

Caroline Wust
Livia Copelli Copatti
Tatiani de Azevedo Lobo
(Orgs.)



Direito Civil & Processual Civil

■ Discussões contemporâneas ■



O Brasil é um país em estado permanente de emergência; não apenas no sentido da urgência que é tão própria a esses tempos pandêmicos, porém, sobretudo, no sentido de emergir, de sair à tona e revelar-se concreto tudo aquilo que possui em potência. A um país tão grande e rico, com substancial e dinâmica diversidade cultural, parece natural que o destino reserve um lugar entre as nações que lideram a cultura mundial. As razões pelas quais essa emergência ainda não tenha resultado na eclosão de um apogeu econômico e cultural são muitas. Mas uma delas situa-se, certamente, nas práticas do Estado e na academia, especialmente, na relação entre ambos. Países com sólida base científica e com práxis estatal associada aos rigores do método científico tendem a ser mais previsíveis, confiáveis, respeitados interna e externamente e, por lógico, a obter melhores resultados nas suas áreas de atuação, ao mesmo tempo em que desenvolvem uma sociedade com uma base de valores que, lastreada na necessária relação entre certezas dogmáticas e ceticismo científico, consegue aglutinar consensos mínimos entre aqueles que pensam de forma muito diferente. Em tempos de incertezas e inseguranças pandêmicas, essa solidez transforma-se em fortaleza para pensar o futuro e em caminho seguro para enfrentar os problemas que temos pela frente.

Eduardo Vandré
Juiz Federal



Direito Civil e Processual Civil



Inspira quem transforma

COMITÉ EDITORIAL

- Prof. Dr. Neuro José Zambam – (IMED/RS)
Prof. Dr. Henrique Aniceto Kujawa – (IMED/RS)
Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED/RS)
Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED/RS)
Prof. Dr. Israel Kujawa (IMED/RS)
Prof. Dr. Vinicius Borges Fortes (IMED/RS)
Prof. Dra. Leilane Grubba (IMED/RS)
Profa. Dra. Salete Oro Boff – (IMED/RS)
Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes (IMED/RS)
Prof. Dr. Jacopo Paffarini – (IMED/RS)
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – (IMED/RS)
Prof. Dr. Fabrício Pontin (UNILASALLE/RS)
Prof. Dr. Sandro Flöhlich (UNIVATES/RS)
Prof. Dr. Karol Magón – (CUECCLD – Cracóvia)
Profa. Dra. Karen Fritz – (UPF/RS)
Profa. Dra. Daniela de Figueiredo Ribeiro – (UNIFACEF/SP)
Prof. Dr. Daniel Rubens Cenci – (UNIJUÍ/RS)
Prof. Dr. Cláudio Machado Maia (UNOCHAPECO/SC)
Profa. Dra. Caliane Christie Oliveira de Almeida Silva (IMED/RS)
Prof. Dr. Alcindo Neckel (IMED/RS)
Profa. Dra. Grace Tiberio Cardoso (IMED/RS)
Prof. Dr. Lauro André Ribeiro (IMED/RS)
Profa. Dra. Thaísa Leal da Silva (IMED/RS)
Profa. Dra. Lorena Freitas (UFPB/PB)
Prof. Dr. Enoque Feitosa (UFPB/PB)
Profa. Dra. Alina Celi Frugoni (Universidade de La Empresa - UDE/UY)
Prof. Dr. Marcos Miné Vanzella (UNISAL/SP)
Prof. Dr. Ricardo George de Araújo Silva (UEVA/CE)
Profa. Dra. Graciela Tonon (Universidade de Palermo/AR)
Profa. Dra. Izete Bagolin (PUC/RS)

Direito Civil e Processual Civil

Discussões contemporâneas

Organização

Caroline Wust

Livia Copelli Copatti

Tatiani de Azevedo Lobo



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

WUST, Caroline; COPATTI, Livia Copelli; LOBO, Tatiani de Azevedo (Orgs.)

Direito Civil e Processual Civil: discussões contemporâneas [recurso eletrônico] / Caroline Wust; Livia Copelli Copatti; Tatiani de Azevedo Lobo (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

237 p.

ISBN - 978-65-5917-205-4

DOI - 10.22350/9786559172054

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito Civil; 2. Direito Processual Civil; 3. Coletânea; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação **9**

Eduardo Vandré

1 **17**

Família multiespécie: um intróito para o reconhecimento de animais e da natureza como sujeitos de direitos

Diogo Dal Magro
Lívia Copelli Copatti

2 **37**

A complexidade do reconhecimento do instituto das famílias simultâneas no Estado do Rio Grande do Sul

Lauren Raquel da Costa

3 **61**

Uma análise sobre o homeschooling e o RE 888815

Isaura Bugança Pagnussat
Karoline Izaton

4 **77**

A destituição do poder familiar e a exclusão do herdeiro por indignidade no Brasil

Águeda Marcéi Mezomo

5 **93**

Inseminação artificial *post mortem* e seus efeitos no direito sucessório brasileiro

Carlos Eduardo Oliveira de Almeida
Thábata Santa Catarina de Souza
Wellinton Silva Gnoatto

6 **119**

Relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade: um conflito de direitos fundamentais

Bruna Bassi Vedana
Djéssica Kossmann da Silva

7 **142**

A (ir)responsabilidade do Estado pela morosidade na prestação jurisdicional em tempos de Estado Pós-Democrático

Giulia Signor

8 **161**

O dano existencial da pessoa jurídica na Lei 13.467/2017

Guilherme de Avilla Mezzalira
Iuri Bolesina

9 **185**

O instituto da tutela provisória como antecipação do direito e a estabilização efetiva

Adriana Werlang
Álison da Silva Doneda
Natiéli Duarte dos Santos

10 **202**

Os provimentos provisórios na nova óptica processual civil e a concessão da tutela provisória de urgência antecipada nas ações que versam sobre o direito à saúde

Carina Lopes de Souza
Tássia Aparecida Gervasoni

11 **223**

Planejamento sucessório e *holding* familiar: uma construção possível

Tatiani de Azevedo Lobo

Apresentação

*Eduardo Vandré*¹

O Brasil é um país em estado permanente de emergência; não apenas no sentido da urgência que é tão própria a esses tempos pandêmicos, porém, sobretudo, no sentido de emergir, de sair à tona e revelar-se concreto tudo aquilo que possui em potência. A um país tão grande e rico, com substancial e dinâmica diversidade cultural, parece natural que o destino reserve um lugar entre as nações que lideram a cultura mundial.

As razões pelas quais essa emergência ainda não tenha resultado na eclosão de um apogeu econômico e cultural são muitas. Mas uma delas situa-se, certamente, nas práticas do Estado e na academia, especialmente, na relação entre ambos. Países com sólida base científica e com práxis estatal associada aos rigores do método científico tendem a ser mais previsíveis, confiáveis, respeitados interna e externamente e, por lógico, a obter melhores resultados nas suas áreas de atuação, ao mesmo tempo em que desenvolvem uma sociedade com uma base de valores que, lastreada na necessária relação entre certezas dogmáticas e ceticismo científico, consegue aglutinar consensos mínimos entre aqueles que pensam de forma muito diferente. Em tempos de incertezas e inseguranças pandêmicas, essa solidez transforma-se em fortaleza para pensar o futuro e em caminho seguro para enfrentar os problemas que temos pela frente.

Quando chegamos no direito, a práxis é aquela desenvolvida nos Foros; a academia, aquela das Faculdades de Direito.

¹ Juiz Federal

Até meado dos anos 90, é possível dizer que a doutrina acadêmica reinava sólida na prática forense. Vejam-se os longos votos dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Federais, os quais, inclusive, fizeram parte da minha formação. A jurisprudência do STF, mesmo quando divergente da opinião dos professores, também era construída de forma estruturada, com respeito ao passado da Corte, *rectius* com respeito aos seus precedentes. Mas a Constituição de 1988 pressionou advogados e juizes de forma tal que a dogmática até então construída revelou-se gradativamente em descompasso com as exigências constitucionais que a cada processo eram suscitadas. O juiz viu-se envolto não mais em problemas civilísticos, como o conceito de posse e propriedade ou a força executória da duplicada sem aceite, porém, sobre como conciliar a pretensão de construir uma sociedade livre, justa e solidária e os limites legais de atuação do juiz nos quais a dogmática estava lastreada. Esse dilema ainda era ainda pressionado pela necessidade de assegurar a liberdade de conformação do legislador sem transformar as promessas constitucionais em letra morta.

O enorme desafio dos anos 90 somente poderia ser respondido de forma adequada pela doutrina, pela academia. Porém, a academia requer tempo e reflexão, enquanto o processo judicial exige uma resposta imediata.

A resposta foi dada, momento em que o Judiciário se distanciou da tradicional academia jurídica brasileira. A assunção da teoria dos princípios de Robert Alexy, ainda que despreendida dos seus rigores teóricos, foi o gatilho teórico para que se agudizasse de forma exponencial o papel de criação do direito pelo juiz brasileiro. Se a criação judicial do direito não é exatamente uma novidade em qualquer sistema jurídico, a possibilidade de ponderação dos princípios excluiu qualquer preocupação com a construção do campo de proteção de cada direito fundamental (*o que era tema*

novo em época de ressurgimento democrático e das garantias constitucionais para valer), ao mesmo tempo em que tirou do cenário escolhas legítimas feitas pelo legislador. Sim, com a ponderação que se desenhava, o juiz poderia decidir qualquer processo mediante inflexão de sua visão do mundo, “corrigindo” impropriamente resultados interpretativos que, pela compreensão tradicional da doutrina, seriam indesejados.

A academia também teve e tem o seu quinhão nesse desarranjo com a prática jurídica. Muitas vezes, viu-se transitando entre a insuficiência teórica, o mimetismo europeu e estado-unidense e a paradoxal vontade de abraçar o mundo, invadindo, sem rigor científico, temas que seriam melhor tratados por sociólogos, antropólogos ou economistas, para circunscrever-se apenas nesses exemplos das humanidades.

Nos anos 10, a teoria dos princípios começa a perder força, justamente em razão da manifestação dos para-efeitos que já eram previsíveis ao tempo em que foi absorvida pelo judiciário brasileiro. Os inconvenientes do aumento da discricionariedade judicial, do indesejado implemento da visão de mundo do juiz como critério de correção e a forte intervenção do Judiciário em temas sensíveis como saúde pública, benefícios sociais, discussões de gênero e garantias constitucionais dos acusados, para ficar nesses poucos, trazem de volta os ventos que clamam por uma dogmática adequadamente construída, que forneça critérios objetivos para que o juiz possa exercer, dentro de limites claros, a sua atividade julgadora, mesmo quando criativa.

Desaguamos nos anos 20 com o retorno à dogmática. O momento, pois, é da academia.

Este é o cenário em que surge esta obra tenho a honra de prefaciar.

Sem olvidar que toda produção científica por alunos é benfazeja, a análise dos artigos demonstra qual parcela de contribuição no cenário dogmático brasileiro.

O artigo de MAGRO e COPATTI enfrenta um problema que começa a desaguar no Judiciário: a proteção jurídica dos animais de estimação, especialmente, e suas implicações no que tradicionalmente se compreende como direito de família. O ponto de partida do texto é relevante, ao deslocar para a afetividade o núcleo que caracterizaria o conceito de família juridicamente protegida, ao mesmo tempo em que nega o paradigma antropocêntrico, concluindo pela própria natureza como sujeito de direitos. É uma conclusão ousada e que merecerá ser aprofundada, especialmente porque, no futuro, poderá implicar contribuição importante para temas correlatos na área do meio ambiente e que ainda permanecem sem resposta dogmática adequada, com o dano ambiental coletivo e a necessidade de superar o paradigma individualista do direito subjetivo.

O afeto como fundamento da entidade familiar volta no trabalho de DA COSTA, que enfatiza a sua transformação histórica de um modelo de proteção matrimonial para um no qual todas as formas de família são protegidas pelo Estado. O artigo procura isolar o conceito de famílias simultâneas, inclusive da compreensão de união poliafetiva, e analisa o tratamento jurídico dado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tem negado proteção jurídica nessas hipóteses fáticas. Bem analisado, o artigo serve de contraponto ao texto de MAGRO e COPATTI, na medida em que se preocupa com o risco de esvaziamento do conceito de família como consequência da pretensão de quem venha a ser alargado. O tema é sensível e há repercussões importantes que fazem parte do dia a dia do juiz federal, por exemplo, quando precisa resolver embates de natureza previdenciária em que mais de uma família reivindicam a proteção do Estado.

