recompensas; à modernização das carreiras; e à adequada distribuição da força de trabalho.

Melhoria da Infraestrutura e da TIC

Preocupa-se com o avanço no atendimento de demandas de segurança, uniformidade, qualidade e aparelhamento nas instalações do TJBA, voltadas à efetividade de sua funcionalidade, assim como ao uso racional destes equipamentos, alinhando-se às políticas estruturantes definidas pelo Conselho Nacional de Justiça. Visa, também, garantir confiabilidade, integralidade e disponibilidade dos instrumentos de Tecnologia da Informação e Comunicação, por conseguinte das informações, dos serviços e sistemas essenciais da justiça, com o incremento e a modernização dos mecanismos tecnológicos, controles efetivos dos processos de segurança e de riscos, e otimização de recursos humanos, orçamentários e tecnológicos.

Aperfeiçoamento da Gestão Econômico-Financeira

Este objetivo define a implantação de políticas e diretrizes que favoreçam a articulação institucional com vistas a um melhor desempenho financeiro, a ampliação da contribuição dos cofres públicos para a sustentação de sua estratégia, e a viabilização/captação de novas fontes de recursos, materialização de planos de gestão com eficiência e economicidade, utilizando-se destes mecanismos para alinhar as necessidades orçamentárias de custeio, investimentos e pessoal ao aprimoramento da prestação jurisdicional, atendendo aos princípios constitucionais da administração pública. Envolve estabelecer uma cultura de redução do desperdício de recursos públicos, de forma a assegurar o direcionamento dos gastos para atendimento das necessidades prioritárias e essenciais dos órgãos da justiça.

3. A inovação

Há muito no Poder Judiciário, e não sem razão, se configura explícito o inconsciente coletivo do desejo dos seus atores por mudanças que tenham significado real, positivo e efetivo nos seus ambientes e processos de trabalho, na comunicação institucional e no conhecimento organizacional (*know-How*), embora seja pacífico que se trate de uma jornada de hercúleos esforços, conforme analogamente pode se depreender da assertiva de FIATES, que expressa:

“Após décadas promovendo comportamentos previsíveis e controláveis, não é tão fácil mudar modelos mentais construídos e solidificados. Então, como habilitar as pessoas dentro do ambiente organizacional a criar, adquirir, aplicar, e transferir conhecimentos de forma natural e cotidiana? Dessa forma, é preciso conhecer e fomentar os processos de aprendizagem individual dentro da organização e proporcionar as condições favoráveis à transformação da aprendizagem individual em aprendizagem organizacional. O momento presente é um ponto de inflexão entre a era da certeza e do raciocínio lógico e uma nova era caracterizada pela imprecisão, pelo futuro desconhecido e pelo número infinito de possibilidades objetivas.” (FIATES, 2008, p. 128)

As organizações que compõem a orbe Judiciária, ainda que de uma forma incipiente se comparadas a outras, tanto em segmentos públicos quanto privados, têm relutado para deixar clássicas zonas de conforto e enraizadas liturgias, e, em detrimento a isso, se mobilizam para empreender e acompanhar o ritmo em que se apresentam as novidades do mundo moderno, não mais se contentando apenas em consumir a destempe tecnologias e metodologias que, embora consagradas, já não trazem consigo tanto valor agregado quanto necessita. A esse respeito temos de HOFFMANN-RIEM que:

“As sociedades modernas, como o Brasil, enfrentam constantemente novos desafios.” ... “Às vezes, algumas fórmulas já testadas e comprovadas podem ser suficientes para lidar com novos desafios, porém, frequentemente, novas soluções são demandadas. ... “Inovações são consideradas melhorias significativas e sustentáveis, que contribuem para lidar com a gestão de conhecidos ou novos problemas.” (HOFFMANN-RIEM, 2015, p. 11)

Inovar, pois, abarca a formatação de uma conjuntura ativa para agregar valor peculiar em produtos e serviços existentes por intermédio de ações compostas de sólidas bases científicas, tecnológicas e organizacionais, capazes de alterar em seus atores comportamentos, habilidades e atitudes num engajamento voluntário e; nos seus processos internos de gestão há a estruturação de novos requisitos, ritos e fluxos facilitadores da difusão das novas informações e conhecimentos e, de igual forma, sua atualização contínua.

Nesse particular, o Poder Judiciário do Estado da Bahia (PJBA) vem diuturnamente trabalhando para responder à complexidade inerente das constantes transformações com a agilidade e prontidão que os problemas originados pelos novos cenários requerem. Com esse fito e cada vez mais, vêm se direcionando para encontrar formas de apropriação dos conhecimentos e habilidades dos indivíduos da organização para efetivar os resultados sobre os quais clama toda sociedade. Por essa razão, ao criar o seu próprio *“caminho feliz”* faz com que cresçam as possibilidades de estabelecer cíclicas estratégias para se reinventar, se recriar, numa melhoria contínua e sustentável em sua gestão de recursos, tecnologia e qualidade dos serviços prestados.

4. Inovação Tecnológica X Inovação Social

Tornou-se uma metonímia citar inovação como os alardeados avanços realizados pela indústria da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), ou de áreas afins que as materializem, como por exemplo, a robótica e a mecatrônica e, embora não se discuta a importância dessas áreas para inovação, impende salientar, entretanto, que não se pode restringir exclusividade a esses campos na correta aplicação dos conceitos existentes. Outro tipo de inovação é igualmente importante para viabilizar um projeto de sociedade com organizações respondentes às significativas mudanças de cenários estruturais e conjunturais observados em face da resolução dos problemas que a elas se apresentam ao longo dos tempos, trata-se das inovações sociais. Sobre este aspecto temos de HOFFMANN-RIEM que:

⁹ *Caminho Feliz* – Percurso fluído e sem óbices no qual o processo é executado da melhor forma possível em toda e qualquer instância, com poucas ou nenhuma exceções em suas regras de negócio.

“As inovações sociais são igualmente importantes para implantação de inovações tecnológicas. A relação com as inovações na tecnologia – como as vinculadas aos computadores e Internet geral – precisa ser apreendida, pois especialmente as pessoas mais idosas têm problemas com elas. São exemplos da necessidade de interação entre as inovações tecnológicas e as inovações sociais, ‘... ‘Essas inovações, para serem aplicadas, necessitam ser socialmente aceitas pelas pessoas envolvidas para assim poder gerar seus benefícios.” (HOFFMANN-RIEM, 2015, p. 13)

As inovações tecnológicas demandam conhecimento específico do nível de desenvolvimento da maturidade organizacional na unidade de negócio ao qual esta será inserida, ou seja, quando se investe tempos e movimentos para resolução de novos e antigos problemas não se pode supor que a simples inserção de artefatos tecnológicos seja o suficiente, desconsiderando as condições sociais em que se dará o seu uso, vez que os vetores resultantes do sistema de valores, comportamentos e atitudes será um fator crítico decisivo para o aprendizado individual e organizacional na realização deste intento, de forma engajada ou boicotada, porquanto se estabelece uma relação imediata e inconsciente com o grupo irã que consumir de tal tecnologia. A este respeito têm-se de NETO as seguintes considerações:

“... a aprendizagem organizacional compreende as seguintes lições: a) os processos se desenvolvem de forma dinâmica e não linear, no tempo e no espaço; b) a redução dos fatores limitantes pode ser combinada ao esforço de crescimento e deve precedê-lo; c) deve haver identificação adequada dos germes de mudanças ou origens das inquietações e não dos sintomas; e) o esforço de capacitação interna deve ser promovido; f) o estabelecimento de objetivos compartilhados e inspiradores deve existir, para sedução e engajamento de todos na organização; g) não há caminhos fáceis ou atalhos para os problemas fundamentais; h) deve-se fazer a identificação das interdependências e interações sistêmicas; e i) não basta entender os princípios, é essencial praticá-los para aprender.” (NETO, 2003, p. 72)

Ademais, o hodierno conceito de sociedade do conhecimento traz consigo um importante contraponto à inovação como sinônimo único de TIC, não se pode olvidar que a organizações mais longevas e competitivas veem se apropriando ao longo dos anos de conceitos oriundos das ciências humanas, tais como sociologia, biologia e ecologia, para ilustrar e replicar aspectos sistêmicos análogos às interações dos organismos dos seres vivos que as tornem diferenciadas em seu âmbito de atuação, a exemplo do comportamento sináptico do sistema nervoso observado pela neurociência no potencial de ação em sua transferência de impulsos elétricos e em sua plasticidade neuronal - capacidade de mudar, adaptar-se e moldar-se a nível estrutural e funcional - em função das suas complexas atividades cognitivas quando sujeito a novas experiências. Por essa e outras razões, as organizações precisam desenvolver atributos organizacionais ainda não providos em utensílios tecnológicos e restritos aos seres humanos, especialmente quanto à inteligência das emoções, aos aspectos sociointeracionistas construtivistas de novos conhecimentos e à criatividade inventiva, num composto social ajustado para servir de alavanca à sua inovação tecnológica.

5. A Inovação – Evolução Ou Revolução?

Dependendo da forma como se processa a inovação na organização, diferentes poderão ser os pontos de vista adotados nos momentos de tomada de decisão do planejamento e da elaboração de projetos de produtos e serviços e/ou processos de trabalho, a diferença residirá no nível de ousadia e criatividade empregados em detrimento da adoção de uma postura mais prudente e conservadora. As características, situacionais ou idiossincráticas, decorrentes da reação a um determinado estímulo interno ou externo, em perspectivas voltadas às inovações podem ser evolutivas ou revolucionárias. Ainda sobre o tema, embora com viés da inovação tecnológica, nominando com diferentes termos as inovações evolutiva e revolucionária, o que o faz chamando-as de incremental e radical, respectivamente, REIS nos expõem que:

“Inovação incremental, ou menor, é aquela representada pelas mudanças técnicas menores surgidas das experiências, assim como as melhorias de produtos e/o processo introduzidos posteriormente à inovação original. ’ ... ‘Inovação Radical, ou maior, seria aquela atividade criativa associada à gestão de mudanças tecnológicas maiores, normalmente advindas de atividades de P&D. ‘...’ Inovações incrementais envolvem as pequenas melhorias e o aperfeiçoamento de produtos ou métodos de fabricação, que resultam em melhores acabamentos, melhor qualidade, funcionalidade acrescida etc.; enquanto as inovações radicais, ou descontinuidade, envolvem alterações profundas no conjunto de conhecimentos aplicados, que originam produtos ou processos inteiramente novos ou com atributos substancialmente diferentes de versão anterior.’ ... ‘É importante distinguir as inovações incrementais das radicais. As inovações incrementais são introduzidas continuamente na produção como resultado da formação tecnológica e são muito pouco exigentes em termos de novos conhecimentos tecnocientíficos. As inovações radicais são compreendidas nas tecnologias de ponta, muito mais densas e inovadoras em relação aos seus conteúdos tecnocientíficos.” (REIS, 2015, p. 45)

Seja evolutiva/incremental ou revolucionária/radical serão sempre perspectivas de inovação entre si polarizadas à medida que se privilegie em seu quadrante “SWOT”¹⁰ as condições ambientais atuais ou futuras sobre: ameaças ou oportunidades e forças e fraquezas da organização ou da iniciativa a ser implantada. A inovação evolutiva/incremental é mais cautelosa, preventiva e conservadora, foca no atendimento e adaptação aos estímulos e motivações exógenos à organização e adota estratégias de *benchmarking*¹¹ para doutrinar suas ações. Por outro lado, a inovação revolucionária/radical, conhecida também por “Disrupção”¹² é mais ousada, idealiza-

¹⁰ SWOT – Do acrônimo em inglês que significa Strengths - Forças, Weaknesses - Fraquezas, Opportunities - Oportunidades e Threats - Ameaças.

¹¹ Benchmarking – Processo destinado a melhorar o desempenho e os procedimentos de uma empresa, baseado na avaliação e comparação de desempenho e procedimentos de outras empresas. “Benchmarking”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/Benchmarking> Acessado em: 16/11/2019.

¹² Disrupção - Conceito criado em 1977 pelo professor de Harvard Business School, o estadunidense Mr. Clayton Christensen, em seu livro intitulado “O Dilema da Inovação” e foi inspirado no conceito de “destruição criativa” cunhado pelo economista austríaco Mr. Joseph Schumpeter (*08/02/1883 Triesch/Morávia - †08/02/1950 Connecticut/USA) em 1939 para explicar os ciclos capitalistas dos negócios, segundo o qual, a cada nova revolução (industrial ou tecnológica) destrói a anterior e toma seu mercado.

dora e visionária, foca nas soluções criativas assumindo seus riscos, com motivações e estímulos endógenos originados da insatisfação de seus atores ou clientes e pelo desejo de extremar as mudanças de cenário com soluções próprias implantadas em fases curtas e agressivas.

6. A cultura de alto desempenho

Entende-se por alto desempenho quando o objeto/coisa da observação e comparação, nas mesmas condições ambientais e temporais, produz de forma continuada com maior eficiência, eficácia e efetividade do que a maior parcela de seu grupo de similaridade consegue produzir num estado de prontidão para as imprevisíveis mudanças de cenários. Disto isto, as pessoas e organizações que possuam este predicado demonstram, em última forma e de maneira que lhe é bem peculiar, em que nível se encontra o domínio de suas competências essenciais que lhe possibilitam a produzir sempre mais, de forma menos onerosa, com maior qualidade, com menor tempo de produção e com maior celeridade nas suas entregas. Quanto aos atributos comuns do alto desempenho, NETO nos revela que:

“... pessoas e organizações de alto desempenho apresentam as seguintes características: a) princípios éticos, valores, prática e essência; b) capacidade de aprendizagem; conhecimento dos interessados (clientes ou grupos de interesse) ou de todos que podem ser afetados por seus desempenhos; c) competência e conhecimentos relacionados com os negócios ou missões – em nenhum caso se verifica alto desempenho sem competência profissional; d) atitude cooperativa; e) alta responsabilidade; e f) compromisso com todos os membros, dirigentes e colaboradores (governança corporativa).” (NETO, 2003, p. 134)

A cultura de alto desempenho propicia, por afinidade, a aproximação, integração e a cooperação das pessoas ou organizações que se reconheçam justamente por este entrecorte no aprender, produzir, inovar, melhorar e manter-se de maneira sustentável neste virtuoso ciclo. A aprendizagem continuada, individual ou organizacional, no contexto da cultura de alto desempenho promove, mediante a retroalimentação das informações em seus processos cognitivos, uma melhor identificação das interdependências e interações sistêmicas, permitindo a redução dos prováveis impactos oriundo das incertezas que decorrem das situações mais complexas e imprevisíveis e potencializa a detecção de fontes de variações do status quo por antecipar inferências e prospectar possibilidades de desdobramentos de forma dinâmica, o que faz reduzir seus fatores limitantes, entretanto, não basta entender os seus princípios, porquanto o essencial mesmo reside na sua prática diária.

7. O conhecimento como elemento da inovação

Dista pouco o tempo em que, como senso comum, acreditava-se ser ocupação exclusiva das academias e dos institutos de pesquisas a produção de novos conhecimentos e, ainda mais recente, daquele conhecimento com vista à inovação, por conseguinte, também da sua difusão e aplicação. Esse era um dogma do modelo totalitário da racionalidade científica que transformava as organizações produtivas em agentes passivos e meros consumidores do que

seria ou deveria ser brotado pelo logos científico porquanto este afiançava que os melhores caminhos só poderiam ser obtidos como produtos de sua práxis, assertiva que, imaginava-se à época, garantia-lhes a ausência de riscos ou, no mínimo, o conhecimento antecipado de seus nocivos efeitos, possibilitando-lhes a definição de estratégias de enfretamento.

Outrossim, fenômenos também emergentes como as transformações geopolíticas, a globalização da economia com relações neoliberais do capital x trabalho no primeiro setor, na indústria e no setor de serviços pela supremacia do capital financeiro, inauguraram sistemas sociais de escala mundial – que embora sejam por vezes voláteis mostram-se muito mais exigentes – passam a ditar o ritmo dos avanços científicos e tecnológicos e abrem, definitivamente, o espaço para as organizações procurarem construir seu próprio conhecimento, mais plural e diverso, privilegiando a multiplicidade, dando foco à síntese em favor da objetividade, à cooperação e à composição de novos saberes alternativos por insights vivenciais em oposição ao conhecimento tradicional racionalizante. As grandes corporações, então, por questões de sobrevivência, passam inovar para tentar auferir diferenciais competitivos, transformando seu conhecimento tácito em tecnologias capazes de criar valor agregado aos seus produtos e serviços. Nesse contexto, onde a percepção de que o conhecimento, embora intangível, seja visto como valioso recurso à inovação e o mais importante dos ativos organizacionais, encontra-se guardada em diversos autores da literatura, sob esse prisma, preconiza NETO, por exemplo, que:

“Gestão estratégica de conhecimentos e competências, bem como o agenciamento de inovações, envolve mudanças nos paradigmas de administração e, necessariamente, nova reaprendizagem organizacional. As organizações passam a considerar conhecimentos e competências coletivas como seus ativos mais importantes, que carecem de gestão competente/criteriosa, como condição de liderança e alto desempenho. Para promover tais mudanças paradigmáticas, é preciso realizar esforços em distintas direções, dentre as quais destacamos as seguintes: a) implantação de modelos de planejamento e gestão plásticos, participativos e de natureza estratégica, para manter vivas as inquietações e sustentar alto desempenho; b) gestão estratégica, por meio da implementação de atividades de planejamento, avaliação e prospectiva – escolha de indicadores para avaliar a eficiência e eficácia; c) formação de equipes de alto desempenho, identificação de lideranças circunstâncias, além de atuação mais horizontal e menos hierarquizada; d) criação de visão de futuro (estratégica), para antecipação de tendências e atuação tempestiva; e) intensificação da conectividade organizacional (comunicação), com equilíbrio entre o olhar para dentro e olhar para fora; f) sistematização e gestão de ativos intangíveis, incluindo conhecimentos e competências; g) concepção, criação e manutenção de ambientes inovadores, com base na confiança e na sua responsabilidade, onde experimentar e errar sejam permitidos, desafiar, confiar e responsabilizar; h) desenvolvimento de uma cultura organizacional favorável à introdução de inovações, mediante implementação de propagandas permanentes de gestão de conhecimentos e competências; i) concepção e implementação de programas de educação e aprendizagem organizacional; j) avaliação sistemática do capital intelectual e dos ativos intangíveis; k) e criação, manutenção e aperfeiçoamento de infraestrutura tecnológica, para

viabilizar a implementação de programas de gestão de conhecimentos e competências.” (NETO, 2003, p. 248)

Considerando que a construção do conhecimento é, na essência, o processo que viabiliza a inovação, configura-se, pois, grandes desafios ao Poder Judiciário e demais organizações, responder uma sociedade que anseia e cada vez mais detém as regras do jogo, estabelecer produtos, processos e modelos de negócios que se renovem em função de sua melhoria contínua, seja pela mudança de atributos que mais serão percebidos por jurisdicionados e operadores do Direito, ou transparentes a estes, quando realizado no processo de produção por sua otimização e automação, o que impacta no aumento de produtividade e na redução do tempo de entrega na oferta dos serviços jurisdicionais.

8. A gestão de pessoas

A gestão de pessoas ou administração de recursos humanos é um somatório de saberes e métodos, políticas, técnicas e práticas definidas, com o objetivo de orientar os comportamentos internos e potencializar o capital humano nas organizações. Podemos afirmar, que gerir pessoas é promover o conhecimento e autoconhecimento do grupo humano que atua em organizações. É cuidar do indivíduo, em sua individualidade e, também, cuidar do indivíduo para que ele possa viver e conviver em grupo.

Para gerir pessoas será crucial identificar em que ponto, os valores institucionais e seus valores pessoais, convergem para que possam exercer o munus do Serviço Público, em sua essência de serviço. É motivá-las, para promover um bom ambiente de trabalho, uma melhoria no clima organizacional e cuidar do desenvolvimento de suas competências.

Neste aspecto, quando queremos adotar a gestão de pessoas como metodologia para enfrentar os macrodesafios do Poder Judiciário, será importante que a política institucional invista nas pessoas, fortalecendo o seu sentimento de Pertencimento, desenvolva as políticas institucionais que verdadeiramente promovam o Reconhecimento e o Merecimento. É importante destacar que os cursos oferecidos pela Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça (UNICORP) e através da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) em sua modalidade presencial e à distância são instrumentos importantes neste processo, entretanto, o setor de recursos humanos, também vai precisar voltar seus olhos e se comunicar com os demais setores institucionais para fazer parte e entender o planejamento estratégico, desenvolvendo e aplicando ações que o fortaleçam.

Acreditamos também, que gestão de pessoas, é melhoria de relacionamentos e deve, portanto, ser praticada, vivenciada, construída nas unidades, por servidores, magistrados, estagiários, prestadores de serviços e colaboradores.

9. A gestão de competências

Por que desenvolver competências foi um dos principais objetivos da capacitação dos servidores e magistrados para trabalharem integrados? Um dos maiores desafios vislumbrados com a integração era justamente a integração, a união de interesses, o diálogo com foco para realização de objetivos comuns com base na cooperação, abrindo mão, momentaneamente, de interesses individuais pensando na melhoria da unidade. Para vencer esses desafios

era, é e será importante, focar na habilidade de fazer e, também, desenvolver competências saber conviver e saber dialogar.

Mas então, o que podemos entender por competências? O Dicionário Online de Português¹³ apresenta três definições de competências:

1. Capacidade decorrente de profundo conhecimento que alguém tem sobre um assunto: recorrer à competência de um especialista.
2. (Jurídico) Atribuição, jurídica ou consuetudinária, de desempenhar certos encargos ou de apreciar ou julgar determinados assuntos.
3. Capacidade de fazer alguma coisa; aptidão.

O Dicionário de Aurélio tem também como definição, a (...) qualidade de quem é capaz de apreciar e resolver certo assunto, fazer determinada coisa; capacidade, habilidade, aptidão, idoneidade (...).

Então vamos nos ater a esse último conceito, qual seja, a capacidade de ter conhecimento, de resolver assuntos, fazer determinada coisa. Para a integração não seria apenas importante descrever as funções do diretor administrativo, da equipe de cumprimento/expedição, do diretor de movimentação e do diretor de atendimento e no curto intervalo de tempo do primeiro módulo da capacitação, mas trazer atividades que provocasse os servidores e magistrados a agirem de forma coordenada.

A gestão por competências para adultos é a maneira mais eficiente de resolver suas demandas, porque traz um sentido prático, funcional e útil, sendo capaz de levar ao sucesso profissional, na carreira e também na sua vida pessoal. De alguma forma desenvolver competência alia-se ao seu propósito de vida laboral, a entender quais as razões reais que o leva, inclusive, a cumprir as metas institucionais.