A família volta a ser tema no artigo de PAGNUSSAT e IZATON, agora, para tratar do *homeschooling*. Nada mais pungente em tempos de pandemia! *Homeschooling* era uma reivindicação pré- e uma necessidade pós-

pandêmica. O artigo trata do direito à educação, fazendo sua evolução histórica. Chega na educação domiciliar e apresenta informações sobre o seu tratamento jurídico no Texas e em Nova York, bem como no julgado que deu origem ao processamento do RE 888815 no STF. *De lege ferenda*, o objetivo central do artigo é destacar pontos positivos e negativos do *homeschooling*, na medida em que possam ser argumentos vinculados às normas de regência do tema.

Agora sob o viés da sucessão, a família é tratada no trabalho de MEZOMO. O tema é a não-sucessão do herdeiro declarado indigno. A hipótese que é tratada com objeto da pesquisa é muito interessante: a mãe de um menino que foi destituída do poder familiar e, em face do falecimento do filho, encontrou-se na ordem de vocação hereditária do filho falecido. A perspectiva do artigo são os direitos da criança, o que conjuga com as hipóteses de exclusão da sucessão por indignidade, e faz boa análise de precedentes do STJ.

ALMEIDA, SOUZA e GNOATTO enfrentam o tema da inseminação artificial *post mortem*. O texto foi solidamente construído. Apontam omissão legislativa, porém, valem-se do tratamento constitucional aos filhos para, revisando o conceito de nascituro reconhecer a expectativa de direito desde a concepção *in vitro* do embrião. O artigo faz uma boa reconstrução da dogmática a respeito do tema e apresenta-se relevante tanto para eventual produção legislativa da nova categoria jurídica inteligentemente proposta, como para a necessária criação judicial do direito, que também é apontada no artigo.

A investigação de paternidade também mereceu atenção nesta obra. VEDANA e SILVA tratam da relativização da coisa julgada nessa hipótese. Os efeitos da inovação da ciência, mais uma vez, se fazem presentes neste trabalho. A quase certeza dos resultados de exame de DNA é o evento tecnológico que impulsiona o artigo, que, com boa análise de precedentes do

STF e do STJ, reivindica que a inalienabilidade do direito de família e a realidade dos fatos deve se sobrepor aos limites temporais e formais impostos pela norma jurídica processual. Um ponto de vista interessante que merece elaboração, na medida em que tanto a dignidade humana como a coisa julgada possuem *status* constitucional.

PIOVESAN e SIGNOR tratam da responsabilidade civil do Estado pela morosidade na prestação jurisdicional. O argumento parte da teoria objetiva e o conjuga com o direito à razoável duração do processo, sinalizando que caberá à doutrina suprir a omissão legislativa a respeito do que seria a demora na prestação jurisdicional. O artigo, pois, reivindica um critério legislativo objetivo para que se possa demandar do Judiciário o cumprimento do prazo razoável, entendendo que fatores políticos, com o desinteresse do juiz em condenar a morosidade, possam impedir a concretização do princípio constitucional. O artigo esforça-se ao pensar o Estado pós-democrático como algo que o sujeita a preceitos econômicos e políticos. A democracia, pois, seria uma fachada, enquanto as decisões seriam tomadas pelos detentores do mercado. A responsabilização do Estado, entendem, iria na direção oposta dos fundamentos pós-democracia.

MEZZALIRA e BOLESINA enfrentam o tema dos direitos de personalidade da pessoa jurídica e sua repercussão na caracterização do dano existencial na Lei no. 13.467, de 2017. O artigo é exegético, e analisa texto de norma que, gramaticalmente, autorizaria concluir que a pessoa jurídica poderia sofrer dano existencial. Segue rigor técnico ao analisar o que seria o dano existencial, inclusive com análise de direito comparado, e o dano extrapatrimonial. Faz interessante abordagem sobre com o caminho percorrido na Itália e no Brasil, substancialmente diferentes, certo de que aqui teve como ponto angular o reconhecimento constitucional do dano moral, enquanto lá teria nascido da ausência de proteção civil aos danos morais.

O artigo realmente merece ser lido dada sua boa construção teórica e conclusões.

Por fim, esta obra também traz outras duas contribuições importantes ao direito processual das tutelas de caráter precário. WERLANG, DONEDA e SANTOS falam sobre a tutela provisória, enquanto SOUZA e GERVASONI concretizam os provimentos provisórios nas ações sobre direito à saúde. A tutela provisória foi instituída legislativamente em meados dos anos 90 e representou uma revolução na tutela jurisdicional, que até então somente podia antecipar juízos através de medidas cautelares – de escopo restrito, qual seja, a proteção do processo – ou do mandado de segurança – de cognição restrita, qual seja, direito líquido e certo. A prática jurídica impôs adequações legislativas e a superveniência de um novo Código de Processo Civil nos apresentou a figura da estabilização da tutela provisória, tema que é enfrentado de forma consistente por WERLANG, DONEDA e SANTOS, inclusive com análise do direito comparado francês e italiano. Trata-se de artigo que merece ser lido pela seu rigor e análise da doutrina a respeito do tema. De sua vez, SOUZA e GERVASONI também analisou as tutelas provisórias, porém, empreendeu através do problema da tutela jurisdicional do direito à saúde, fazendo consistente análise tanto da doutrina processual como a respeito dos direitos fundamentais e do difícil problema da proteção jurídica dos direitos de natureza prestacional. O tema da saúde é exemplar sobre como a jurisprudência antecipou-se à doutrina e o mérito deste artigo está em reconstruir dogmaticamente fundamentos para concessão da tutela desenvolvidos pela jurisprudência a que faz referência.

A juventude tem como marca universal o ímpeto, o rompimento com o passado e a esperança de estar colocando pela primeira vez uma pedra fundamental sobre o qual se erguerá uma nova sociedade. É assim que esta obra precisa ser compreendida: ela é impetuosa na escolha dos temas

e em suas conclusões. Propõe-se ao novo e desenha um caminho. Porque é primeiro passo, espera-se que na trilha vinguem todos os seus autores. O tempo lhes permitirá ver as outras pedras fundamentais já foram lançadas e que o edifício daquele Brasil que queremos ver emergir será nada além do que exatamente o somatório de todas as pedras que, submetidas ao teste de validade e de higidez acadêmica, tivermos a ventura de fazer vingar.

Família multiespécie: um intróito para o reconhecimento de animais e da natureza como sujeitos de direitos

*Diogo Dal Magro*¹
*Lívia Copelli Copatti*²

1 Introdução

O conceito de família já tem superada a envelhecida ideia de vínculos entre homem e mulher, com seus respectivos filhos. Ultrapassada essa única forma de configuração, a partir da possibilidade (jurisprudencial) de união estável entre pessoas do mesmo sexo, têm-se adotado a concepção geral de família como uma relação afetiva entre seres humanos, não importando os sexos, nem a quantidade (no caso da união estável poliafetiva) de pessoas que a compõe. Entretanto, parece que esta ideia também está em rumo de ser superada.

As novas possibilidades de famílias são geradas a partir da perspectiva de relações afetivas entre seres humanos e animais. Trata-se, portanto, de uma relação entre diferentes espécies – humana³ e animal –,

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional - IMED (2016-2020). Membro dos Grupos de Pesquisa "Latin America Privacy Hub", "Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento" e "Ética, Cidadania e Sustentabilidade", vinculados ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito - da Faculdade Meridional - IMED. Bolsista MITACS (2019), tendo desenvolvido pesquisas no projeto "Démocratie digitale (digital democracy) en contexte de rapports linguistiques complexes", na Université de Moncton (Canadá). Membro Fundador do Capítulo Legal Hackers de Passo Fundo-RS. Bolsista PROBIC -FAPERGS/IMED (2018/2019). Bolsista PIBIC -CNPq/IMED (2017/2018). Advogado. E-mail: diogodalmagro@gmail.com.

² Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI – Campus Erechim. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas – NUJUR/IMED. Docente na Faculdade Meridional – IMED – Passo Fundo. Advogada. E-mail: livia.copatti@imed.edu.br ou livia_dto@yahoo.com.br.

³ Para fins deste estudo e a título de concordância conceitual com o leitor, utiliza-se a nomenclatura animais com o intuito de referir-se aos animais não-humanos, evitando assim qualquer desencontro semântico.

o que acaba por gerar novos horizontes de inter-relação entre homem e natureza, estreitando os laços entre homem e meio ambiente.⁴

Diante desse cenário, surge o problema de pesquisa deste trabalho: é a adoção da família multiespécie um introito para o reconhecimento da natureza como um sujeito de direitos?

A hipótese de pesquisa que visa responder provisoriamente ao problema de pesquisa é positiva, eis que, ao considerar um animal como membro de uma família humana, há mais do que uma simples admissão desses como seres sencientes⁵. A partir disso, verifica-se uma aplicação, ainda que restrita, de algumas teorias da sustentabilidade, que afirmam ser a natureza um ser próprio e, portanto, um sujeito com direitos.

O objetivo geral do estudo é demonstrar as consequências da adoção família multiespécie para o reconhecimento da natureza como um sujeito de direitos. Como objetivos específicos, apresenta-se: a) explicar a evolução das relações familiares e dos conceitos de família; b) apresentar a concepção de família multiespécie e seu respectivo estado da arte no Brasil; c) expor o entendimento acerca da natureza como um ser de direitos e sua possível conexão com a família multiespécie.

O método utilizado para o desenvolvimento do presente trabalho é o Indutivo. As técnicas de pesquisa que viabilizaram o método são: Pesquisa Bibliográfica e Documental⁶, Categoria⁷ e Conceito Operacional⁸.

O desenvolvimento obedecerá a ordem dos objetivos específicos, sendo que no primeiro tópico serão abordadas as questões evolutivas do

⁴ “*Vivir bien significa complementarnos y compartir sin competir, vivir en armonía entre las personas y la naturaleza. Es la base para la defensa de la naturaleza, de la vida misma y de la humanidad toda.*” (HANACUNI, 2010, p. 22).

⁵ Tese adotada e aplicada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁶ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, 2011, p. 207).

⁷ “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia.**” (PASOLD, 2011, p. 25). Grifos originais da obra em estudo.

⁸ “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia proposta.” (PASOLD, 2011, p. 205).

direito de família e no segundo tópico serão analisadas as problemáticas envolvendo o desenvolvimento do conceito de família multiespécie e o cenário do Brasil frente essa nova possibilidade. No terceiro, abordar-se-ão os motivos pelos quais a adoção dessa nova configuração de família pode ser um passo inicial para a efetivação do reconhecimento da natureza como um ser próprio e, sendo assim, detentor de direitos.

2 A evolução das relações familiares

A sociedade está em constante transformação, de conceito, de relações, de atitudes, enfim, cada vez mais surgem novos conflitos, novas buscas por soluções destes, e a família, inserida integralmente na sociedade, também faz parte do processo de transformações substantivas em todos os âmbitos.

No decorrer dos anos, a organização da sociedade foi se dando em volta da família, que passou a ser base da sociedade. A realidade social foi transformando a forma de ver a família, tradicionalmente instituída e constituída com a formação do vínculo unicamente pelo casamento, modelada pelos ditames da Igreja Católica e com a patrimonialização da relação familiar.

No momento em que o legislador passou a se interessar pelas relações familiares e suas manifestações sociais, surgiu a tutela constitucional, com ampliação da proteção dos interesses das famílias e a definição de alguns modelos que passaram a ser reconhecidos efetivamente como família, dissociando e dessacralizando a ideia de que para ser família tem que haver casamento.

Desta forma, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que deu-se início a uma revolução pela incessante necessidade de se proteger as novas famílias que haviam surgido e que estavam mais do que

presentes na sociedade, através da ótica dos valores da dignidade da pessoa humana e a sua realização (DIAS, 2007).

Não permite-se mais um modelo único e fechado em si mesmo de família, tendo em vista as grandes complexidades também da sociedade atual e que inevitavelmente também atingem a entidade familiar (FARIAS, 2004).

O enfoque constitucional da família passa a ser sobre os vínculos afetivos e não mais, apenas patrimoniais, estabelecendo uma nova ordem de valores, ou seja, a pluralidade das entidades familiares, prevista no art. 226, a igualdade dos filhos, descrita no art. 226, § 6º e a igualdade entre homens e mulheres, enquanto direito fundamental e constitucional da família, na previsão do art. 5º, I e art. 226, § 6º.

Este novo viés constitucional surgiu em decorrência da função social da propriedade, prevista no texto constitucional no art. 5º, inciso XXIII, limitando o exercício da propriedade para o atendimento de sua função social, ou seja, o patrimônio não pode e nem deve ser o fim de todas as relações humanas, oponível em qualquer situação. Com isto, há uma mudança paradigmática, passando de um enfoque patrimonialista para um enfoque da dignidade humana, que deve ser a base e o fim das famílias.