Era importante trazer as questões sobre tomada de decisões, liderança, resolução de conflitos e aproveitar a base de conhecimentos adquiridos ao longo da carreira do servidor, pois na grande maioria, os servidores tinham mais de 05 anos de serviço. Por isso a metodologia do Lego, por ser baseado em método construtivista, que conduz a um estado de concentração, foco, foi muito valiosa, porque alinhava o discurso de gerações tão diferentes, mas com objetivos muitos semelhantes. O PDA, também permitiu um autoconhecimento de suas competências, a grande maioria de servidores ficava surpresa em se perceber competente e indicavam a assertividade do relatório gerado. Foi valioso o uso do mapeamento de competências porque pudemos avaliar as necessidades comportamentais do grupo e distribuir Servidor em suas respectivas equipes e para o Magistrado, poder identificar seus pontos fortes e fracos sobre estilo de liderança, comunicação, principais tendências comportamentais.

E você pode estar se perguntando, e competência se desenvolve?

O professor Vasco Moretto, doutor em didática pela Universidade Laval de Quebec, Canadá, destaca um ponto fundamental em relação à competência afirma que (...) competência não se alcança, desenvolve-se. Competência é fazer bem o que nos propomos a fazer¹⁴(...)

Ou seja, em síntese é quando o servidor que entende a importância do saber e busca o

¹³ *Dicio* - Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/competencias/> Acessado em: 17/11/2019.

¹⁴ *FRANÇA, Luísa. Competências e Habilidades no Ensino: O que são e como aplicá-las? Disponível em: https://www.somospar.com.br/competencias-e-habilidades/* Acessado em: 17/11/2019.

saber conhecer. Na capacitação os servidores, apresentava, em mais de 70% do quantitativo, vontade em saber, em conhecer e interessavam-se pelas práticas, maravilhavam-se em conhecer o mapa de suas competências e entendiam que a união dialogada faria muita diferença no sucesso da integração.

Entretanto, foi importante destacar que muitas vezes, a imagem do grande inspirador, do grande líder, era transferida para o Magistrado. Obviamente, se o Juiz não é um praticante do pensamento crítico, pensamento criativo, autoconhecimento, empatia, cooperação, responsabilidade, comunicação, capacitada de trabalhar com pessoas e ser um bom ouvinte (algumas das competências socioemocionais trabalhadas no curso) a equipe ficará desmotivada, mas a autorresponsabilização é sempre estimulada como forma de se empoderamento do conhecimento.

Quanto mais autorresponsável estiverem todos os membros da equipe, mais comprometida, mais amorosas e colaborativas com o coletivo elas estarão.

10. Os Cartórios Integrados

A implantação do Projeto Cartório Integrado ocorreu na Presidência do Tribunal de Justiça da Bahia. A Desa. Maria do Socorro Barreto Santiago, no biênio 2016-2018, então Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia¹⁵ implantou o Projeto Cartórios Integrados no biênio 2016 e 2018. A ideia central da integração era reunir 04¹⁶ unidades de jurisdição com mesma área de competência¹⁷ com o objetivo de otimizar os trabalhos e congregar a força de trabalho humana¹⁸.

O maior desafio consistia em harmonizar as expectativas sobre o novo, o medo do novo era a emoção a ser administrada. Integrar servidores e magistrados acostumados a um *modus operandi* dos processos e das relações interpessoais, padronizar as rotinas e focar na produtividade, observando o tempo de tramitação do processo e programar a redução da balança judiciária, parecia ser assustador e impraticável. A capacitação foi idealizada com o objetivo de promover o desenvolvimento de competência teórico atitudinal, como registramos, para gestão de pessoas, gestão de processos, rotina de trabalho e tecnologia da informação, esta diz respeito aos conhecimentos práticos sobre a ferramenta do Processo Virtual - SAJ¹⁹

A condição *sinequa non* para integração era a virtualização de todos os processos da unidade, ou seja, transformar os processos físicos em virtuais²⁰, haja vista a necessidade de

15 Sob o comando do atual Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia, Des. Gesivaldo Nascimento Britto, foi realizada a capacitação do 1º Cartório Integrado de Sucessões.

16 Alguns Cartórios Integrados foram formados por 04 unidades judiciárias e outros por 05 unidades judiciárias, mas sempre com a mesma área de competência. As equipes são constituídas pela Direção de Atendimento, Movimentação, Cumprimento/Expedição, Diretor Administrativo, todos coordenados pela figura do Juiz Corregedor, escolhido, dentre os 04/05 juízes titulares das unidades integradas. Nas unidades de 05 varas, inclui-se a Diretoria de baixa e controle de acervo.

17 **Competência** é estabelecida por lei e determina os limites do poder de julgar. Assim, o Juiz é competente para julgar as matérias do Direito de Consumidor, Das questões de Família, Sucessões.

18 Até julho de 2018 foram 10 edições de capacitações para os Cartórios Integrados. dos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º Cartórios Integrados de Relações de Consumo, 1º Cartórios Integrados das Vara Cíveis, 1º, 2º Cartórios Integrados das Varas de Família, 1º Cartório Integrado das Varas da Comarca de Itabuna, 1º Cartório Integrado das Varas de Sucessões.

19 As bases da capacitação para o SAJ - Sistema de Automação da Justiça foram idealizadas por João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes, Servidor dos Quadros do Poder Judiciário do Tribunal de Justiça da Bahia, Diretor Adjunto da diretoria do 1º grau - biênio 2016-2018).

20 A virtualização dos processos, muitas vezes podia representar quase 50% do acervo da unidade, o que por si só impacta no gerenciamento das rotinas e na forma de pensar no andamento célere do processo, com redução do tempo de

todos os cartórios terem suas filas processuais controladas pelo sistema do SAJ, e não mais gerenciar a rotina do processo fisicamente²¹.

E em que consiste os Cartórios Integrados?

Cartórios Integrados é composto de união entre varas de mesma competência com o objetivo de unificar acervo, quanto ao cumprimento, porque cada magistrado continua atrelados aos processos, inclusive, em nome do princípio do Juiz Natural. Para funcionamento dos cartórios as equipes são compostas por Diretor de Atendimento, Diretor Administrativo, Diretoria de Movimentação, Diretoria de Expedição/Cumprimento. A estrutura de Gabinete, em sua ideia inicial, tinha como composição, o Magistrado, o Assessor, um Servidor, e estagiários universitários. A Diretoria de Atendimento tinha como apoio o Diretor de Secretaria e estagiário de ensino médio. A estrutura física foi modificada para atender à nova rotina de trabalho.

11. Dos construtores e operadores da capacitação

Magistrada desde o ano de 1999, no ano de 2009 percebeu a importância da qualificação em técnicas de gestão, cartorária e de pessoas, então se dedicou a investir em desenvolvimento de competência quanto ao aspecto humano, de liderança e serviço. Várias qualificações foram incorporadas à formação inicial de bacharel em direito para que resultados fossem alcançados na sua capacidade de gerir a unidade, melhorar o relacionamento com pessoas, incluindo a equipe de trabalho, os usuários da justiça, os advogados e a própria instituição. Neste processo de evolução contínua e amadurecimento pessoal e funcional, sempre houve o desejo forte de compartilhar os conhecimentos para que outras unidades pudessem alcançar melhores resultados em gestão de pessoas e, em especial, com impactos positivos em clima organizacional, qualidade de vida, saúde dos servidores e magistrados.

Em 2018, a convite da Presidência do Tribunal de Justiça da Bahia, Desa. Maria do Socorro, para promover a capacitação do Projeto da Presidência de Cartório Integrado desenvolvemos uma metodologia inovadora. Aqui, vale registrar que a Desa. Presidente tinha uma abertura incrível aos novos métodos, porque pela primeira vez na história de cursos promovidos pela UNICORP, foram aplicados Métodos criativos do *Lego Serious Play*, mapeamento de desenvolvimento de competência com o PDA, cujo objetivo era mapear as competências dos servidores e magistrados que integram a unidade internamente e dividir as equipes da forma que elas tivessem o melhor aproveitamento de suas qualificações coma atividade a ser desempenhada, além de promover o autoconhecimento.

Ao todo foram realizadas 11 edições de capacitações sendo 10 na capital e 01 na cidade de Itabuna, mais de 500 servidores participaram do treinamento e o índice de aplicação aos resultados esperados é possível tenha influenciado, inclusive, quanto ao recebimento de selos de algumas das unidades participantes. Acreditamos que foi uma semente plantada em alguns terrenos muito férteis.

Alguns outros colaboradores merecem a citação, como por exemplo, o colega Magistrado, Rodrigo Britto, que construiu o módulo de liderança situacional na plataforma em EAD e participou da primeira edição da capacitação.

Já a capacitação do SAJ foi idealizada por João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes²²

tramitação da unidade.

21 **Sistema SAIPRO** - Sistema utilizado pelos serventuários do Tribunal de Justiça da Bahia para processamento dos processos físicos. **Sistema SAJ** - Sistema de Automação do Judiciário para os processos virtuais.

22 Para as atividades em sala de aula João Felipe se fez apoiar de alguns servidores, a exemplo de Mônica Santos.

que construiu suas bases, promoveu a revisão e criou estratégias para extrair os melhores resultados.

A inspiração teórica e científica para construir a capacitação no padrão desenhado e aplicado é o sistema da inteligência emocional e social do Daniel Goleman, o modelo de gerenciamento da rotina do trabalho do dia-a-dia, do Vicente Falconi, a construção de Neuza Chaves, quando ensina sobre como formar equipes de sucesso, as lições do Peter F. Drucker sobre Teoria da Empresa.

Para desenvolver as competências de inteligência emocional e social quatro são os domínios, quais sejam, autoconsciência, autogestão, consciência social e gestão de relacionamentos²³, e neste conjunto de ideias, foram utilizados como ferramentas metodológicas, o PDA, com objetivo de promover a autoconsciência sobre o seu perfil de competências, O *Legos Serious Play*, com foco em promover a empatia e a consciência organizacional, ferramentas de mediação e *coach*, para solucionar conflitos e promover o trabalho em equipe. Já a Programação Neurolinguística permeia basicamente a forma de comunicação entre esta magistrada e seus alunos, porque a habilita ao autocontrole emocional, perspectiva positiva, adaptabilidade, empatia e propaga a arte da comunicação não violenta.

12. Dos pilares da capacitação

12.1. Objetivos gerais e específicos

O objetivo geral da capacitação era o de Promover o aprendizado em ferramentas de gestão de pessoas e gestão de cartório e o autoconhecimento, com o objetivo de influenciar diretamente na melhoria da qualidade de vida dos protagonistas do Serviço Jurisdicional, melhoria do clima organizacional, melhoria da produtividade e um serviço mais efetivo a ser entregue à comunidade.

Aliado a esse, outros objetivos específicos eram esperados, senão vejamos: 1. Promover a prática de uma comunicação inclusiva, colaborativa, empática, a resolução de conflitos, incentivando a cultura da paz e melhorar o clima organizacional; 2. Permitir o autoconhecimento como mola propulsora para os processos de aceitação dos limites, divergência, respeito; 3. Conscientizar sobre a importância de ter uma atividade de controle e gerenciamento das rotinas e gestão de cartório; 4. Aumentar a produtividade e diminuir o tempo de tramitação do processo; 5. Estimular a sensação de pertencimento e unidade do ser indivíduo e ser global. 6. Qualificar os servidores e magistrados na ferramenta SAJ.

12.2. Estratégias para integração dos magistrados e servidores

A estratégia utilizada foi desenvolver uma capacitação como oficina para desenvolver competência²⁴ e que englobasse quatro eixos do conhecimento específico, a saber:

²³ Vide Nota 3.

²⁴ **Competência**, neste caso, está definida não como medida da jurisdição definida por lei como área de atuação de cada magistrado, mas a competência, Skill, habilidade de saber fazer e converter o conhecimento em prática. A Nota 17 traz outro conceito utilizado.

1. Gestão de Cartórios, com aprendizagem da ferramenta de gestão, o ciclo do PDCA, porque tem por objetivo a melhoria contínua para promover uma administração de qualidade, com revisão constante das metas e resultados.

2. Gestão de Pessoas, trabalhando algumas competências básicas como empatia, comunicação, escuta ativa, solução de conflitos, inteligência emocional. Para executar as estratégias foram utilizadas ferramentas da Programação Neurolinguística²⁵, a metodologia Lego-Serious Play, Coaching e autoconhecimento, com o uso do PDA²⁶ (para formar as equipes e identificar as compatibilidades aos cargos).

3. A Construção do Planejamento Estratégico com o foco em edificar uma identidade, com missão, visão e valores e ainda, o SWOT e, também, o plano de ação para enfrentamento das estratégias a serem desenvolvidas.

4. Tecnologia da Informação com a capacitação no SAJ para desenvolver as estratégias de utilização do Sistema de Automação Judiciária, pensar nas limpezas das filas de processos e, quais estratégias, seriam desenvolvidas para alcançar as metas internas, estabelecidas por cada cartório, as metas da instituição Tribunal de Justiça - Corregedoria Geral e as Metas do Conselho Nacional de Justiça²⁷.

A Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça - UNICORP, forneceu todo o apoio de gerenciamento das aulas, oficinas e atividades da capacitação.

Foi idealizado na plataforma *Moodle*²⁸ da UNICORP um curso teórico com o objetivo de promover um nivelamento básico sobre as atividades que seriam desenvolvidas em sala de aula, haja vista que essa tinha por foco a utilização de metodologias ativas de ensino e aprendizagem.

13. Expectativas, resultados e compromissos

13.1. Expectativas

1. Avaliação, o índice de avaliação utilizado para apresentar como parte deste projeto é a taxa de congestionamento, para gabinetes e secretarias e taxa de produtividade, para gabinetes e secretarias, isso porque é possível usar centenas de variantes, mas essas duas aqui eleitas são importantes para transmitir dados ao Conselho Nacional de Justiça, Conselho de Classe de Advogados e Jurisdicionados.

²⁵ Esta subscritora é Practitioner pelo Instituto Cláudio Lara, Sociedade Internacional de PNL – Richard Bland- Life Coach pela Sociedade Latina Americana de Coach. Analista comportamental DISC e PDA (PersonalDevelopmentAnalysis) e facilitadora da metodologia LegoSerious Play. Formadora de Magistrados pela ENFAM e MBA em Gestão de Pessoas e Formação de Líderes.

²⁶ Vide Nota 4.

²⁷ **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)** é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-e-visitas/> Acessado em: 17/11/2019.

²⁸ **Moodle** - é o acrônimo de "Modular Object-OrientedDynamic Learning Environment", um software livre, de apoio à aprendizagem, executado num ambiente virtual. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Moodle> Acessado em: 17/11/2019.

2. Aplicabilidade, o desenvolvimento do projeto cartório integrado agrega muito valor para todo Tribunal de Justiça da Bahia com equipe integrada e capacitada, bem como para seus Magistrados e Servidores que tem acesso a programa com treinamentos com diversas metodologias para facilitar o aprendizado, e que estimulam a participação e o interesse em aprender, mas, seguramente quem ganha mais com a aplicabilidade do cartório integrado é a sociedade uma vez que todo esforço está voltado para dar celeridade ao andamento dos processos.

Todos os resultados obtidos através dessas ações do projeto são mensuráveis e reúnem informações imprescindíveis e que permitem que tenhamos elementos, indicadores mais assertivos para o planejamento das ações necessárias para formação e desenvolvimento. Esses dados são essenciais para criação de equipes de talentos, por meio da análise de conhecimentos, habilidades, atitudes e potencialidade de desempenho de toda equipe.

Os magistrados e servidores tiveram acesso a um instrumento valioso que permite ao indivíduo um profundo autoconhecimento e a reflexão sobre seu estilo de ser e de agir, analisando os reflexos de sua postura dentro e fora do ambiente profissional e passaram a entender sobre comportamento, proporcionando um novo olhar sobre si mesmo, para fortalecer a busca do autoconhecimento e gerar o autodesenvolvimento;

3. Sustentabilidade das ações, diante do sucesso e resultados apresentados, estima-se que os trabalhos com as capacitações com os Cartórios Integrados que se pretendem sejam instalados na gestão biênio 2018/2020, irá continuar.

Também existe a intenção de voltar ao ciclo de capacitações, agora neste momento para saber o que está dando certo, o que precisa melhorar. Esta subscritora do projeto, já chegou a ser sinalizada sobre a probabilidade de novas capacitações.

Se houver, ações que demonstrem compromisso com a sustentação e evolução do trabalho.

13.2. Resultados

Para apresentar alguns resultados numéricos dos cartórios integrados o Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica (NEGE), unidade vinculada à Secretaria de Planejamento e Orçamento (SEPLAN) registrou informações comparativas dos Cartórios Integrados, período-base, 20/08/2018, que faremos a transcrição.

É importante, salientar que fizemos um recorte quanto aos dados de todos os Cartórios Integrados e iremos registrar, neste trabalho os dados do 1º Cartório Integrado Cível, todavia fica ao leitor o link para acesso a todo o relatório de todos os cartórios.

Senão vejamos:

1º Cartório Cível - Integrado em Outubro/2017

Este cartório é composto pelas 1ª, 3ª, 5ª, 8ª e 10ª Varas Cíveis da Comarca de Salvador.

Podemos observar no Gráfico 01 que duas das antigas varas que integram a unidade - 1º cartório integrado baixaram mais processos do que o quantitativo de processos ingressados no período em estudo e essas unidades possuem o Índice de Atendimento à Demanda - IAD (Gráfico 02) acima dos 100,00%, valor desejado para diminuição dos Processos Pendentes e, conseqüentemente, da Taxa de Congestionamento (TC).

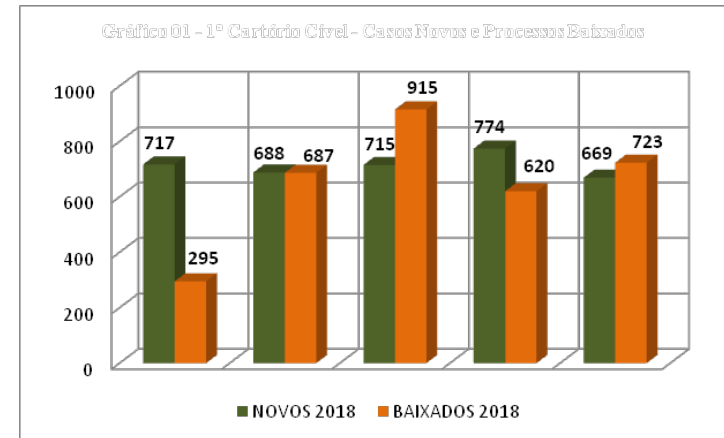


Gráfico 01 - 1º Cartório Cível - Casos Novos e Processos Baixados

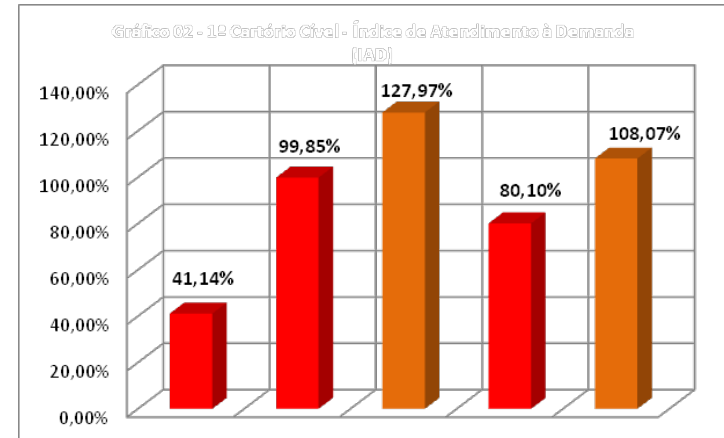


Gráfico 02 - 1º Cartório Cível - Índice de Atendimento à Demanda (IAD)

O que se pretende é que todas possam ter um resultado semelhante, até porque estamos tratando de cartórios integrados e, não mais unidades isoladas em suas metas e pretensões, com esses resultados o que se deseja fortemente é que o 1º cartório desenvolva metas que promovam a melhoria de resultados da vara que ainda apresenta percentual reduzido.

Já o gráfico a seguir (**Gráfico 03**) apresenta a Taxa de Congestionamento (TC) podemos verificar que em algumas Varas a “TC ATUAL” é superior a “TC no período da Integração”. Reforçando a ideia de que será importante a revisão das metas, a aplicação do Plano de Ação olhando também para a melhoria dos números como um todo.

ENTRE ASPAS

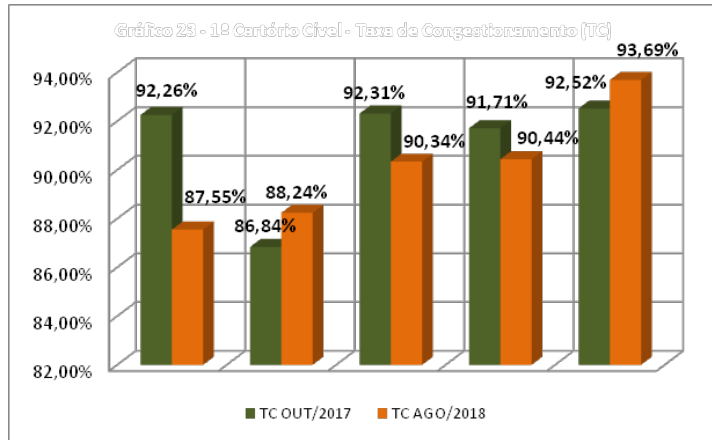


Gráfico 03 - 1º Cartório Cível - Taxa de Congestionamento (TC)

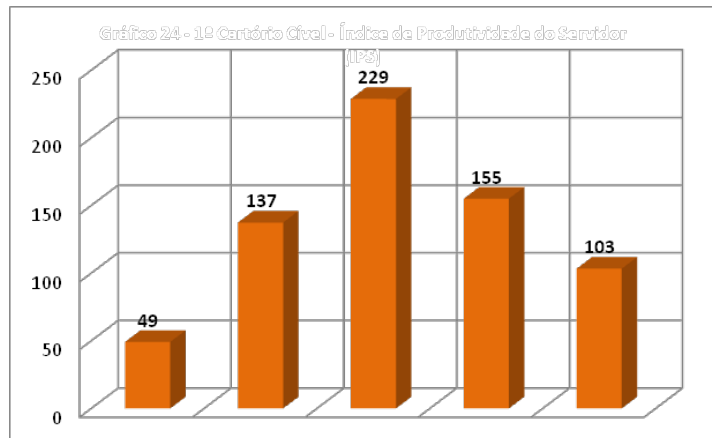


Gráfico 04 - 1º Cartório Cível - Índice de Produtividade do Servidor (IPS)

Observamos no **Gráfico 04** o Índice de Produtividade do Servidor (IPS) por Unidade. Lembramos que não foram apresentados os Índices de Produtividade do Magistrado (IPM) porque cada Unidade tem apenas 1 Magistrado, ou seja, o IPM seria a quantidade de Processos Baixados, indicados no **Gráfico 01**, dividido por 1 magistrado.