A função social da família deve ser destacada no momento em que busca-se a superação de um paradigma patrimonialista, conforme referem Farias e Rosenvald:

Nessa nova arquitetura jurídica, dúvida inexistente de que todo e qualquer instituto, necessariamente, tem de cumprir uma *função*, uma determinada finalidade, a qual precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de desvirtuá-lo da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais. E, naturalmente, não pode ser diferente com o Direito de Família. A aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada

com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a *funcionalidade* de seus institutos. É o que se pode chamar de *função social da família* (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 86). (grifo do autor).

A especial proteção concedida à entidade familiar e o reconhecimento de outras formas de família além daquela originada do casamento, justifica esta mudança paradigmática para realização plena da pessoa, ocorrendo assim, a repersonalização do direito, respeitando a pessoa humana e colocando o patrimônio a serviço da pessoa, e não como o fim das relações, cumprindo, portanto, com a função social da família.

A família atualmente constitucionalizada parte de princípios que devem ser norteadores de sua existência e que vão se amoldando conforme as necessidades e suas transformações, podendo-se descrever a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade como principais.

O reconhecimento do pluralismo das famílias ou suas fontes pelo constituinte certamente representou uma alteração radical naquele Direito posto, uma vez que reconheceu, recepcionou e protegeu relações interpessoais entre pessoas que não necessariamente tenham que estar casadas, sendo este o caso das famílias monoparentais e as uniões estáveis. É como refere Madaleno:

A Carta Política de 1988 cedeu espaço, proteção e, portanto, conferiu *status* e identidade civil à realidade sociológica que encarna diversificadas modelagens de constituição, estrutura e de formatação familiar existentes nesse imenso País e assim procedeu ao retirar do porão de armazenagem das categorias excluídas, as famílias naturais, assim chamadas por terem nascido da informalidade de uma relação afetiva, outrora denominada de concubinato e modernamente rebatizada com a denominação jurídica de união estável. Igual atitude teve ao alçar também para o plano da validade jurídica, a grande massa de famílias monoparentais expressamente lembradas no § 4º do artigo 226 da Constituição Federal (MADALENO, 2012).

Assim é o texto do art. 226 e seus parágrafos no que tange ao reconhecimento das novas formas de família, dispostos na Constituição Federal de 1988:

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

§ 1º - **O casamento é civil** e gratuita a celebração.

§ 2º - **O casamento religioso tem efeito civil**, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, **é reconhecida a união estável** entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como **entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes** (BRASIL, 1988). (grifos nossos).

Esta nova concepção constitucional de família é reconhecida e designada de repersonalização das relações de família, reconhecendo: que a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar; que a família assume a posição de sujeito de direitos e obrigações; que os interesses das pessoas integrantes da família têm primazia sobre os interesses patrimoniais; que a socioafetividade da filiação tem prevalência sobre a origem biológica; que os filhos são iguais, sem qualquer diferença de gênero; que existe a liberdade para constituir e extinguir a entidade familiar através do divórcio, bem como realizar o planejamento familiar sem imposição estatal e, por fim, que a família configura-se para realização pessoal e da dignidade humana dos seus membros (LÔBO, 2004, p. 144).

Da análise feita e acima exposta, percebe-se que houve o rompimento com o formalismo, típico do direito privado clássico para instaurar-se uma releitura da família, pela valorização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, superando a noção liberal-burguesa de família para apropriação de bens e valores, em caráter estritamente econômico.

O alargamento das relações interpessoais acabou por vivificar a constitucionalização das famílias e suas novas concepções. Veja-se neste sentido, o excerto a seguir:

Do conceito unívoco de família do início do século passado, que a identificava exclusivamente pela existência do casamento, chegou-se às mais diversas estruturas relacionais, o que levou ao surgimento de novas expressões, como “entidade familiar”, “união estável”, “família monoparental”, “desbiologização”, “reprodução assistida”, “concepção homóloga e heteróloga”, “homoafetividade”, “filiação socioafetiva”, etc. Tais vocábulos buscam adequar a linguagem às mudanças nas conformações sociais, que decorreram da evolução da sociedade e da redefinição do conceito de moralidade, bem como dos avanços da engenharia genética. Essas alterações acabaram por redefinir a família, que passou a ter um espectro multifacetário (DIAS, 2012a). (grifo da autora).

A interpretação extensiva de família permite assim, incluir todas as demais, já existentes, e as que futuramente venham a surgir e necessitem da tutela do Estado para existência e garantia de direitos. Importante considerar assim, que não importa ausência de normas, mas sim, pluralidade delas para construir uma família.

A família continua tendo papel importante e essencial na organização da sociedade, acolhimento e também, crescimento das pessoas, mas quando se fala em família, não há uma clareza do que se está falando, ou melhor, de qual forma de família está se referindo, razão então, da necessidade de uma abordagem plural, seja em formas, seja no termo famílias, abrangendo a todas e não discriminando nenhuma.

E, não pode-se olvidar que a evolução das famílias enquanto entidade, também é acompanhada da evolução dos laços familiares, entendidos não apenas como aqueles intrafamiliares, mas principalmente, aqueles que desenvolvem-se entre os membros da família e os institutos externos à ela.

Neste contexto, inserem-se as transformações na educação, na saúde, na ciência, nos direitos humanos, que influenciam as relações sociais e familiares, com suas tensões e pacificações, fruto do dinamismo social e familiar.

As famílias após a Constituição Federal de 1988 constituem-se em núcleo evoluído advindo da superação do desgastado modelo clássico – matrimonial, patriarcal, hierarquizado, patrimonial e heterossexual.

Há uma inversão de valores e de papéis que, por vezes se sobrepõem, outras se alternam e outras ainda, se confundem diante dos modelos familiares também por vezes confusos. Disto decorre uma análise positiva e outra negativa sobre o direito de família e as famílias, uma vez que, de um lado, pode-se considerar todas as transformações como evolução e conquista de novos direitos e garantias às famílias e, de outro, como crise e decadência de um modelo familiar que sempre foi paradigma para todas as relações, ou seja, o casamento.

Muito embora a visão positiva de evolução e conquista de novos direitos e garantias às famílias deva prevalecer, percebe-se que a Constituição deu preferência ao casamento civil, à família matrimonializada e apenas reconhecendo efeitos às outras entidades familiares. Por este motivo, insta ressaltar a importância que têm recebido as interpretações extensivas da Constituição para concretizar os direitos garantidos na Carta Constitucional.

A constitucionalização do direito de família trouxe a intervenção do Estado sobre a família, na medida do necessário, ou seja, servindo como fonte de liberação para as famílias e um auxílio paralelo às diversas entidades familiares.

Desta forma, está desenhada uma nova concepção de família (ou famílias), em que ocorre a perda da finalidade patrimonial e procriacionista

para a prioridade à pessoa humana, seu bem-estar, o afeto e o desenvolvimento, associada a um Direito de Família conectado aos direitos humanos, à cidadania e à inclusão da pessoa, seja em sua própria família, seja na sociedade.

3 Alguns aspectos importantes sobre a família multiespécie

Os crescentes avanços dos estudos jurídicos em biodireito e bioética têm contribuído para que juízes, promotores, advogados e demais operadores do direito repensassem a aplicação do direito nos casos em que envolvam animais de estimação. Como consequência, determinadas situações de aplicação do direito dos animais – registre-se, por oportuno, que tratam-se de casos extrinsecamente conexos à animais domésticos, de estimação –, demandaram com que o poder judiciário passasse a analisar não apenas o valor econômico do animal posto em meio ao litígio, mas também o bem estar do próprio animal e das pessoas em litígio.

Diante do cenário de análise do bem estar animal, surgem as questões relativas aos laços de afetividades e sociabilidade entre seres humanos e animais. Esses aspectos têm, geralmente, surgido em questões envolvendo divórcio, ou seja, no âmbito de competência do Direito de Família. A partir de então, desenvolveu-se a perspectiva de considerar-se ou não os animais como integrantes do grupo familiar.

Evidentemente, o conceito de família adotado pelo sistema jurídico brasileiro não dá conta da inserção de animais de estimação como membros de uma família composta também por humanos. Nesse sentido, projeta-se o que Hironaka (2015, p. 53) entende como ser necessário elasticizar o conceito de família:

Dizer o que a família “é” para o direito necessariamente requer que fechemos os olhos para um sem-número de fatos sociais essencialmente representativos

da família, mas que por vezes não se encaixariam nas letras frias de um invólucro qualquer do Direito positivado. Daí necessidade de que os conceitos sejam cada vez mais abertos, especialmente em matéria de família.

A partir da abertura conceitual do próprio conceito jurídico, sociológico e teleológico de família – abertura essa produzida pelas transformações socioculturais da modernidade, mais recentemente, da pós-modernidade –, e dos avanços de proteção dos direitos dos animais, abriu-se espaço para, entre as novas possibilidades de organização familiar, reconhecer-se a família multiespécie.

A família multiespécie pode ser formalmente conceituada como uma família de pessoas que possuem animais de estimação e passam a reconhecer e legitimar esses animais como membros do grupo familiar (FARACO, 2008, p. 48). Registre-se, por oportuno, que essa nova possibilidade de arranjo familiar não leva em consideração como foco os laços de consanguinidade entre as pessoas que compõem o grupo familiar, assim como já ocorre nos casos de parentesco socioafetivo e civil. Assim, o que é tomado como centro de análise, incluem proximidade, intimidade e vínculos afetivos (MACEDO, 2008, p. 63).

No âmbito da família multiespécie observa-se uma inter-relação humano animal, ou seja, uma relação entre espécies distintas. Dentro de cada grupo familiar, os animais de estimação possuem suas funções particulares, que vão desde a auxiliar na superação de doenças como a depressão, “guias” para pessoas cegas, companhias para pessoas idosas, diversão para crianças, entre tantas outras. Em alguns casos, destaca-se que os “animais de estimação são vistos como tão próximos quanto ‘o próprio filho’ pelos humanos” (SANTOS, 2008, p. 23).

São inúmeros os estudos que já demonstraram os benefícios da relação humano-animal. Destaca-se, assim, que a Associação Americana de

Medicina Veterinária (AVMA) a entende como “[...] uma relação dinâmica e mutuamente benéfica entre pessoas e outros animais, influenciada pelos comportamentos essenciais para a saúde e o bem-estar de ambos.” (FARACO, 2008, p. 32). Nesse sentido, estão incluídas “[...] as interações emocionais, psicológicas e físicas entre pessoas, demais animais e ambiente.” (FARACO, 2008, p. 32).

Essa nova configuração familiar tem sugerido um fortalecimento crescente dos laços que compõem essas novas relações entre a espécie humana e outras espécies animais. Tal observação tem apontado para o surgimento de outros novos vínculos e afetos entre homem, animal e meio ambiente.

Alguns estudos têm demonstrado uma semelhança dessa transformação com aquela vivida durante o período medieval. Ariès (1981, p. 5-23), por exemplo, aponta que, durante a idade média, as crianças que vinham a óbito ainda recém-nascidas, não traziam uma grande carga emocional de luto para a família. Isso porque, até que a criança não adquirisse a independência da mãe, ela não possuía valor e estima social.

Essa mudança na configuração familiar com o advento da família multiespécie pode demonstrar uma transformação – semelhante ao referido o parágrafo anterior – da representação dos animais na família e, conseqüentemente, na sociedade. Como corolário, estima-se uma transformação também no ordenamento jurídico, a fim de alcançar uma efetiva prestação jurisdicional que atenda a essas novas exigências.

Um ponto importante na discussão acerca dos direitos dos animais é seu reconhecimento como sujeitos de direitos. Isso porque, uma das teorias utilizadas para negar esse reconhecimento, baseia-se no fato de que, se os animais passassem a ser reconhecidos como sujeitos detentores de direitos, então não haveria distinção entre pessoas e animais, uma vez que

peças são detentores de direitos. Essa teoria, da personificação dos animais, equipararia os animais a pessoas incapazes (LOURENÇO, 2008, p. 484-485).

Como teoria oposta, e adotada neste estudo, entende-se que o reconhecimento de animais como sujeitos de direitos não os equipara a pessoas. Para isso, utiliza-se a teoria da despersonalização, ou seja, os animais seriam reconhecidos como sujeitos de direitos, mas não seriam equiparados a pessoas, mas sim como entes despersonalizados (LOURENÇO, 2008, p. 485). Entes despersonalizados, reconhecidos como detentores de direitos, já são uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo exemplos, a massa falida, a herança (jacente ou vacante), o espólio, o condomínio, entre outros.

4 A família multiespécie e a natureza como sujeito de direitos

Considerando-se o exposto acerca dos pontos conceituais da família multiespécie, passa-se para a análise da sustentabilidade, visto que é a partir do seu desenvolvimento teórico que os estudos brasileiros passaram a verificar a possibilidade de a natureza ser considerada como um sujeito próprio⁹. Como consequência, a mesma necessitaria de proteção legal e, portanto, estaria a incluir-se os animais de estimação também como sujeitos de determinados direitos.

Para fins deste estudo, uma rápida passagem pelo termo sustentabilidade demonstra que este encontra-se desgastado pelos meios de comunicação que, ao disseminarem projetos ambientalista, projetos de empresas e demais projetos com interesses puramente econômicos,

⁹ Essa ideia é realidade para países como Equador e Bolívia, sendo que os povos andinos denominam a natureza de *pachamama*. Para maiores estudos, conferir: ZAMBOTTO, Martan Parizzi. Reflexões sobre a superação do paradigma antropocêntrico para a preservação ambiental na América do Sul: os casos da Bolívia, Equador e Brasil. In: AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de (Org.). **As andarilhas da sustentabilidade no século XXI**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

referem-se à sustentabilidade como sinônimo de “desenvolvimento sustentável”, quando na verdade seu real conceito deve exalar preocupações de ordem profunda, ampla e paradigmática. O “desenvolvimento sustentável” é apenas uma das características da Sustentabilidade, ou seja, esta engloba-o. Para Boff, Sustentabilidade significa, fundamentalmente:

[...] o conjunto dos processos e ações que se destinam a manter a vitalidade e a integridade da Mãe Terra, a preservação de seus ecossistemas com todos os elementos físicos, químicos e ecológicos que possibilitam a existência e a reprodução da vida, o atendimento das necessidades da presente e das futuras gerações, e a continuidade, a expansão e a realização das potencialidades da civilização humana em suas várias expressões (2012, p. 14).

Verifica-se que, para o referido autor, o conceito de sustentabilidade é pluralista e envolve mudanças dos atuais comportamentos humanos, com graus elevados de amplitude. Contudo, essa transformação do agir do homem pode ser expressa, nesse caso, nos vínculos entre homem e animais, abordada pela capacidade de abrangência da família multiespécie.

A mudança do paradigma antropocêntrico para o paradigma ecocêntrico, reconfigura o agir humano e sua relação com a natureza. Assim, Zambotto (2015, p. 130) dispõe que “nesse contexto (ecocentrismo) a relação homem/natureza é radicalmente redimensionada, deixando o homem de ser um “parasita”, e passando a ser um integrante da vida do Planeta.” A partir desta alteração paradigmática, buscam-se modificações no comportamento humano que desenvolvam um espírito de coletividade¹⁰ entre

¹⁰ “Pensarmos no estatuto moral e jurídico dos não-humanos permite-nos refletir acerca da reestruturação ética de nossa própria sociedade. Permite-nos ao menos tentar redefinir as responsabilidades em que somos investidos. A mudança de paradigma de animais como meras coisas para animais como sujeitos de direitos se insere num contexto histórico em que a simbiose e a mutualidade do ser humano com a natureza se faz premente. Nossas vulnerabilidades e dependências são partilhadas.” (LOURENÇO, 2008, p. 542).

o homem, os demais seres vivos e a Natureza, independentemente da importância de tais seres para a vida humana.¹¹

Os novos vínculos entre homem e animal, que passam a ser reconhecidos e protegidos pela família multiespécie, legitimam uma nova proteção desses animais de estimação. Essa proteção, ainda que se restrinja aos cuidados do âmbito familiar, corporifica-se como uma das manifestações do agir humano que demonstra um espírito de união e cuidado com esses animais. Como membros da natureza, os vínculos entre homem e animal são também vínculos entre homem e natureza.¹²

Diante dessa possibilidade de configuração familiar, uma Vara de Família do Estado do Rio de Janeiro foi demandada a se pronunciar sobre a guarda de um cachorro bulldogue francês Braddock, após a separação dos donos. Diante do caso, a juíza proferiu a sentença entendendo que, apesar de serem considerados bens semoventes pelo direito civil, é inegável a criação de vínculos e a troca de afetos entre o animal e os ex-cônjuges (SEGUIN; ARAÚJO; NETO; 2016).

Para resolver o litígio da guarda do cachorro, a juíza definiu a guarda alternada de quinze dias para cada ex-cônjuge. De acordo com o entendimento da magistrada, apesar de a guarda alternada ser um instituto “[...] aplicável aos filhos menores em razão do poder familiar, ele pode ser utilizado, por analogia aos casos relativos aos animais de estimação, conforme preceitua do art. 4º da LINDB.” (SEGUIN; ARAÚJO; NETO; 2016).

No Brasil, o reconhecimento da família multiespécie começa a ser discutido e possivelmente implementado no ordenamento jurídico por meio

¹¹ Primeiro princípio da Carta da Terra: “Reconhecer que todos os seres são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos.” (A CARTA DA TERRA, 2000).

¹² “A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedade, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes destes processos).” (CAPRA, 2000, p. 260).

de um Projeto de Lei, que visa estabelecer as premissas para que o juiz possa decidir sobre a guarda dos animais.

Desde uma perspectiva antropocêntrica de família, o ordenamento jurídico brasileiro classifica os animais não humanos como coisas a serem partilhadas pelo casal, nos casos de dissolução da relação, pois eles se encontram entre os bens de propriedade do casal. Rompendo com essa perspectiva, o bem-estarismo animal propõe que a questão a ser discutida não seja a propriedade, mas sim o afeto que circunda esta relação. Amparado nessa perspectiva bem-estarista, está em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de lei 1.365/2015, que dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade conjugal, e fornece orientações de como o magistrado deverá decidir (GEISSLER; JUNIOR; DISCONZI; 2017, p. 14).

A iniciativa do Projeto de Lei 1.365/2015, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados, procura estabelecer as premissas para a definição da guarda do animal a partir de aspectos que levem em consideração o bem-estar animal. Essa postura é oposta ao preceituado pelo direito civil, eis que esse estabelece que o animal é apenas um bem semovente e, assim sendo, possui apenas valor econômico.

A valorização do bem-estarismo animal como vetor que visa direcionar a decisão do juiz, inicialmente nos casos da guarda, é um aspecto de relevância para a mudança do paradigma antropocêntrico para o ecocêntrico. Isso porque, ao reconhecer ao animal a premissa de valorização de seu bem-estar, impõe que os ex-cônjuges deixem de ser considerados apenas donos do animal – ou seja, propriedade privada de um indivíduo –, reconhecendo-se a importância de observação dos vínculos de afetividade e socialidade entre o homem e o animal. A preservação desses vínculos por meio da guarda alternada, por exemplo, mostra-se como uma medida que protege o animal de um “abandono afetivo”.

Como consequência do reconhecimento dos animais, ou mesmo da natureza, como um sujeitos de direitos, advém questionamentos quanto à representação desses sujeitos em casos de pleito judicial:

O animal como sujeito de direitos já é concebido por grande parte de doutrinadores jurídicos de todo o mundo. Um dos argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente, e podem comparecer em Juízo para pleitear esses direitos, também os animais tornam-se sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem. Embora não tenham capacidade de comparecer em Juízo para pleiteá-los, o Poder Público e a coletividade receberam a incumbência constitucional de sua proteção. O Ministério Público recebeu a competência legal expressa para representá-los em Juízo, quando as leis que os protegem forem violadas. Daí poder-se concluir com clareza que os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres relativamente incapazes ou os incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas. (DIAS, 2005).

A família multiespécie desempenha papel importante no desenvolvimento humano-social-ambiental, eis que é elemento importante para a consolidação da capacidade humana de relação interespecies, e entre essas e o meio ambiente. É também por meio da manifestação da família multiespécie que o paradigma antropocêntrico visível e gradativamente passa a ceder espaço ao ecocentrismo, como atitude humana de valorização e reconhecimento de outras espécies como membros de uma família.

A alteração do *status* jurídico dos animais de coisas para seres sencientes não se detém ao aspecto estritamente jurídico. Depende de um imbricado conjunto de fatores “[...] relacionados à modificação de nossas estruturas ideológicas, culturais e sociais que, inadvertidamente, quase sempre optam por privilegiar os interesses humanos, ainda que banais,

em detrimento de outros muito mais relevantes titularizados por não-humanos.” (LOURENÇO, 2008, p. 535).

Impera destacar que a atribuição de direitos a entes não humanos, como à natureza e aos animais, não implica uma quebra de conceitos jurídicos, sendo, pelo contrário, uma virada paradigmática que acarreta uma alteração no modo de pensar e agir humano, tendo como consequência a ampliação do círculo dos chamados “sujeitos de direitos” (LOURENÇO, 2008, p. 538).

Conclusão

É manifesto o reconhecimento de que os estudos sobre família multiespécie e seus primeiros aspectos adotados em decisões judiciais, no Brasil, têm desenvolvido importantes avanços na proteção dos animais de estimação. Esses elementos, somados ao Projeto de Lei que visa estabelecer premissas para a guarda desses animais, voltam-se à confirmar o reconhecimento de determinados direitos aos animais de estimação.

O bem-estarismo animal, adotado pelo Projeto de Lei e observado no caso de aplicação da guarda alternada de animais de estimação, evidenciam a preocupação com os vínculos e com a afetividade humano-animal. Essa postura permite que seja confirmada a hipótese do presente estudo, ratificando afirmativamente o problema de pesquisa, qual seja, de que os desdobramentos científicos, legais e jurídicos da família multiespécie constituem-se como um prólogo para o possível reconhecimento da natureza como ser próprio e detentor de direitos.

Por fim, a família multiespécie tende a demonstrar o sentimento de pertença do humano no mundo e de como os sistemas naturais são conexos e complementares. De tal modo, a proteção aos animais de estimação é apenas um dos incontáveis modos do homem agir, a partir da ética do

cuidado frente à natureza, com a responsabilidade de manutenção de uma convivência saudável e sustentável entre homem, animais e natureza.

Referências

A CARTA DA TERRA. **A Iniciativa da Carta da Terra – Brasil, 2000**. Disponível em: <<http://www.cartadaterrabrasil.com.br/prt/text.html>>. Acesso em: 28 maio 2018.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: O que é - O que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. São Paulo: Cultrix, 2000.

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

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 897, 17 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7667>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

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

DIAS, Maria Berenice. **Novos tempos, novos termos**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_novos_tempos_-_novos_termos.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

FARACO, Cerges Berges. Interação humano-animal. **Ciência Veterinária Nos Trópicos**. Recife: Editora Aurea Wischral, v. 11, N° supl. 1, p. 31-35, jan/abr 2008. Disponível em: <<http://www.rcvt.org.br/suplemento11/31-35.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves. Direito Constitucional à Família (ou Famílias Sociológicas versus Famílias Reconhecidas pelo Direito: Um Bosquejo para Uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional). **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, Ibdfam, v.6, n. 23, Abr./Maio, 2004, p. 5-21.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GEISSLER, Ana Cristina Jardim; JUNIOR; Ademar Pozzatti; DISCONZI, Nina. Reconhecimento dos animais de estimação como membros da família multiespécie, no ordenamento jurídico-brasileiro. *In*: BIASOLI, Luis Fernando; CALRGARO, Cleide. (Org.). **Fronteiras da bioética: os reflexos éticos e socioambientais**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2017.

HANACUNI, Fernando. **Buen vivir / Vivir bien: filosofia, políticas, estratégicas y experiencias regionales andinas**. Peru: CAIO, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. *In*: **Tratado de direito das famílias**. Rodrigo da Cunha Pereira (Org). Belo Horizonte: IBDFam, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, Ibdfam, v.6, n. 24, jun./jul., 2004, p.136-156.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MACEDO, Rosa Maria Stefanini. **Terapia familiar no Brasil na última década**. São Paulo: Roca, 2008.

MADALENO, Rolf. 2012. **Direito de família: Constituição e constatação**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/rs>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SANTOS, Isabella Bertelli Cabral dos. Por que gostamos de nossos cachorros? **Psique Ciência & Vida**. São Paulo: Editora Escala, v. 32, p. 20-25, 2008. Disponível em: <http://www.ip.usp.br/imprensa/midia/2008/rev_psiq_set2008.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2018.

SEGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista do Tribunais, v. 82, abr.-jun. 2016.