Vale registrar que a despeito da individualidade de cada um dos servidores, o diretor de cada equipe, deverá observar quais são as causas que promovem a baixa produtividade do primeiro grupo

Podemos observar no **Gráfico 05** que todos os Cartórios Integrados Cíveis possuem Taxas de Congestionamentos (TC) melhores no período Pós-Integração do que no período Pré-Integração.

Lembramos que, individualmente, algumas Unidades Cíveis que integram o 1º Cartório na Comarca de Salvador possuem números de produtividade negativos, fazendo com que o Cartório Integrado em geral obtenha uma TC próxima ao período da Integração mas, ainda, inferior ao período Pré-Integração.

A REVISTA DA UNICORP

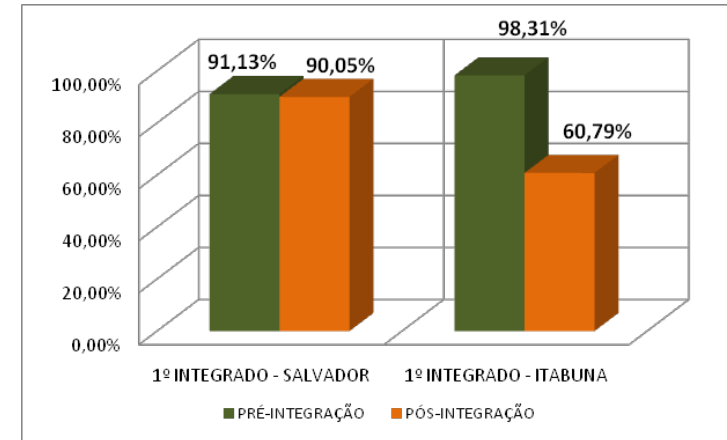


Gráfico 05 - Cartórios Integrados Cíveis Taxa de Congestionamento (TC) Pré e Pós-Integração

O **Gráfico 06** a seguir apresenta os Índices de Produtividade do Servidor (IPS) por Cartório Integrado em cada segmento (Tipo de Serventia) da Justiça.

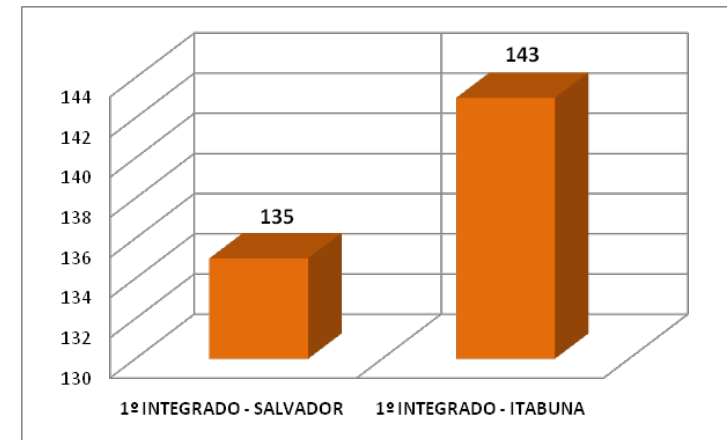


Gráfico 06 - Cartórios Integrados Cíveis - Índice de Produtividade do Servidor (IPS)

O **Gráfico 07** a seguir apresenta os Índices de Atendimento à Demanda (IAD) por Cartório Integrado em cada segmento (Tipo de Serventia) da Justiça.

ENTRE ASPAS

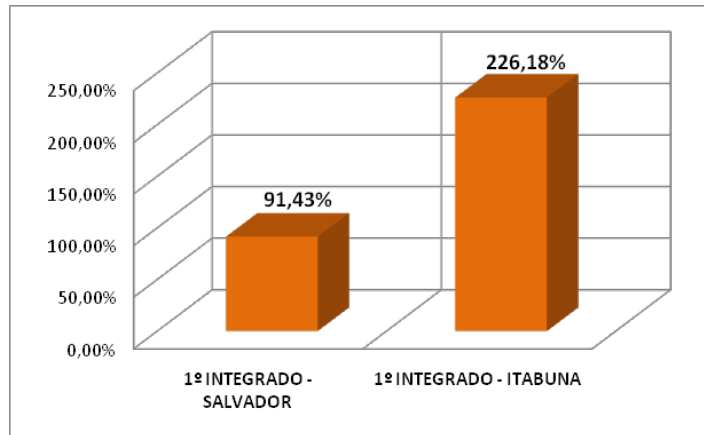


Gráfico 07 - Cartórios Integrados Cíveis - Índice de Atendimento à Demanda (IAD)

Já no Gráfico 07 podemos observar que o 1º Cartório Integrado Cível da Comarca de Salvador possuía em outubro/2019 um IAD inferior a 100,00%, o que pode ser um fator que estaria impactando no aumento do seu estoque e, conseqüentemente, sua Taxa de Congestionamento (TC).

13.3. Plano Diretor Anual – PDA 2019

A construção do *Plano Diretor Anual* do 1º Cartório Integrado Cível demonstra o compromisso de colocar em prática metas de melhoria para todas as unidades. Conclui-se que efetivamente, os magistrados e servidores integrantes desta unidade veem ultrapassando a barreira da “integração formal” posto que, comprometidos estão com a “integração real”, entretanto, a expansão e continuidade desta prática mostra-se essencial, de maneira que todas as unidades de cartórios integrados apresentem índices com impactos positivos de redução de taxa de congestionamento, redução da balança judiciária e aumento da produtividade.

Percebe-se abaixo, nos **Gráficos 08 e 09** o quanto de evolução positiva há na integração do 1º Cartório Integrado Cível, fruto do desenvolvimento de Plano Diretor, do mapeamento das rotinas, da comunicação dialogada e participativa de seus atores.

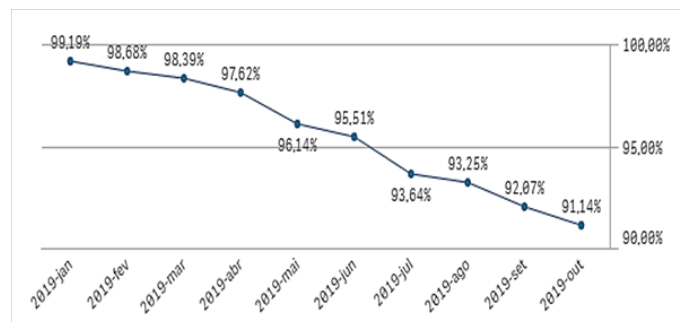


Gráfico 08 - 1º Cartório Integrado Cível - Evolução da TC no ano.

A REVISTA DA UNICORP

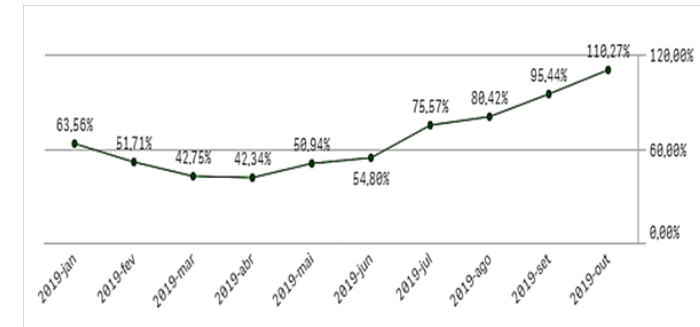


Gráfico 09 - 1º Cartório Integrado Cível - Evolução da IAD no ano.

14. Considerações finais

Inovar, criar, pensar em Gestão de pessoas com Inovação traz resultados transformadores.

A curva do processo de aprendizagem terá sempre seus altos e baixos. Nós estaremos, diuturnamente, administrando os interesses dos agentes envolvidos, gestores, advogados, conselhos, servidores. Entretanto, acreditamos que isso fará sempre parte do processo de melhoria contínua.

Os recortes dos resultados apresentados são muito positivos, todavia, também revelam a necessidade de persistir, continuar com o objetivo de seguir com planejamento, desenvolvimento, ações e controles, o processo de planejamento e revisão de metas é contínuo e cíclico. A integração também deverá ser retratada nas nos números, porque em última instância estamos tratando de uma gestão holística e, por vezes, é possível recuar para que uma determinada equipe tenha a melhoria dos resultados e, na seqüência, desenvolver ações de cooperação e contribuição.

É importante lembrar que os macrodesafios são traçados para uma perspectiva do ano de 06 anos, por conseguinte, podemos concluir, que para as gestões que seguem, haverá sempre o compromisso de olhar para os resultados alcançados e pensar em como melhorá-los a preocupação será sempre com o coletivo, planejado e alinhada ao seu planejamento estratégico.

As nossas conclusões sobre a importância das capacitações continuadas para magistrados e servidores reside no fato de que elas representam Inovação, quando promovem metodologia de ensino ativas, que são convertidas em habilidade de saber fazer e saber conviver. Elas podem impactar o desenvolvimento de competências socioemocionais, que tira o indivíduo do mundo do Eu para o Mundo do todo, disposto a desenvolver ações que postergam ganhos imediatos, mas que refletem no ganho da coletividade. Essa é um dos valores da integração, sabemos que não é fácil, nem simples, todavia é por esse fato que defendemos a capacitação continua em gestão de pessoas e gestão de cartório, todavia voltadas à realidade da nossa instituição.

Podemos deixar registrado, que à semelhança da metodologia utilizada do PDCA para promover a gestão, urge, haja o retorno às capacitações para aprofundar conhecimentos, superar os desafios, promover uma autorresponsabilização social sobre o ambiente e os impactos das ações junto aos demais.

A capacitação, na primeira linha de ação, atendeu, em pelo menos 80% dos cartórios integrados aos objetivos do pertencimento, motivação, engajamento, mas sabemos que há

necessidade de controle e supervisão para corrigir possíveis desvios, e melhorar resultados não apenas imediatos, mas futuros.

Fica evidente o envolvimento de todos, juízes, servidores, Presidência, Corregedoria. É importante que haja um comprometimento com o coletivo e que atitudes sem coerência com o que se pretende sejam sustentadas. As premissas utilizadas para construção do projeto foram subsidiadas por meio da gestão por competências e inovadoras. Um conjunto de ferramentas práticas, consistentes e objetivas que torna possível para o Tribunal de Justiça, instrumentalizar o desenvolvimento humano e a liderança na gestão e desenvolvimento das pessoas, com foco, critério e clareza.

A tecnologia da Inovação, a criatividade fazem parte deste processo, usando o termo de *John Paul Lederach*, no seu livro, *A Imaginação Moral*, (...) que a imaginação é a chave daqueles atos artísticos pelos quais passam a existir coisas novas, são remoldadas coisas antigas, e é transformada nossa forma de ver, ouvir, sentir, pensar e assim por diante (...)

Há uma esperança ativa que se continue comprometido com a melhoria dos serviços e valorização da justiça de 1º grau para que aquela consiga ser realizar.

Referências

1. ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas de Mediação. Aportes práticos e teóricos.** - São Paulo: Dash Editora, 2014. 352p.
2. BACELLAR, Roberto Portugal. **Juiz Servidor, Gestor e Mediador.** - Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2013. 1ª Edição. 163p.
3. BARBOSA, Chistian. **A Tríade do Tempo: Família, Trabalho e Vida, um modelo comprovado para organizar sua vida e aumentar sua produtividade e seu equilíbrio.** São Paulo: Buzz Editora. 2018. 272p.
4. BRANCO, Erika. SALLES, Tiago. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: 410 Anos fazendo história.** - Rio de Janeiro: Editora JC, 2019. 167p. - Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2019/03/LIVRO-410-anos-fazendo-historia.pdf> Acessado em: 16/11/2019.
5. CAMPOS, Vicente Falconi. **Gerenciamento da rotina do trabalho do dia a dia** - Nova Lima/MG: Editora Falconi, 2011. 8ª Edição. 266p.
6. CHAVES, Neuza Maria Dias. **Esculpindo Líderes de Equipes.** Nova Lima/MG: INDG, 2012. 3ª Edição. 135p.
7. Conselho Nacional de Justiça, **Manual de Mediação Judicial** - Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> Acessado em: 17/11/2019. 387p.
8. COVEY, Stephen Richards. **Os 7 Hábitos das Pessoas Altamente Eficazes.** - Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2014. 35ª Edição. 462p.

9. DRUKER. Peter. **O Homem Que Inventou A Administração.** Tradução: Alessandra Mussi Araújo - São Paulo: Editora Campus, 2006. 2ª Edição. 256p.
10. FIATES, Gabriela Gonçalves Silveira. **Cultura Organizacional: um Fator Determinante para a Promoção da Aprendizagem Organizacional e da Gestão do Conhecimento.** In: ANGELONI, Maria Terezinha. **Gestão do Conhecimento no Brasil: casos, experiências e práticas de empresas públicas.** - Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008. 240p. (Gespública; v.3)
11. GERÔNIMO Telm. - Material do Curso Academia da Produtividade. 2015.
12. GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Emocional.** - Rio de Janeiro : Editora objetiva, 2007.
13. HAVARD BUSINESS REVIEW PRESS, *Emphaty*. **EmotionalIntelligence.** 2017.
14. HAVARD BUSINESS REVIEW PRESS, *Resilience*. **EmotionalIntelligence.** 2017.
15. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Direito, Tecnologia e Inovação.**In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. Coelho. **Direito, Inovação e Tecnologia.** - São Paulo: Saraiva, 2015. 366p. (Série Direito, Inovação e Tecnologia ; v. 1)
16. KRAMES, Jeffrey A. **Lead With Humility : 12 Leadership Lessons From Pope Francis.** *American Management Association* - New York/NY: AMACOM, 2015. 144p.
17. KRZNNARIC, Roman. **O Poder da Empatia. A arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo.** Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. - Rio de Janeiro: Editora Zahar. 2015. 272p.
18. LEDERACH, John Paul. **A Imaginação Moral: A Arte da Construção da Paz.** Tradução Marcos Fávero Florence de Barros - São Paulo: Palas Athenas, 2011. 246p.
19. NETO, Ivan Rocha. **Gestão Estratégica de Conhecimentos & Competências: Administrando Incertezas e Inovações.** - Brasília: ABIPTI, UCB/Universia, 2003. 270p.
20. O'CONNOR Joseph. **Manual e Programação Neurolinguística - PNL - Um Guia Prático para Alcançar os Resultados que Você Quer.** 7ª Reimpressão. Edição. Rio de Janeiro: Editora Qualitymark, 2011. 344p.
21. PEARCE, Craig L.; MACIARIELLO Joseph A.; YAMAWAKI, Hideki. **O Legado Vivo de Peter Drucker - A sabedoria, o Conhecimento, e as ideias ao alcance dos líderes atuais.** São Paulo: Editora M. Books do Brasil, 2011. 328p.
22. REIS, Dálcio Roberto dos. **Gestão da Inovação Tecnológica.** - 2ª ed. Barueri, SP: Manole, 2008. 206p. (Série Direito, Inovação e Tecnologia ; v. 1)
23. ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não Violenta : Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais.** Tradução Mário Vilela - São Paulo: Editora Ágora, 2006. 288p.

24. RUSSO, Andréa Rezende - **Uma Moderna Gestão de Pessoas no Poder Judiciário. Mestrado Profissional em Poder Judiciário.** - Rio de Janeiro: FVG Direito Rio, 2009. 196p.

25. SLAC, **Material da apostila do Curso de Formação em PCC Coach.**

26. URY, William. **Como Chegar ao Sim com você mesmo.** Tradução de Afonso Celso de Cunha. - Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2015. 144p.

COMPLEXIDADE, CONHECIMENTO E A GESTÃO ESTRATÉGICA DAS ORGANIZAÇÕES PARA O MELHOR DESEMPENHO INSITUCIONAL

ROSE MARY JULIANO LONGO, PhD

Doutora em Transferência de Tecnologia; Professora dos programas de MBA da FIAP Paulista; Diretora Geral da Knowledge Associates Brazil. Rua Ourinhos, 133 – Cotia/SP – CEP: 06716-330 e-mail: rose.longo@transk.com.br rose.longo@knowledge-associates.com

RESUMO

Não podemos mais ignorar a imensa complexidade do mundo em que vivemos e, reconhecemos no conhecimento o único elemento capaz de reduzir os altos níveis de incerteza e de ansiedade existentes na sociedade atual. A proliferação das tecnologias digitais, a velocidade em que as mudanças ocorrem, as novas facetas do mundo do trabalho e as inúmeras profissões emergentes nos colocam em uma posição de questionarmos, o tempo todo, o que o futuro nos reserva. Neste sentido, acreditamos que a retenção e a adequada gestão do conhecimento é que irão gerar diferenciais competitivos para as instituições que passarão a ter mais oportunidades de inovar constantemente. Organizações públicas também se beneficiam de estratégias de gestão do conhecimento, pois lidam com a prestação de serviços e o fornecimento de informações e, para isso, precisam compartilhar e fazer uso efetivo e eficiente de todo o conhecimento disponível. Gerenciar o conhecimento corporativo é uma das partes mais importantes da gestão estratégica organizacional pois garante condições de sobrevivência com qualidade. No entanto não podemos esquecer que o conhecimento é construído coletivamente pelos colaboradores e estes precisam desenvolver competências específicas para terem condições de fortalecer o desempenho institucional e sobreviver neste contexto de profundas transformações.

Palavras chave: 1. Competências essenciais. 2. Complexidade. 3. Desempenho institucional. 4. Estratégia corporativa. 5. Gestão do conhecimento.

1. Introdução

Os desafios presentes nas sociedades, no século XXI, transformam o conhecimento no grande diferencial competitivo das organizações que pretendem ser bem-sucedidas e duradouras. Vivemos num ambiente de mudanças profundas e velozes, com níveis de complexidade cada vez maiores, onde a incerteza e a ansiedade tomam conta da maioria das pessoas em todas as instâncias sociais. A imprevisibilidade é uma realidade dos tempos atuais. Não podemos prever o futuro, mas temos a certeza de que ele trará questões novas, desconcertantes e desafiadoras. Sendo assim, o conhecimento se apresenta como o único elemento capaz de lidar com estes desafios. Quanto mais conhecemos e temos informações sobre o que nos afeta nos diferentes palcos em que atuamos, mais nos sentimos seguros e confortáveis em nossas decisões.

Nesse novo contexto, as organizações precisam tomar decisões de forma ágil e flexível, inovar constantemente, crescer de forma sustentável e fazer uso eficiente e eficaz da informação e de seu conhecimento. Mas, onde está esse conhecimento? De que conhecimento estamos falando? Quais são os conhecimentos que vão efetivamente gerar o valor agregado que as organizações tanto necessitam? As organizações sabem o quanto elas sabem ou necessitam saber? Onde está o conhecimento essencial para o negócio das organizações? Como ele está organizado? É fácil acessá-lo quando dele se precisa? Essas são questões pertinentes quando começamos a abordar o tema da gestão do conhecimento.

Na esfera pública, a adequada gestão do conhecimento organizacional torna-se ainda mais relevante. Organizações públicas pautam pela transparência na prestação de seus serviços. Precisam entregar qualidade, eficiência, efetividade e desenvolvimento econômico e social, já que a inovação nas organizações públicas deve ser centrada no aumento da eficiência e na melhoria constante dos serviços prestados à população.

2. Conhecimento

O conhecimento é o fator de produção mais importante na economia da informação e reside, essencialmente, nas mentes dos trabalhadores. A gestão estratégica do conhecimento é uma filosofia gerencial que procura organizar esse conhecimento de modo a transformá-lo em vantagem estratégica para as organizações. A gestão do conhecimento surge para gerenciar o capital intelectual, ou seja, o conhecimento que está na mente das pessoas e em suas experiências, com o objetivo de criar diferenciais competitivos para as empresas.

A inovação das organizações depende de conhecimentos emergentes que ainda deverão ser construídos para dar conta das demandas do futuro. Isso significa liderar a partir do futuro emergente e exige dos líderes uma habilidade de observação mais atenta, aberta, generosa e precisa dos cenários; maior abertura e integração da mente, do coração e da vontade e explorar o futuro com protótipos construídos coletivamente que possibilitem rapidamente resultados práticos.

Com a inovação tornando-se o único fator capaz de atuar como verdadeiro diferencial competitivo tornou-se praticamente impossível proteger o patrimônio de uma organização sem gerenciar também seu conhecimento. A informação, dentro das organizações públicas e privadas, passa a ser considerada um empreendimento que agrega valor e riqueza.

Antes, porém, de se falar em competitividade, torna-se imprescindível pensar se a organização oferece condições para que o conhecimento seja criado em suas dependências. A criação do conhecimento se dá em empresas onde o ambiente é propício e oferece as condições necessárias para que o aprendizado individual e organizacional ocorra. Nesse sentido, entende-se por criação do conhecimento em uma organização a capacidade que ela tem de criar novos métodos, processos e inovações, disseminá-los nas diversas instâncias organizacionais e incorporá-los aos demais produtos, serviços e sistemas.

O processo de construção coletiva de conhecimento organizacional só é possível em um ambiente de aprendizagem que favoreça o compartilhamento de experiências e de informação entre os indivíduos. A organização que aprende é aquela que dispõe de processos sistematizados onde esse conhecimento é compartilhado de maneira significativa e todos se sentem responsáveis pelo seu desenvolvimento e com isso podem contribuir para o crescimento da empresa como um todo.

A criação do conhecimento organizacional se dá através da interação entre as pessoas e de algumas possíveis iniciativas por parte da organização. Sua valorização permite à organi-

zação gerar constantemente novos processos e produtos que representam vantagens competitivas duradouras, possibilitando a geração de resultados concretos de mercado e agregando valor para a sociedade e para o acionista.

Para as organizações, o aprendizado organizacional é fonte sustentável de vantagem competitiva (o aprender mais rápido e melhor do que os concorrentes), pois acreditam que o verdadeiro diferencial entre as organizações são as pessoas que as constituem. As pessoas são únicas, com seus paradigmas, objetivos, suas habilidades, formas de enxergar, pensar, falar e agir. Essas características influenciam suas ações, que repercutem diretamente no sistema em que estão inseridas, ou seja, na sociedade, nas relações sociais, na organização.