ZAMBOTTO, Martan Parizzi. Reflexões sobre a superação do paradigma antropocêntrico para a preservação ambiental na América do Sul: os casos da Bolívia, Equador e Brasil. *In*: AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De (Org.). **As andarilhagens da sustentabilidade no século XXI**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

A complexidade do reconhecimento do instituto das famílias simultâneas no Estado do Rio Grande do Sul

*Lauren Raquel da Costa*¹

1 Introdução

Conforme a legislação constitucional e civil, tal como o entendimento doutrinário, o Direito de Família perpassou por severas mudanças nas últimas décadas; especialmente após o advento da Constituição de 1988. Tanto o é que a partir da expansão desse ramo do direito, passou-se a fazer uso da expressão Direito das Famílias.

Considerando os novos modelos familiares albergados pelo Direito das Famílias, este trabalho visa analisar a situação das famílias simultâneas do estado do Rio Grande do Sul. Sobretudo, a pesquisa se volta ao (não) reconhecimento e à (não) garantia de direitos a essas famílias, a partir das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Assim, partindo-se da (r)evolução histórica que o Direito das Famílias brasileiro enfrentou nas últimas décadas, fato que originou diversos novos modelos de famílias, questiona-se: Como e em que medida o instituto das famílias simultâneas tem sido reconhecido pela justiça do Rio Grande do Sul nos últimos cinco anos?

¹ Mestranda em Direito da Faculdade Meridional de Passo Fundo (IMED), Linha de Pesquisa - I: Fundamentos do Direito e da Democracia - Área de concentração - Direito, Democracia e Sustentabilidade. Membro do Grupo de Pesquisa "Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos", vinculado ao Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito da Faculdade Meridional (IMED). Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Damásio Educacional. Bacharela em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Advogada. Experiência profissional na área de Direito de Família e Sucessões e Direito Administrativo. Linha de pesquisa e produção científica: Direitos Humanos; Direito de Família e Sucessões e Direito da Criança e do Adolescente. E-mail: laurenbdacosta@gmail.com.

A hipótese inicial é que o referido instituto, família simultânea, não tem tido êxito quando do pleito do seu reconhecimento; singularmente pelo fato da vigência do Princípio da Monogamia.

O objetivo deste trabalho é examinar como e de que forma o Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul tem (ou não) reconhecido a existência do instituto das famílias simultâneas nos últimos cinco anos. Ademais, visa entender a atual concepção de unidade familiar, enfatizando-se a conceituação das famílias simultâneas.

A magnitude deste trabalho está na sua temática, considerando, sobretudo, que aborda questões referentes à base de toda e qualquer sociedade - a família. Assim sendo, apresenta-se pertinente no âmbito do debate jurídico-pragmático acerca das relações de família, dando ênfase à proteção dos direitos fundamentais como aspecto relevante no anseio de se estabelecer uma concepção integradora de família.

Inobstante, trata-se de uma pesquisa atual e que vai de encontro de toda mudança que já houve e que ainda há no contexto do Direito das Famílias.

O conteúdo abrangido por este trabalho é transdisciplinar; parte do domínio do direito privado, contemplando, especialmente, o Direito das Famílias, chegando até a seara da filosofia teórico-política, por meio da busca da compreensão da aplicação da justiça na garantia de direitos às famílias.

A originalidade do trabalho está pautada no fato de que propõe uma reflexão contrária ao que o Direito das Famílias pátrio tenta, hodiernamente, expor acerca da inclusão dos novos modelos de família; opondo-se à ideia de se englobar os mais diversos tipos de famílias, sob pena de que não lhes seja garantido um mínimo existencial.

Sumariamente, o ordenamento jurídico brasileiro ainda apresenta dificuldade em proporcionar às novas famílias uma garantia mínima de

direitos, motivo pelo qual a abordagem dessa temática é importante à sociedade em geral.

Ainda, o presente trabalho encontra a sua justificativa por estar ligado ao GT2: Direito Civil e Processo Civil, do XIII Seminário Acadêmico da Escola de Direito e Seminário Internacional de Direito, Democracia e Sustentabilidade do PPGD IMED.

Quanto à sua organização; este trabalho é dividido em dois capítulos; sendo que o primeiro discorre acerca do Direito das Famílias, com ênfase no instituto das famílias simultâneas e o segundo trata de analisar o seu (não) reconhecimento no estado do Rio Grande do Sul nos últimos cinco anos.

A pesquisa fará uso do método de abordagem dedutivo, já que provém de um conceito mais amplo e chega a um ponto mais específico. No caso em tela, explora-se o reconhecimento e a existência de direitos aos novos modelos de famílias, por meio de uma contemporânea das mudanças na formação da família, bem como se debruça sobre uma profunda análise acerca das novas entidades familiares, especialmente no tocante ao reconhecimento das famílias simultâneas.

O método de procedimento adotado é o monográfico, pois os elementos trabalhados têm como base uma bibliografia diversificada, centrada em um aspecto pontual, a fim de proporcionar um aprofundamento específico e a técnica de pesquisa é à documentação indireta, considerando que será utilizada a pesquisa bibliográfica, tal como pesquisa empírica baseada em fonte primária; jurisprudência e legislação pátria.

2 Direito das famílias: o instituto das famílias simultâneas

É sabido que a revolução do direito de família continua a ocorrer, mormente no que se refere aos novos modelos familiares, o que levou

alguns doutrinadores a conceituar esse ramo do direito no plural – Direito das Famílias.

Importa considerar que o ramo do direito diretamente ligado à vida privada é o Direito das Famílias, partindo da ideia de que todos viemos de uma família e, posteriormente, mantemo-nos ligados à ela por meio do casamento ou da união estável. A área do Direito das Famílias está fundamentada além do formalismo jurídico, pois se mantém na comunicação, no bom senso e na percepção. Nessa esfera, os operadores do direito examinam diretamente a problemática vivida pelos jurisdicionados, fatos que necessitam de decisões cautelosas e ágeis (GONÇALVES, 2014, p. 17 e FRAGOSO, 2011, p. 1).

Foi longo o processo evolutivo do Direito de Família, mas essenciais suas mudanças, afinal, atualmente a proteção da entidade familiar é muito mais ampla. Ao perder seu caráter patriarcal e patrimonial, o instituto da família passou a ser compreendido como “[...] uma instituição a ser defendida a qualquer custo, para inaugurar a ideia de família como um espaço de promoção de dignidades e afeto [...]” (CRUZ, 2014, p. 14). Desse modo, para além da instituição familiar em si, merecem proteção de direitos cada um de seus componentes.

Atualmente a concepção de família é de difícil compreensão, pois apresenta diversas contradições. Dessa forma, nem a legislação civil define sua conceituação. De outra sorte a Sociologia, a Antropologia e o próprio Direito, entendem que não é necessário existir um conceito específico para os fenômenos sociais. Assim, a extensão do conceito de família varia até mesmo entre as áreas do direito, podendo, portanto, existir concomitantemente diferentes ideias sobre o que é a família (VENOSA, 2014, p. 1).

Sob essa égide, a noção de família é muito variável, podendo ser entendida ora como núcleo social, sendo que em momentos posteriores pode

se considerar um agrupamento de parentes consanguíneos ou afins; também pode ser vista como uma união que se dá através do casamento e da filiação, às vezes, é considerada um grupo ligado de maneira espiritual; material ou intelectual e, ainda, entende-se que a família é movida pelo afeto (GIORGIS, 2010, p. 20).

É amplo o conceito de família na seara jurídica, que varia de acordo com área do Direito que irá fazer-se uso – previdenciário, sucessório, fiscal. Assim, denota Diniz que importa “[...] vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade”. A importância da família está na garantia da evolução e da realização pessoal das pessoas que a compõe (DINIZ, 2013, p. 27).

A família teve seu conceito alargado; passando a abrigar os vínculos criados pela presença de uma união. Com a ruína o ideal patriarcal, o afeto passou a ser o fundamento para a identificação de uma entidade familiar; é por meio dele que nascem diversas espécies de família, sem a necessidade de um conceito fechado. Assim, basta que o exista um elo amoroso para que uma entidade familiar seja reconhecida (DIAS, 2015, p. 01).

Atualmente, as relações intrafamiliares - seja entre os companheiros, entre pais e filhos ou entre todos os membros de uma família e destes com a sociedade – são difíceis de se explicar, impossibilitando expor o que é atraso ou progresso. Essas relações devem ser interpretadas sob uma ótica equilibrada para serem entendidas de forma justa. A inexistência de uma definição para família deve ser vista de maneira positiva, pois reflete a admissão da família como uma sociedade merecedora de proteção e respeito, independentemente de como é composta (LAGRASTA NETO, 2012, p. 25 e SIMÃO, 2012, p. 224).

O Estado passou a se importar mais com as relações que possuem vínculo familiar e suas respectivas formas. Com isso, a proteção constitucional está, progressivamente, se ampliando com o intuito de proteger os interesses dos novos tipos de famílias. Assim, entende-se que a nova concepção de família “[...] parte de princípios básicos, de conteúdo mutante segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade” (LÔBO, 2011, p. 2).

É sobre o núcleo familiar que se encontra o esteio estatal; é sobre esse núcleo que está assentada a sociedade em si. A família é merecedora da proteção estatal *lato sensu*, pois se trata de uma comunidade essencial. Nesse passo, tanto a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), como o Código Civil de 2002 (CCB/02), se dirigem à família e fundamentam sua respectiva composição. Porém, não definem um conceito exato do que é a família, considerando não há unicidade em relação a esse conceito (GONÇALVES, 2014, p. 17).

Com o advento do século XXI, a legislação pátria passou a admitir uma pluralidade de entidades familiares, a ser protegida, prevalecendo, então, o modelo de família democrático. Tal mudança deu fim à existência do modelo *pater familias*, onde cabia ao marido comandar todas as decisões pendentes da sociedade conjugal, conforme garantia o Código Civil de 1916. Essa situação foi definitivamente extinta com o advento da CRFB/88, que igualou os direitos e deveres do marido e da mulher sobre a família (artigo 226, §5º) (SIMÃO, 2012, p. 224-225).

O princípio constitucional da igualdade entre homem e mulher e também entre a prole, implícito no *caput* do artigo 5º da CRFB/88, foi o causador da considerável mutação do direito de família. A fundamentação tradicional da família se desfez, especialmente no que tange à grande divisão entre as pessoas de acordo com os interesses patrimoniais. Esse princípio garante que todas as famílias possam ser inseridas no âmbito

social, tendo a devida proteção, em um meio onde todos os seus componentes sejam capazes de se desenvolver conforme o potencial e especificidades de cada um (LÔBO, 2011, p. 12 e MALUF; MALUF, 2013, p. 38-39).

A busca de proteção da dignidade humana e da felicidade de seus membros contempla formas plurais de entidades familiares. Diversas modalidades de convivência foram emolduradas pela Constituição Federal de 1988, passando então a ter existência e relevância jurídica. Nesta linha, a família, neste final de século, ganha um novo contorno, passando ser o centro de realização da pessoa, uma comunhão de afeto, o seu fim último de vida em sociedade (FACHIN, 2001, p. 131).

O entendimento contemporâneo também difere daquele que tinha como objetivo fortalecer a família para ter um Estado mais forte. Atualmente o poder estatal se importa em garantir proteção também aos conjuntos familiares que não são essencialmente compostos por pai, mãe e filhos. Isso se dá em razão do aumento do número de extinções matrimoniais. Assim, não há mais a exigência da família formal ou aquela constituída pelo casamento (RIZZARDO, 2014, p. 211).

Nessa perspectiva, o conceito fechado de família tradicional foi abandonado. O artigo 226 da CRFB/88 passou a reconhecer outras entidades familiares como, por exemplo, a união estável. Contudo, tanto o entendimento doutrinário como o jurisprudencial mencionaram que esse artigo não é taxativo, pois “[...] o Direito deve proteger todas as formas de família, não apenas o casamento, a união estável e as famílias monoparentais” (FACHIN, 2001, p. 131 e PEREIRA, 2012, p. 23-24).

A palavra “repersonalização” é utilizada para definir toda essa evolução jurídica referente à formação da família. Esse processo de

“repersonalização” acaba por enfatizar mais a dignidade da pessoa humana, já que o foco da proteção jurídica é cada sujeito de direito. Essa terminologia – repersonalização – “[...] é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da dignidade de seus membros como pessoas humanas concretas, em suma, do humanismo que só se constrói na solidariedade, com o outro” (LÔBO, 2011, p. 13-14).

O CCB/02, contudo, também traz a proteção da família matrimonial, ou seja, aquela que está fundada no casamento. Assim, o artigo 1.513 dessa legislação protege esse núcleo familiar de tal forma que impede que terceiros venham a interferir (BRASIL, 2002).