Nos dias de hoje já é um fato aceito, quase que por unanimidade, que a sobrevivência efetiva das organizações, em face das condições de mudanças contínuas nos cenários nacionais e internacionais, só é possível se a organização tiver a capacidade de aprender a aprender e de se reinventar constantemente. Nas décadas anteriores, as empresas apostavam nas economias de escala, proficiência em vendas e marketing ou nos movimentos da qualidade e do foco no cliente para aumentar sua competitividade. Com o advento da tecnologia e o acesso a níveis mais sofisticados de informação estratégica, a qualidade deixou de ser um fator de diferenciação e tornou-se uma condição sine qua non para a sobrevivência das organizações em todos os ramos de atividade.

A inteligência competitiva estabelece uma estratégia para a empresa identificar o que se passa no ambiente de negócios do seu setor, e esse conhecimento dá aos executivos as condições de tomar atitudes que forneçam à empresa uma vantagem sobre seus concorrentes.

O gerenciamento do conhecimento é uma questão de bom senso. Em uma época em que a informação digital está cada vez mais amplamente disponível – e, ao mesmo tempo, personalizada e portátil –, o conhecimento representa um recurso que pode ser um importante ativo, além de um constante desafio para a instituição.

A era do conhecimento exige das organizações novas capacidades para assegurar o sucesso competitivo num cenário complexo. Para isso, a capacidade de mobilização e exploração dos ativos intangíveis como o conhecimento tornou-se muito mais decisiva do que investir em ativos físicos tangíveis e gerenciá-los.

3. Complexidade

Em uma época em que o sucesso e o crescimento das organizações são frágeis e incertos, num tempo no qual o diferencial competitivo é definido por aspectos intangíveis, num momento em que a sociedade, também com base no conhecimento, não está disposta a aceitar qualquer coisa, habilitar as pessoas para serem capazes de compreender, esclarecer e lidar com situações complexas, pensar e agir estrategicamente, assumir uma postura colaborativa e de compartilhamento do conhecimento torna-se fundamental para as organizações darem respostas quase que imediatas a um mercado cada vez mais complexo e competitivo.

O reconhecimento da complexidade corporativa é corroborado pela afirmativa de Morin (2000) quando explicita que:

“*Complexus* significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico) e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes em si. Por isso a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade.”

Humberto Mariotti (2001) faz a distinção entre o pensamento linear e o pensamento complexo da seguinte forma:

“[...] do ponto de vista do pensamento linear, de causalidade simples e imediata, a Terra é plana. Uma abordagem mais ampla, porém, mostra que ela é redonda e faz parte de um sistema. Do ponto de vista do pensamento linear a Terra é plana; pela perspectiva do pensamento sistêmico ela é redonda; por fim, do ângulo do pensamento complexo – que engloba os dois anteriores – ela é ao mesmo tempo plana e redonda. O pensamento linear é caracterizado pelo certo e o errado, é ótimo para gerar repetições, fazer com perfeição sempre o mesmo computador, o mesmo automóvel, ensinar aquilo que já se sabe; o pensamento sistêmico (complexo) procura verificar o que uma coisa é na posição em que ocupa em um sistema de relações com outros elementos (Rede). A forma de conversação própria do pensamento linear é a discussão ou debate. A forma de conversação típica do pensamento complexo é o diálogo.”

Já para Kahane (2008, p. 24), os problemas são difíceis por serem complexos de três maneiras.

- 1) São **dinamicamente complexos**, ou seja, sua causa e seu efeito estão afastados no tempo e no espaço, e, dessa forma, são difíceis de compreender com base na experiência direta.
- 2) São **genericamente complexos**, o que significa que estão se desdobrando em formas desconhecidas e imprevisíveis.
- 3) São **socialmente complexos**, o que significa que as pessoas envolvidas veem as coisas de forma muito diferente e assim os problemas se tornam polarizados e emperrados.

No contexto atual, a busca é pelo caminho do meio, nem o determinismo dos sistemas lineares, nem o indeterminismo do puro acaso. Na maneira como se administra uma empresa, é preciso encontrar uma fórmula de dar respostas altamente dinâmicas que busquem em sua essência a capacidade de se auto organizar e de se autocriar após o período de instabilidade.

Sistemas complexos são definidos por sua baixa precisão e pelo alto nível de incerteza e de criatividade. O ambiente complexo gera uma profunda ansiedade nos indivíduos e nas organizações. No contexto da complexidade, os especialistas não podem prever com exatidão a evolução de um sistema; os planos raramente funcionam de acordo com as expectativas, e os métodos para a solução de problemas não são suficientes.

Um cenário complexo se caracteriza por situações invisíveis, subjetivas e imprevisíveis que interagem com aspectos objetivos e materiais, mas não conseguimos enxergar uma conexão entre eles. Segundo Morin (2000), é preciso ter uma visão capaz de situar o conjunto, uma visão mais integral, capaz de contextualizar dados, informações e conhecimento.

Para sobreviver num ambiente complexo, é preciso entender que o mundo tem muito mais possibilidades do que nos é possível compreender prontamente. Uma visão limitada do mundo não nos permite perceber a total amplitude dessas questões. Para ampliar a percepção das coisas, indo além do que parecem, é necessário refinar a atenção. De fato, a compreensão de algo não vem somente da percepção, mas pela qualidade de atenção que imprimimos no objeto que pretendemos compreender e conhecer.

Atualmente, vivemos momentos bastante turbulentos, sobretudo nas organizações. Quanto mais turbulentos os tempos, quanto mais complexo o mundo, mais paradoxos existem. No entanto, as organizações e as pessoas bem-sucedidas não estão apenas enfrentando o paradoxo, mas tirando vantagem dele. Scharmer (Senge, 2007) acredita que o aprendizado e a resposta à turbulência e aos paradoxos virão da conexão com as fontes de conhecimentos tácitos que refletem o que Nonaka e Takeuchi (1997) chamam de sabedoria prática. Para superar o paradoxo é necessária sabedoria. Segundo Scharmer, a inovação das organizações dependerá de conhecimentos emergentes que ainda deverão ser construídos para dar conta

das demandas do futuro. Isso significa liderar a partir do futuro emergente, e exigirá dos líderes uma habilidade de observação mais atenta, aberta, generosa e precisa dos cenários; maior abertura e integração da mente, do coração e da vontade; e explorar o futuro com protótipos construídos coletivamente, que possibilitem rapidamente resultados práticos, com feedbacks que possam trazer melhorias durante o processo.

Assim como a criação do conhecimento organizacional se dá através da interação entre as pessoas, a gestão desse conhecimento é pressuposto básico da governança corporativa. Parte-se, portanto, da premissa de que um ambiente adequado favorece a criação e a gestão do conhecimento organizacional, possibilitando uma maior sinergia e alinhamento estratégico entre as diversas áreas da organização.

É frequente as organizações possuírem visão e estratégias que não são devidamente esclarecidas e discutidas. A clarificação e divulgação da visão estratégica pelos membros da organização possibilita que a equipe possa trabalhar de forma alinhada para a busca do sucesso. O comprometimento dos colaboradores com a organização só existe quando as metas que visam obter se encontram alinhadas com os objetivos e as expectativas dos gestores. O sucesso da organização depende do alcance dos objetivos estratégicos da organização. Isso só é possível quando os colaboradores conhecem esses objetivos e os reconhecem como seus. O colaborador esforçar-se-á na mesma medida e proporção em que conhecer as intenções estratégicas da empresa e se perceber nelas (Arado, Santana, Paulinelli, 2011).

Conscientes do valor estratégico do conhecimento organizacional e da importância de seu capital intelectual, as empresas procuram aprimorar cada vez mais as iniciativas de desenvolvimento já existentes e criar novas iniciativas para garantir o aperfeiçoamento do processo de criação e de gestão de seu conhecimento essencial. Essas ações evidenciam um posicionamento mercadológico de empresas que querem ser reconhecidas pelo mercado como referência em desenvolvimento estratégico de seu capital intelectual.

O cenário complexo se caracteriza por situações não necessariamente explícitas, subjetivas e imprevisíveis que interagem com aspectos objetivos e materiais, sem que consigamos enxergar uma clara conexão entre eles. Várias questões surgem quando queremos nos apropriar, de maneira efetiva, do que é implantar processos de gestão do conhecimento nas diferentes organizações, tais como:

- Que tipo de conhecimento deve ser construído para as empresas inovarem e sobreviverem num ambiente complexo?
- O que é ser uma empresa baseada em conhecimento no século XXI?
- Como criar conhecimentos novos e potencializar a inteligência coletiva das organizações para gerar o valor agregado tão necessário nos dias de hoje?

4. Estratégia

O vínculo entre a implementação da gestão do conhecimento (GC) em uma organização e suas diretrizes estratégicas é essencial, pois nos ajuda a compreender o valor que a gestão estratégica do conhecimento agrega às organizações.

Não podemos nos esquecer de que vivemos na era do conhecimento. A economia do conhecimento transforma os modelos de gestão das organizações do século XXI.

Ao conceito de informação como dados contextualizados, aos quais atribuímos poder e significado, acrescentamos a constatação de que a informação é o conhecimento tácito dos indivíduos e/ou grupos explicitado e registrado em algum meio ou suporte. A informação,

ou conhecimento explícito, além de refletir o conhecimento tácito gerado pelos indivíduos, é um insumo poderoso para a criação de novos conhecimentos, que são a fonte geradora de inovação e desenvolvimento.

Essa nova consciência muda fundamentalmente a forma de gestão das organizações. A criação de novos conhecimentos se dá no sujeito, e não no objeto. O capital intelectual é, então, o grande diferencial competitivo das organizações. A gestão de pessoas e a gestão de serviços passam a fazer parte da estratégia organizacional. Essa constatação impacta diretamente a gestão empresarial e faz com que as organizações redefinam suas prioridades e revejam suas estratégias de forma a se tornarem realmente competitivas no cenário atual.

No contexto de negócio do século XXI, as questões estratégicas assumem uma importância fundamental. Precisamos nos diferenciar dos nossos concorrentes... precisamos de crescimento constante e sustentável... precisamos inovar... e criar novos conhecimentos.... No entanto, a maioria das organizações falha na execução de suas propostas estratégicas! Um número mínimo dos colaboradores das empresas entende claramente sua visão de futuro; somente cerca de um terço das organizações brasileiras possui mecanismos eficazes de monitoramento e controle estratégico; a maioria das empresas brasileiras não vincula o orçamento, nem os incentivos e remuneração com a estratégia. Esses são sintomas típicos de uma gestão exclusivamente tática (centrada no orçamento) e não estratégica (focada na visão de futuro)!

Nos dias de hoje, não basta mais apenas ter uma visão estratégica claramente delineada – é fundamental compartilhar essa visão com todos os seus colaboradores. Comunicar, desdobrar e alinhar toda a proposta estratégica corporativa a todos os níveis da corporação é a essência de uma gestão orientada para sua estratégia.

A gestão do conhecimento só faz sentido para o mundo corporativo se os principais executivos das organizações conseguirem tangibilizar o seu valor. Investimento sem retorno não faz parte do vocabulário das corporações. Nesse contexto, precisa ficar claro que a gestão do conhecimento parte de uma proposta estratégica clara, em que os executivos definem sua missão, visão, seus valores e objetivos estratégicos e, a partir daí, mapeiam os conhecimentos essenciais para atingir essa proposta. Dessa maneira, gerenciar os conhecimentos essenciais corporativos significa criar condições para armazenar, sistematizar e disponibilizar conhecimentos já explicitados para quem deles necessita e também criar os ambientes adequados para que novos conhecimentos geradores de valor agregado sejam criados nas organizações. Além disso, é fundamental ter as condições para que esses conhecimentos possam ser compartilhados, retidos e aplicados em tudo que se fizer necessário.