Não se desconhece a mudança substancial sofrida nos relacionamentos amorosos nos últimos tempos. Houve uma redução de casamentos, assim como um considerável avanço do número de pessoas que preferem viver em companheirismo ou em uniões informais. Chegou a dizer-se que o casamento estava falindo como instituição, porque diminuíram os tradicionais namoros e noivados, em virtude do surgimento de um novo código de relacionamento entre os jovens, o ficar com. Apesar disso, não se vê qualquer sinal de abandono ou esquecimento da instituição matrimônio, como forma legal de união entre pessoas de sexos diferentes (FONSECA, 2004, p.13).

De outra forma, há quem entenda que referida proteção também deve estender-se às demais espécies de família. Nesse sentido, ainda que o núcleo familiar não seja constituído com base matrimonial, não pode receber interferência externa quanto à sua desconstituição; salvo exceções (como é o caso da necessidade de interferência estatal) (LAGRASTA NETO, 2012, p. 26).

A CRFB/88 coloca a família como pilar da sociedade, o que gera certa limitação do poder estatal. Dessa forma, fica assegurada a inviolabilidade da família, pois se esta for atingida, conseqüentemente o próprio Estado é atingido. Contudo, há a necessidade de interferência estatal em questões

relativas ao interesse público, não podendo determinadas decisões serem exclusivas da família. Assim, exemplificativamente, caberá ao Estado interferir na educação, profissionalização, políticas públicas, planejamento familiar global, assistência mútua dentre os membros de uma mesma família, eliminação da violência dentro do lar, etc. (LÔBO, 2011, p. 5).

Importante salientar que para o direito há três conceitos diferentes da palavra família, que são: amplíssima; *lata* e restrita. A primeira espécie - família amplíssima - acolhe tanto aqueles que estão ligados pelo sangue como os parentes afins. Já a família *lata* compreende marido e mulher (ou companheiros), sua prole, os familiares em linha reta ou colateral, assim como os parentes afins ou naturais. A família restrita, por sua vez, abrange apenas o casal e seus filhos (DINIZ, 2013, p. 23-24).

Para Rizzardo (2014) a família moderna pode ser classificada sob uma ótica estrita e outra ampla, que, por sua vez pode ser compreendida de duas maneiras diferentes. Assim, em sentido estrito, a família está composta por “[...] pais e filhos, apresentando certa unidade de relações jurídicas, com idêntico nome e o mesmo domicílio e residência, preponderando identidade de interesses materiais e morais. De outro modo, em um sentido abrangente, a família pode ser compreendida por “[...] membros unidos pelo laço sanguíneo, constituída pelos pais e filhos, nestes incluídos os ilegítimos ou naturais e os adotados” ou, ainda, pode abarcar o casal e respectivos filhos, além dos parentes colaterais e os afins (RIZZARDO, 2014, p. 11).

A eclosão da família matrimonial hierarquizada surgiu ante a possibilidade da aceitação dos mais variados modelos de famílias, suplantando a ideia da entidade familiar matrimonial, podendo ser considerada essa ideia como preconceituosa e obscura. A partir de então, entre a pluralidade de famílias que passaram a existir, possível citar modelos como: família

anaparental – constituída por aqueles que não sejam ascendentes/descendentes; família mosaico – formada pela união de duas pessoas que trazem seus respectivos filhos de uniões anteriores (SIMÃO, 2012, p. 222 e GIANCOLI; MARINELI, 2014, p. 265).

De maneira sintética, diante do que se expôs, observa-se as profundas transformações pelas quais perpassou/passa o Direito de Família, a fim de se adaptar à contemporaneidade, considerando a constante modernização que se vive, principalmente no que tange à atualização jurídica. É clarividente que as famílias atuais contam com a proteção fundamental do princípio da afetividade, não estando essencialmente fundadas no casamento; o que leva à existência de variadas concepções da palavra família.

Assim, a concepção de família é muito variada e ampla não havendo apenas uma espécie de família, mas várias - as quais tem o afeto como sustentáculo. A família contemporânea se destituiu completamente do conceito de família matrimonial hierarquizada, o que ocorreu especialmente quando as mulheres ingressaram no mercado de trabalho, fato que foi corroborado e ganhou mais espaço com o advento da CRFB/88.

De antemão, vale rememorar que há todo um contexto de modificações sofrido pela família, seja quanto à “[...] concepção, estrutura e valores da família ratificadas pelo próprio constituinte [...]”, promoveu também, na seara jurídica, a possibilidade de se reconhecer o que pode ser chamado “pluralismo familiar”. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que entre o exposto na legislação e o que nos é mostrado em cada caso concreto, há uma verdadeira disparidade quanto à concessão de garantias; sendo que sempre há a procura de respostas possíveis de abarcar a promoção da dignidade da pessoa humana (FERRARINI, 2010, p.87).

A partir das últimas décadas do século XX, em virtude das mudanças não apenas na família, mas em toda a realidade social, tem-se um ambiente ainda mais

propício a situações da simultaneidade familiar. Isso porque, se a família extensa e transpessoal reduzia a possibilidade de formação de centros de coexistência familiar autônomos, a família nuclear é condição que torna mais viável a emergência de relações conjugais concomitantes (FERRARINI, 2010, p. 92-93).

Posto isso, se faz necessário compreender, ainda que a realidade vivida pelas famílias simultâneas, que são componentes desse novo cenário familiar, mas que, por muitas razões, não estão em evidência e/ou não são amplamente expostas, se comparadas a outros tipos de entidades familiar.

Esse modelo de família tem como característica principal o fato de um de seus membros participar ou ser “cônjuge” de duas famílias distintas ao mesmo tempo. Apesar de a família simultânea contrariar o Princípio da Monogamia, entende-se que não pode ser considerada como concubinato porque há a formação de uma segunda família, ao passo que na relação concubinária existe apenas uma família que antecede essa relação (MALUF; MALUF, 2013, p. 42).

Em contrapartida, é preciso que se evite a confusão entre famílias simultâneas e união poliafetiva (poliamorismo). Nesse viés, de acordo com o entendimento de Maria Berenice Dias (2015, p. 138), quando mais de duas pessoas coabitam e, conseqüentemente, há um vínculo entre essas pessoas, configura a formação de uma união poliafetiva. A família poliafetiva difere da família simultânea pelo fato de que na primeira, todos convivem e colaboram para o funcionamento dessa entidade familiar:

[...] a família poliafetiva, integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional. É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infieis quando homens e mulheres convivem abertamente relações afetivas

envolvendo mais de duas pessoas. Vivem todos em notória ponderação de princípios, cujo somatório se distancia da monogamia e busca a tutela de seu grupo familiar escorado no elo do afeto. (MADALENO, 2013, p. 26).

Retomando a inserção das famílias simultâneas no nosso ordenamento jurídico, após um longo e contínuo período de mudanças sofridos pelo Direito das Famílias pátrio, imperioso destacar que é evidente que ainda há discordâncias entre o exposto na lei e a realidade vivida por essas famílias, o que, conseqüentemente, gera reflexos no contexto jurídico. Fato é que a família simultânea não se ajusta às condições constitucionais expressas, sendo que para conseguir espaço e dignidade no contexto jurídico, o faz “por meio da porosidade do sistema aberto” (FERRARINI, 2010, p. 135).

Ocorre que é justamente por suas peculiaridades que as famílias simultâneas precisam se socorrer da doutrina e da jurisprudência quando da busca pela efetivação de direitos. É que, além de demonstrar os requisitos da configuração da união estável, como, por exemplo, de que se trata de um relacionamento duradouro, para que não seja confundida com um namoro ou mera “concubinação”. Cabe ainda à essa entidade familiar, especialmente para quem requerer seu reconhecimento, demonstrar que não sabia da preexistência de outra família – ponto que configuraria o paralelismo, propriamente dito. Inobstante, é evidente que de alguma forma, para sua configuração, a família simultânea deve estar baseada no afeto.

Para alguns doutrinadores, o fato de a legislação constitucional não apresentar um rol taxativo de famílias pode ser prejudicial para as famílias simultâneas que acabam dependendo do Estado-juiz para tutelar sua situação. Assim sendo, ao Estado-juiz, por sua vez, descabe ignorar a existência dessas famílias, pois “[...] havendo família, haverá tutela constitucional com idêntica atribuição de dignidade a chancela de seus efeitos pelo Estado-juiz” (FERRARINI, 2010, p.135).

Nesse contexto que se constata a contribuição da doutrina, dos deveres de proteção, na medida em que impõe ao Estado, em todas as suas articulações, o dever de proteger e promover os direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares. Depreende-se daí um dever do Estado-juiz, no sentido de reconhecer a existência das famílias simultâneas como um arranjo familiar compatível com a proteção constitucional, disto extraindo os seus respectivos efeitos (FERRARINI, 2010, p. 136).

A jurisprudência tem compreendido que as normas que regem a união estável devem abarcar a união concubinária, já que esta também é uma sociedade familiar. Os entendimentos que tem se destacado nesse sentido provêm dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porém, ainda há entendimentos contrários, especialmente no que dispõe o Superior Tribunal de Justiça, o qual concede aos concubinos apenas direitos obrigacionais (TARTUCE, 2012, p. 325).

Corroborando Venosa (2014, p. 41) que a legislação previdenciária, amparada por reforço jurisprudencial, permitiu o rateio da pensão por morte entre a esposa e a companheira. Por outro lado, a Lei de Registros Públicos permitiu que, se existisse filhos ou se a união perdurasse por mais de cinco anos e desde que nenhum dos companheiros fosse casado, haveria a possibilidade de a mulher incluir o sobrenome do seu companheiro.

Assim, pode-se dizer que é recente a preocupação do Estado em proteger as entidades familiares em sua integralidade, mas isso não se dá forma efetiva. Muito embora o ordenamento jurídico tenha ampliado a proteção às famílias, ainda não tem nenhuma previsão relativa às famílias simultâneas, outrora consideradas relações concubinárias.

Importa salientar que essas famílias, por vezes, encontraram amparo no Direito das Obrigações, sendo, portanto, coisificadas. Porém, com toda a (r)evolução social pela qual se passa, conforme já foi exposto, essas

famílias têm, recente e vagarosamente, conseguido alguma garantia através de decisões jurisprudenciais na seara do Direito das Famílias.

3 Discussão acerca das decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que abrangem o (não) reconhecimento das famílias simultâneas

O presente capítulo analisa relevantes decisões jurisprudenciais provenientes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos últimos 05 anos, desde o ano de 2013 até o presente momento; na tentativa de mostrar, ao menos em âmbito regional, como e em que medida tem sido concedido ou não direitos às famílias simultâneas, de modo especial em relação ao seu reconhecimento. Ressalta-se que essas decisões podem ser consideradas reflexos da revolução sofrida pelo Direito das Famílias nas últimas décadas.

Para a realização da pesquisa, fez-se uso da inserção das palavras-chave “família simultânea” no campo de pesquisa do cito Tribunal, no sítio eletrônico *www.tjrs.jus.br*, nas respectivas guias: “jurisprudência”; “pesquisa de jurisprudência”. Destaca-se que, dentro dessas delimitações, foram encontradas 43 decisões, das quais 10 foram analisadas, considerando que algumas, ainda que contivessem as palavras-chave da busca, não tem o mesmo condão aqui trabalhado.

A primeira decisão pesquisada é uma Apelação Cível², oriunda de uma Ação Declaratória de União Estável; onde a Oitava Câmara Cível do TJ/RS firmou sua decisão na jurisprudência consolidada pelo STJ e pelo STF. No caso, ao invocar o Princípio da Monogamia, ponderou que entre as partes houve uma relação adúltera, impossível de ser reconhecida

² Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. COMPANHEIRO FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. [...] POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O DES. RELATOR. (Apelação Cível Nº 70051386100, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/02/2013).

pelo ordenamento jurídico pátrio, que adota o Princípio da Monogamia (BRASIL, 2013).

Ainda, foi dito que o reconhecimento desse tipo de união poderia amealhar vantagens maiores que o próprio casamento, considerando a nulidade existente quando da contração de um segundo casamento. Além do mais, foi exaltado que a admissão de “[...] uma relação adúlterina significa afronta direta à norma, cuja não aplicação somente se justificaria sob o argumento de sua inconstitucionalidade”. Reputou-se que também não foi provado que o *de cuius* houvesse se separado de fato da sua esposa. Sumariamente, tal união estável paralela não foi reconhecida, sendo mantida a sentença de primeiro grau (BRASIL, 2013).