Esses movimentos demandam decisões estratégicas de executivos que entendem o conhecimento como o principal ativo de suas organizações.

Hoje em dia, as organizações dependem de um processo de inovação contínua para que possam se manter competitivas. Dependem também de sua capacidade de gerar, processar, e fazer uso eficiente e eficaz de informações e de conhecimento. No novo milênio, exigem-se das organizações muita flexibilidade, capacidade de inovar de forma sustentável e uso intensivo de conhecimento. Para tanto, torna-se necessário compreender o contexto complexo em que vivemos, mobilizar a inteligência coletiva dos colaboradores, construir estratégias competitivas sustentáveis, fomentar a criatividade e viabilizar a construção coletiva de conhecimento novo.

Na esfera pública é muito importante relacionar os processos de Gestão do Conhecimento (identificação, criação, compartilhamento, armazenamento e aplicação do conhecimento) com a aprendizagem e a inovação. Outro ponto essencial é o mapeamento dos processos existentes nas várias áreas das organizações públicas: a gestão adequada do conhecimento

desses processos pode garantir a continuidade de uma prestação de serviços de qualidade, impactando de forma positiva a cadeia de valor das organizações.

Gestores corporativos precisam ter a cabeça nas nuvens – pensar estrategicamente, olhar o longo prazo, com visão não linear, respeitar as incertezas e a imprevisibilidade dos fenômenos – e, ao mesmo tempo, colocar os pés no chão – atacar o curto prazo, materializar projetos e processos, com visão linear focada, e reduzir as incertezas e a imprevisibilidade dos fenômenos. Dilema? Paradoxo? Como fazê-lo? O quanto a gestão do conhecimento pode ajudar nesse processo?

De acordo com Aries de Geus (1998) a longevidade com sucesso das organizações depende principalmente de:

- a) colaboradores com um forte senso de identidade com a marca a que servem, que, portanto, têm orgulho de pertencer à organização;
- b) um estilo de gestão que possibilita o desenvolvimento do potencial criativo de todos os seus gestores e colaboradores;
- c) liderança que fomenta e estimula o processo de aprendizagem organizacional; e
- d) foco central na estratégia da empresa, e não na perspectiva de lucro imediato.

Para essas organizações, é fundamental abrir espaço para a construção coletiva de conhecimento que gera inovação, pois vivemos em um mundo altamente imprevisível, em que a inexistência de alternativas diversificadas limita sua possibilidade de crescimento sustentável.

Diversos pesquisadores afirmam que o conhecimento e a capacidade para criá-lo e utilizá-lo são as mais importantes fontes de vantagens competitivas sustentáveis das organizações (Cyert, Kumar, Williams, 1993; Nonaka e Takeuchi, 1997; Quinn, 1992; Sveiby, 1998; Teece, Pisano, Shuen, 1997). Por isso, o conhecimento se constitui como ativo estratégico essencial, permeando todas as atividades desenvolvidas pelas organizações.

Quando as organizações contratam novos colaboradores para desempenhar determinados cargos ou funções, elas recebem uma bagagem de conhecimento que excede ao que é requerido para o desempenho dos cargos para os quais os novos colaboradores foram contratados. Esses excedentes cognitivos indicam uma potencialidade a ser identificada, mobilizada e aportada pelas ações estratégicas das organizações.

A quantidade de excedente cognitivo que está disponível dentro da organização e ao alcance das ações da liderança pode ser traduzida por uma redução da lacuna de conhecimento, o que exigirá menores esforços (temporal, físico e financeiro) na busca de conhecimento além das fronteiras organizacionais.

Pode-se dizer que a conexão entre estratégia e conhecimento passa pelo reconhecimento da importância dos excedentes cognitivos, sua mobilização, seu aporte na geração de estratégias que conduzam à transformação do conhecimento disponível em valor, tanto para as organizações quanto para as pessoas que delas fazem parte. A concepção de que os excedentes cognitivos induzem a estratégias mais flexíveis poderá contribuir para alavancar as organizações a um patamar de maior valor agregado nas respectivas áreas de negócio ou mercado em que atuam.

Sem sombra de dúvidas o uso dos excedentes cognitivos disponíveis nas organizações amplia seu olhar estratégico e aumenta seu potencial de inovação.

Hoje em dia a inovação é uma exigência das organizações que querem permanecer bem-sucedidas no cenário corporativo. E como se comportam as organizações mais inovadoras? Elas têm o conhecimento como principal recurso estratégico. Têm a aprendizagem como principal processo, e a gestão do conhecimento faz parte do trabalho de todos os seus membros. Essas organizações adotam uma postura de aprendizagem intensiva e permanente

como forma de buscar a competitividade e desenvolvem a habilidade de aprender mais rápido que seus competidores. Podemos, então, dizer que a gestão do conhecimento é a força motriz que impulsiona a estratégia competitiva de qualquer organização e que certamente representa uma possibilidade real de transformação, já que, alinhada à estratégia organizacional, permitirá o crescimento contínuo e próspero de qualquer empresa.

5. Competências Essenciais

No contexto em que vivemos, o mercado de trabalho passa a exigir profissionais cada vez mais qualificados e competentes para o desempenho das mais variadas funções. Esse profissional precisa ser flexível, criativo, motivado, inovador, competente nas relações interpessoais e criador de conhecimento, dentre outras características essenciais.

O mundo mudou e continuará mudando, e nós temos que nos adaptar para evoluir e fazer parte das transformações existentes. Possuir apenas competências técnicas e relacionais já não é mais suficiente.

As mudanças de hoje têm menos a ver com as tecnologias e mais a ver com as pessoas. O que de fato mobiliza o ser humano a fazer parte deste contexto? Como dizia Martin Luther King “Quem não tem uma causa pela qual morrer não tem motivo para viver”. Pessoas curiosas e com propósito têm condições de se transformarem continuamente. Qual é a nossa causa? Que competências e atitudes precisamos desenvolver para viver neste século com qualidade?

Precisamos não ter medo de tentar. Entender que o mundo digital é rápido, simples e eficiente. Aprender a otimizar o nosso tempo. Sermos responsáveis pela nossa própria transformação. Possuir escuta ativa e visão periférica ampliada. Ter vontade de compartilhar e co-criar. Aprender a trabalhar em grupo e construir conhecimentos de forma coletiva. Empatia é essencial.

Ainda não temos todas as respostas, porque as transformações não vão parar de acontecer e nós sempre estaremos no espaço da incerteza! Mas só depende de nós o caminho que vamos escolher e a jornada que iremos traçar, porque.... O conhecimento transforma!

6. Considerações Finais

Não é mais possível ignorar o valor do conhecimento criado nas instâncias organizacionais para o atingimento das metas estratégicas corporativas. O desempenho institucional certamente será fortalecido se o conhecimento de seus colaboradores for retido e gerenciado. No entanto, durante muitos anos, nos debatemos com a dificuldade de demonstrar o valor do ativo conhecimento por não termos métricas e indicadores claros para esta finalidade. Nos últimos anos, metodologias de implantação de iniciativas de gestão do conhecimento, modelos de governança corporativa, políticas e alguns indicadores foram publicados no Brasil (LONGO, 2014; BAGNOLESI, 2018) na tentativa de sanar essas dificuldades.

Na Inglaterra, Ron Young, o CEO da *Knowledge Associates Cambridge, Com.*, desenvolveu uma metodologia efetiva de Gestão do Conhecimento, a *Knowledge Asset Management (KAM Methodology)*, que registra e documenta o conhecimento estratégico das organizações, desde o que é relevante para missões, visão e valores corporativos, conhecimentos essenciais em estado crítico, competências estratégicas, até novas ideias e insights sendo gerados na organização. Esta metodologia monitora os níveis de maturidade corporativos, que

estão bem definidos para os indivíduos, as áreas e a organização como um todo. Desenvolveu, também, uma plataforma interativa na web (*Knowledge*) que consegue registrar e monitorar ativos tangíveis e intangíveis, ajudando a solucionar a questão de demonstrar o valor deste ativo para as estratégias corporativas. A metodologia KAM está sendo usada por vários países do mundo, dentre eles, Inglaterra, França, Suíça, Alemanha, Itália, Hungria, Austrália, Índia, Japão, Hong-Kong, Rússia, Cingapura, Dubai e Estados Unidos.

Finalmente, depois de vários anos de trabalhos intensos, a ISO (*International Standards Organization*) na Suíça, publicou, no final de 2018, a ISO KM 30401, que determina os requisitos necessários para que empresas do mundo inteiro obtenham a certificação em Gestão do Conhecimento, o que viabilizará sua inserção competitiva no cenário mundial. O uso da metodologia KAM dá às organizações públicas e privadas condições de obterem esta certificação.

Torna-se possível, agora dizer, que o conhecimento tem seu valor estratégico reconhecido e materializado, e que poderemos finalmente navegar neste cenário complexo do século 21 com menos ansiedade e incerteza.

Referências

ARADO, F.; SANTANA, F.C. & PAULINELLI, R. *A gestão do conhecimento para potencializar a inovação em uma microempresa*. São Paulo: SP, 2011.

BAGNOLESI, F.; LONGO, R.M.J. & QUEIROZ, C. *O passo a passo da gestão do conhecimento*. São Paulo: Amazon, 2018.

CYERT, R. M.; KUMAR, P. K.; WILLIAMS, J. R. “*Information, Market Imperfections and Strategy*”. Em: *Strategic Management Journal*, no 14 1993. (Winter Special Issue)

GEUS, A. de. *A empresa viva: como as organizações podem prosperar e se perpetuar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1998.

KAHANE, A. *Como resolver problemas complexos: uma forma aberta de falar, escutar e criar novas realidades*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2008.

LONGO, R.M.J. et.al. *Gestão do conhecimento: a mudança dos paradigmas empresariais no século XXI*. São Paulo: SENAC, 2014.

MARIOTTI, H. “*Diálogo: um método de reflexão conjunta e observação compartilhada da experiência*”. Em *Revista Thot*. São Paulo: Palas Athenas, 76: 6-22, 2001.

MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2000.

NONAKA, I. & TAKEUCHI, H. *Criação do conhecimento na empresa: como as empresas japonesas geram a dinâmica da inovação*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

QUINN, J. B. *Intelligent Enterprise: a Knowledge and Service-based Paradigm for Industry*. Nova York: Free Press, 1992.

SENGE, P. et al. *Presença: propósito humano e o campo do futuro*. São Paulo: Cultrix, 2007.

SVEIBY, K.E. *A nova riqueza das organizações: gerenciando e avaliando patrimônios do conhecimento*. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

TEECE, D. J.; PISANO, G.; SHUEN, A. "Dynamic Capabilities and Strategic Management". Em: Strategic Management Journal, ed. 18, 1997.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA



TJBA
TODOS
JUNTOS

PRONUNCIAMENTO INSTITUCIONAL PRESIDÊNCIA TJBA
WWW.TJBA.JUS.br

AEP II

ASSESSORIA ESPECIAL DA PRESIDÊNCIA
- INSTITUCIONAL -



UNICORP
UNIVERSIDADE CORPORATIVA TJBA