Nos mesmos termos da decisão alhures também Oitava Câmara Cível julgou a Apelação Cível nº 70052292943, em 07 de fevereiro de 2013, tendo como relator o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porém, neste outro caso, também foi julgada, improcedente, questão relativa a cerceamento de defesa.

Em 2014, o Tribunal em comento, julgou Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável paralela a outra união estável (AC nº 70058247826³). Nesse sentido, foi corroborado o entendimento de que não havia a configuração da segunda união, pois, “[...] não é razoável se admitir como apto a constituir uma entidade familiar produtora de todos os efeitos jurídicos uma união simultânea a outra [...]”. A decisão exarada expôs também havia provas no sentido que, em igual período, houve uma “primeira” união estável, ou seja, que foi reconhecida, pela via judicial, anteriormente a união discutida no caso.

³Ementa: APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. [...] RECURSOS PROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70058247826, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/03/2014).

Houve, ainda, no ano de 2015, uma “tentativa” de Reconhecimento de União Estável *post mortem*. Porém, quando do julgamento da AC nº 70064783335⁴, uma decisão unânime entendeu que “[...] houve vida dupla pelo falecido, que se relacionava com a autora, mas preservava íntegro, no plano jurídico e fático, seu matrimônio até o dia do óbito”. Assim, não foi reconhecida a união estável por ser tipicamente adúlterina. Posto isso, os termos da decisão também seguiram o posicionamento consolidado pelo STJ e STF, sendo emitida decisão similar aos julgados de 2013, supramencionados.

Ainda, em outro pedido de Reconhecimento de União Estável, que chegou até o TJ/RS em sede de apelação, foram rememorados os requisitos de configuração de união estável, consoante expõe a legislação civil – publicidade, continuidade e objetivo de constituir família. Não obstante, sobreveio a advertência da impossibilidade dos companheiros serem casados, posto que a lei civil está alicerçada no Princípio da Monogamia. Alegou-se, todavia, que a autora da demanda era ciente de que o falecido era casado até o momento de sua partida. Posto isso, obviamente, a união não restou reconhecida em segunda instância, conforme restou decidido da AC nº 70068207547⁵, julgada em julho de 2016.

Por oportuno, segue a ementa do julgamento de uma Apelação Cível referente a Ação de Reconhecimento de União Estável:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. INVIÁVEL UNIÃO ESTÁVEL SIMULTÂNEA A CASAMENTO. Inviável reconhecer a união estável no período em que o de cujus estava casado e a apelante

⁴Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. [...] NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70064783335, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 06/08/2015).

⁵Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL SIMULTÂNEO AO CASAMENTO. [...] APELO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70068207547, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 07/07/2016).

era ciente do matrimônio, porquanto inexistia a intenção de constituir família. Apelação desprovida (BRASIL, 2016).

Há, ainda, uma decisão⁶ que é relevante, considerando que também abrange a área do Direito Previdenciário. Neste cenário, duas companheiras buscaram angariar o benefício de pensão por morte do companheiro falecido. Desse modo, foi concedida a pensão para aquela com quem o falecido, embora não convivesse mais ao tempo da morte, realmente constituiu família. Frisa-se que restou provado que era o *de cujus* o provedor do sustento dessa senhora. De outra banda, quanto à outra requerente, foi concluído que o companheiro falecido não tinha intenção de constituir uma nova família. De maneira sintética, a segunda união foi considerada adúltera, portanto, não foi concedido pensionamento para a concubina (BRASIL, 2016).

Finalmente, no ano de 2017 foram julgadas duas Apelações Cíveis pela Oitava Câmara Cível, respectivamente autuadas sob os números :70074367640 e 70074423666. Ambas apelações requeriam o reconhecimento de uma segunda união simultânea ao casamento e foram negadas. Considerando que as alegações de ambas foram idênticas, segue a síntese da ementa a segunda decisão:

[...]Tratou-se, pois, de uma relação adúltera típica, que se amolda ao conceito de concubinato (art. 1.727 do CCB), e não de união estável. 2. Nosso ordenamento jurídico, no âmbito do direito de família, é calcado no princípio

⁶Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. IPERGS. HABILITAÇÃO DE DUAS COMPANHEIRAS COMO DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS AUTORIZADORES PREENCHIDOS PARA UMA DELAS. CUSTAS PROCESSUAIS. PENSIONAMENTO. [...]. Precedentes do STJ. CUSTAS PROCESSUAIS. Sucumbente autarquia estadual, deve arcar com as custas processuais por metade, na forma da redação original do art. 11, alínea a, do Regimento de Custas (Lei Estadual nº 8.121/85). Efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.471/10 na ADI nº 70041334053. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA, NO MAIS, EM REMESSA NECESSÁRIA. (Apelação Cível Nº 70071275630, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 14/12/2016).

da monogamia. Tanto é assim que, um segundo casamento, contraído por quem já seja casado, será inquestionavelmente nulo e, se não são admitidos como válidos dois casamentos simultâneos, não há coerência na admissão de uma união de fato (união estável) simultânea ao casamento - sob pena de se atribuir mais direitos a essa união de fato do que ao próprio casamento, pois um segundo casamento não produziria efeitos, enquanto aquela relação fática, sim. 3. Ademais, há regra proibitiva expressa em nosso ordenamento jurídico, qual seja o § 1º do art. 1.723 do CCB, ao dispor que "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521", somente excepcionando essa circunstância diante da comprovada separação de fato do casal matrimonial, o que não se verifica no caso em exame. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (BRASIL,2017).

Importa referir que o fechamento da presente pesquisa ocorreu em 28 de agosto do corrente ano de 2018; momento em que não foram encontradas outras decisões que contemplassem os itens propostos pela pesquisa.

Conclusão

De acordo com o que foi apresentado, no Direito das Famílias hodierno, as famílias podem representar um reflexo do que foram outrora. A Constituição Federal de 1988, ao abranger os mais diferentes modelos de famílias, proporcionou também a compreensão do poder familiar, em detrimento do patriarcal. O Estado passou a proteger o núcleo familiar. Do mesmo modo, tenta proteger cada membro da família em particular. Passa a valer, então, como base para a formação de uma família, o afeto propriamente dito.

Porém, o legislador constitucional não se preocupou em delimitar ou nomear quais os modelos familiares que estariam sob a proteção estatal. Assim, a noção de família na contemporaneidade se tornou demasiado

abrangente e, conforme o que foi estudado, é possível se chegar à compreensão de que esse conceito ainda vai se expandir; considerando que a todo momento decisões jurisprudenciais e/ou jurídicas de uma maneira geral, concedem/limitam direitos às “novas” famílias.

Assim, a concepção de entidade familiar se tornou tão variável (ou seria uma incógnita?) que alguns doutrinadores passaram a usar a nomenclatura Direito das Famílias, ou seja, esses doutrinadores anseiam abarcar todos os novos modelos de famílias. Entende-se que é possível que tal denominação advenha de uma tentativa de suprir a lacuna constitucional já referida.

Surgem, assim, os mais diversos modelos de famílias; dos quais o presente artigo se dedicou a compreender a formação das famílias simultâneas. É que tal instituto, ainda que exista ou, persista ao longo do tempo, se confronta com o Princípio da Monogamia, sobre o qual está assentado o Direito das Famílias brasileiro.

Sinteticamente, conforme se demonstrou, as famílias simultâneas tem uma formação similar a um triângulo, ou seja, um de seus integrantes, geralmente o homem, participa, ao mesmo tempo, de dois núcleos familiares. Haverá a configuração da família simultânea propriamente dita se um dos membros da “segunda” família conseguir provar que não sabia da existência da primeira, a fim de que não seja configurado o concubinato.

O ponto nodal das decisões que concedem ou não direitos a essas famílias está justamente no embate: Princípio da Monogamia *versus* Concubinato. É que as decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em certos momentos reconhecem e concedem, por exemplo, a partilha de bens às famílias simultâneas; mas, por vezes, alegam a impossibilidade de seu reconhecimento em razão do princípio já mencionado.

Diante do exposto, não se trata de fechar os olhos para a realidade da existência das famílias simultâneas. Ora, as próprias decisões aqui pesquisadas demonstram, sim, a existência dessas famílias. De outro modo, a partir das decisões pesquisadas, é preciso que se tenha a consciência da impossibilidade de que sejam garantidos direitos a essas famílias, sob pena de se chegar a uma verdadeira confusão no ordenamento jurídico.

Contudo, é imprescindível que haja um equilíbrio entre o reconhecimento das famílias, independentemente da sua composição, e uma falta de limitação na concessão de direitos. Nesse contexto, não tem como se deixar de fora a importância da nossa Carta Magna, pois é próprio Princípio da Monogamia, que socorre o legislador que, em certa medida, deixou uma lacuna quanto à abrangência das novas entidades familiares.

Em resumo, o presente trabalho vai de encontro ao demasiado alargamento do Direito das Famílias, exatamente pelo risco de não haver anteparo para as novas famílias. Ocorre que, diante do tamanho alargamento do Direito das Famílias hodierno, é possível que em algum momento – não tão distante – a própria família acabe por perder tantas conquistas garantidas ao longo de muitos anos, pois não se poderá mais explicar, ou haverá uma tênue explicação, acerca do que é ou não é Direito ds Famílias.

Referências

BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCB/02civil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 12 de março de 2017.

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

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70051386100 -RS.

Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 07 de fevereiro de 2013. Disponível em: << http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70051386100&num_processo=70051386100&codEmenta=5105882&temIntTeor=true >>. Acesso em: 07 de março de 2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70052292943 -RS.

Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 07 de fevereiro de 2013. Disponível em: << http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70052292943&num_processo=70052292943&codEmenta=5105881&temIntTeor=true >> Acesso em: 11 de março de 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70058247826 -RS.

Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 26 de março de 2014. Disponível em: << http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058247826&num_processo=70058247826&codEmenta=5704846&temIntTeor=true >>. Acesso em: 11 de março de 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70060081478-RS.

Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 25 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70060081478&num_processo=70060081478&codEmenta=5967148&temIntTeor=true>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70064783335 -RS.

Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 06 de agosto de 2015. Disponível em: << http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064783335&num_processo=70064783335&codEmenta=6410013&temIntTeor=true >>. Acesso em: 09 de março de 2017.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70068207547-RS.

Relator: Ivan Leomar Bruxel. Julgado em: 07 de julho de 2016. Disponível em: << http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70068207547&num_processo=70068207547&codEmenta=6850418&temIntTeor=true >>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70070986815 -RS.

Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em: 09 de novembro de 2016. Disponível em: << http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70070986815&num_processo=70070986815&codEmenta=7043134&temIntTeor=true >> Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70071275630 -RS.

Relator: Almir Porto da Rocha Filho. Julgado em: 14 de dezembro de 2016. Disponível em: << http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70071275630&num_processo=70071275630&codEmenta=7106025&temIntTeor=true >>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº.70074367640-RS.

Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 14 de setembro. de 2017. Disponível em: << http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70074367640&num_processo=70074367640&codEmenta=7453939&temIntTeor=true >>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70074423666-RS.

Relator: Luiz Felipe Brasil Santos Julgado em: 30 de novembro de 2017. Disponível em: << http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70074423666&num_processo=70074423666&codEmenta=7567627&temIntTeor=true >>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

CRUZ, Mônica da Silva. A (Curiosa) Transformação Legislativa do Direito de Família Brasileiro. Junho de 2014. **Revista dos Tribunais**. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000148fb8a998bca1543ba&docguid=Ifc03ec90e0a811e3aeb501000000000&hitguid=Ifc03ec90e0a811e3aeb501000000000&spos=20&epos=20&td=36&context=19&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 de outubro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v.5.28ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio: Uma Reflexão Crítica Sobre as Origens Históricas e as Perspectivas do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

FERRARINI, Leticia. **Famílias Simultâneas e seus Efeitos jurídicos: Pedacos da Realidade em Busca da Dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. O Direito De Família - Algumas Questões Contemporâneas. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**.vol. 1. Agosto de 2011. Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000148f72316bd293f0494&docguid=I157dbd10f25811dfab6f01000000000&hitguid=I157dbd10f25811dfab6f01000000000&spos=79&epos=79&td=4000&context=26&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 de outubro de 2014.

GIANCOLI, Brunno; MARINELLI, Marcelo Romão. Parte Especial: Direito de Família. In: ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio, BARROSO, Darlan. (Coord.). **Reta Final OAB: revisão unificada**.3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de família de acordo com a Lei n 12.874/13.6. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo Luís Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SIMÃO, José Fernando. Questões Polêmicas: Qual o Conceito Jurídico de Família?. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família**: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flavio. Separados pelo Casamento: Um Ensaio Sobre o Concubinato, a Separação de Fato e a União Estável. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família**: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Uma análise sobre o homeschooling e o RE 888815

*Isaura Bugança Pagnussat*¹

*Karoline Izaton*²

1 Introdução

A educação domiciliar, também conhecida como *homeschooling*, é aquela ministrada pelos pais e profissionais da educação, no seio familiar. Nesse método, as crianças e adolescentes não necessitam de frequência escolar, ou seja, as aulas podem ser conferidas de forma livre, sem a imposição de regras do ensino regular.

O direito à educação, desde o seu surgimento, tem passado por diversos avanços e, com a evolução tecnológica, os métodos de ensino também evoluíram. Contudo, a educação domiciliar se destaca, especialmente, pelo fato dos pais poderem optar por qual a melhor forma de transmitir o conhecimento para seus filhos, utilizando métodos diferentes dos tradicionais para que a criança e adolescente possa ter maior aproveitamento e rendimento em seu aprendizado.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende analisar a legislação pertinente ao direito à educação, o posicionamento dos tribunais superiores acerca da temática, bem como a possibilidade de aplicação da *homeschooling* no país.

Para tanto, o trabalho se divide em três eixos. Em primeiro, se falará quanto o surgimento do direito à educação, sua evolução ao longo dos anos

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED - Campus Passo Fundo; Advogada. E-mail: isaurabpagnussat@hotmail.com

² Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED - Campus Passo Fundo; Advogada. E-mail: karolizaton@yahoo.com.br

e como esse direito está previsto na Constituição Federal vigente. Ao passo, se abordará como o ensino domiciliar é ministrado, bem como sua aplicabilidade em outros países. Por fim, se dissertará acerca do RE 888815, o qual decidirá quanto a possibilidade de a educação domiciliar ser exercida no nosso país de forma regular, ou seja, de acordo com as normas jurídicas.

2 O direito à educação e sua evolução no Brasil

O direito a educação, efetivou-se após a Primeira Guerra Mundial, junto à segunda geração de direitos humanos, que primava o fortalecimento da concepção de Estado de Bem – Estar Social. Nesse período, surgiu a necessidade de o Estado garantir direitos de oportunidades iguais aos cidadãos, através de políticas públicas como acesso básico à educação, saúde, habitação, entre outros.

Desde então, muitos países foram influenciados por essa nova classificação e passaram a incluir, em seu ordenamento jurídico, tal garantia. Na atualidade, todos os países, em seus textos legais, garantem o direito de acesso e permanência à educação escolar básica (SOUZA, 2017).

No Brasil, o exercício educacional restou evidenciado a partir de 1549, com a chegada dos jesuítas. Nessa época, o ensino era ministrado por padres, os quais objetivavam apenas a qualificação geral e básica. Assim, de forma rudimentar, o ensino era disponibilizado para uma parcela da população, ou seja, somente aos donos de terras e engenhos, sendo excluídas as mulheres e filhos primogênitos.

Tal modelo perdurou até 1759, quando os jesuítas foram expulsos do país. Assim, explica Romanelli:

Inúmeras foram as dificuldades daí decorrentes para o sistema educacional. Da expulsão até as primeiras providências para a substituição dos educadores

e do sistema jesuítico transcorreu um lapso de 13 anos. Com a expulsão, desmantelou-se toda uma estrutura administrativa de ensino. A uniformidade da ação, a perfeita transição de um nível escolar para o outro, a graduação, foram substituídas pela diversificação das disciplinas isoladoras. Leigos começaram a ser introduzidos no ensino e o Estado assumiu, pela primeira vez, os encargos da educação (ROMANELLI, 2010, p. 36-37).

Mesmo com a expulsão dos jesuítas, os colégios e seminários se mantiveram, a fim de formar tanto os sacerdotes quando o clero. E, no decorrer dos séculos, o ensino sofreu transformações e, somente com a Constituição de 1946, o cumprimento do ensino primário restou obrigatório, retomando o preceito de que à educação é direito de todos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a qual passou a constituir o Estado Democrático de Direito, tendo como principais fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solitária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação entre os seres. (BRASIL, 1988).

Não obstante, a educação ganhou um novo *status*, pois foi elevada a um direito social, conforme se vê no artigo 6º da constituinte. Discorrem acerca Costa e Ritt:

O direito à educação, já garantido pelas Constituições anteriores, ganhou um novo status. A consagração como direito fundamental social, determinada pelo art. 6º, delimitou-se com a redação dos artigos 205 a 208, que definem não somente uma imposição ao Estado, a de garantir a todos uma educação que prime “pelo pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, mas também a obediência aos princípios que devem embasar o ensino, caso do art. 206 (COSTA; RITT, 2008, p. 61).

Da mesma forma, o artigo 205 e 206 da constituinte faz referência que o direito à educação é um direito de todos e dever do Estado e da família efetivá-lo. Nesse sentido:

[...] Artigo 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Artigo 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. [...] (BRASIL, 1988).

Assim, depreende-se do texto constitucional, que é dever do Estado e da família prover à educação aos indivíduos, esse deve receber condições de permanecer na escola e desenvolver sua capacidade intelectual. (FREITAS, 2012).

Porém, muito além da presença familiar, é necessário que o Estado, através de políticas públicas, disponha um ambiente escolar planejado e estruturado, objetivando o desenvolvimento intelectual do indivíduo. Ademais, o artigo supramencionado, destaca três pilares principais: o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Discorre acerca da educação, Sturza e Rosa:

Resulta da comunhão de esforços da família, da sociedade e do Estado, sendo deste último a responsabilidade de garantir a todos os cidadãos o seu oferecimento. É dever do Estado a sua prestação, seja através de políticas públicas, seja a partir da delegação ou parceria com entidades não-estatais. No Brasil, a União, os Estados membros, o Distrito Federal e os Municípios, conforme previsão constitucional, devem atuar conjuntamente na organização e implementação das políticas públicas de educação (STURZA; ROSA, 2009, p. 3)

Nesse sentido, somente se alcançará uma sociedade livre, justa e solidária, sem desigualdades sociais e preconceitos, com a efetivação direto à educação. Essa, por ter uma função social, auxilia na integração e proteção aos cidadãos, sendo de acesso universal e igualitário para que todos tenham acesso sem distinção e discriminação, formando cidadãos críticos que conheçam seus direitos e possam exigí-los, impedindo a ignorância sobre algo novo (FREITAS, 2012).

3 Da educação domiciliar

É sabido que, na modernidade, muito se tem falado sobre o desenvolvimento tecnológico, bem como os seus impactos no desenvolvimento educacional. A educação não é só a base para as relações sociais, mas também, é uma forma de auxiliar o indivíduo no exercício crítico de como protagoniza sua vida e decisões.

Nessa lógica, desde muito cedo, os pais procuram métodos de ensino eficazes para que seus filhos estejam inseridos em um meio educacional de qualidade. Atualmente, o mercado de ensino apresenta inúmeras formas inovadoras para transmitir o conhecimento às crianças e jovens, mas é a educação domiciliar que vem cativando o interesse dos pais.

A educação domiciliar, também conhecida por *homeschooling*, é um método de ensino, que teve origem nos Estados Unidos e caracteriza-se na educação dos filhos no meio familiar, sem frequência às escolas. O objetivo principal desse modelo é o aprendizado livre das imposições e regras do método tradicional de ensino, visto que, nem sempre são proveitosos e eficientes para os alunos, pois cada um possui o seu tempo de cognição e a sua visão sobre o mundo.

Tal método vem ganhando novos olhares, pois rompe o vínculo tradicional e formal da escolarização, pois, além de ampliar as formas de como o conhecimento será transmitido, ainda é uma forma de amenizar a

violência e casos de *bullying* ocorrentes na comunidade escolar tradicional.

Nesse sentido, explicam Silva e Batista:

Como vemos, a educação domiciliar é capaz de oferecer uma variedade de métodos e, ao mesmo tempo, uma maior liberdade de teste e facilidade de mudança na forma como se aborda a educação da criança. Se novas pesquisas demonstrarem que um método está ultrapassado, os pais podem, de forma gradual, mudar a forma como educa os filhos. Isso os obriga a serem mais responsáveis sobre o que se passa no âmbito da educação, pois, como eles estão no comando e terão que assumir as responsabilidades pelos filhos, o que é outro benefício, pois, além do desejo de ensinar com a proteção da paternidade, acabam por se empenharem mais para que seus filhos se saiam bem. Todavia, ao passo que na educação domiciliar temos essa facilidade, numa escola pública, por exemplo, para se mudar o método de ensino, seria preciso toda uma reforma política, uma adaptação das estruturas e a capacitação dos professores, enfim, seria um processo muito longo e demorado, além do fato de que, devido à influência do grupo que “domina” as instituições educacionais, podem se passar anos sem que ninguém se dê conta de que as coisas estão erradas, pois quem está inserido no processo encara tudo como “normal” ou como “pequenos problemas” que sempre estarão presentes. (SILVA; BATISTA at. al., 2014, p. 12)

No Brasil, o *homeschooling* ainda é um método novo, uma vez que não há muitos adeptos. Porém, tal forma de ensino era muito utilizada em épocas passadas e restou esquecida quando do surgimento e crescimento das instituições de ensino governamentais, pelas quais o governo obteve o amplo e total controle perante a forma e métodos de transmissão do conhecimento.

Contudo, na esfera internacional, o *homescholling* é exercido de forma regular pelos pais, uma vez que há legislação legal para tanto. Os Estados Unidos da América é o pioneiro no emprego desse método, ao

passo que sua forma de ministrar o ensino é uma das mais conhecidas mundialmente, por apresentar uma perspectiva mais educadora, relacionando às diferentes percepções de mundo, crenças e ideologias.

Nessa perspectiva, Vasconcellos, Morgado e Ray expõem:

O modelo americano, de maneira geral, refere-se a uma concepção de educação mais abrangente do que apenas ensinar conteúdos, pois busca se constituir num processo de ensino em uma perspectiva mais “educadora”, relacionada às diferentes percepções de mundo, crenças e ideologias das famílias que optam por esta prática encontrando-se, inclusive, na literatura sobre o tema, de forma mais rara, a terminologia *home education*. (RAY, apud, VASCONCELLOS; MORGADO, 2005, p. 206).

Desde 1993, a educação domiciliar está juridicamente regularizada nos Estados Unidos da América e cada estado possui uma legislação própria, apresentando métodos de ingresso distintos. Por exemplo, no estado do Texas, onde o *homeschooling* não está submetido à legislação educacional, é necessário que a família apresente apenas três requisitos que são: “1) boa fé”; 2) o currículo esteja em formato visual; 3) e que inclua as matérias de leitura, soletração, gramática, matemática e boa cidadania”.

Já no estado de Nova Iorque, o método de ingresso é um pouco mais rígido, a família que deseja educar seus filhos em casa, deve notificar a secretaria da educação antes do início do ano letivo, preencher um documento sobre qual será o plano de educação (currículo), manter o registro de datas e horas das aulas por pelo menos 180 dias por ano, enviar um relatório a cada trimestre explicando os temas tratados e o desempenho do aluno e, por fim, enviar um relatório final anual, somado ao relatório do quarto trimestre, com uma avaliação escrita sobre o aluno (CIMENTI, 2011).

Além disso, insta mencionar que, além da efetivação no aprendizado, nota-se a praticidade que a educação domiciliar apresenta, uma vez que os próprios pais podem ministrar às aulas.

Porém, ainda há uma grande restrição quanto há aceitação dessa forma de ensino em outros países, que acreditam que questões relacionadas à educação devem estar concentradas às escolas, as quais estão submetidas à forma de ensino que o governo determina.

Apesar da resistência que o governo apresenta frente a este método, o número de adeptos ganha ascensão. Nos Estados Unidos da América, segundo o Departamento de Educação Americano, 1,77 milhão de estudantes de 5 a 17 anos, estão inseridos na educação domiciliar (CORRÊA, 2013). Já no Brasil, mesmo sem previsão legal, 3.201 famílias compartilham da educação domiciliar, de acordo com a pesquisa realizada pela Associação Nacional de Educação Domiciliar (MARIZ, BRÍGIDO, 2017).

4 A educação domiciliar em pauta: o RE 888815

Uma forma de se demonstrar o grande interesse da sociedade em fazer uso da educação domiciliar, é expor o caso de uma família do município de Canela, no Rio Grande do Sul.

O fato iniciou com a tentativa dos pais de uma garota de, na época dos fatos, 11 anos em educá-la em casa, não efetuando a matrícula na escola da qual vinha estudando. Contudo, ao ficar ciente da atitude dos pais, a Secretaria de Educação do respectivo município entrevistou, obrigando-os a inserir a criança na rede tradicional de ensino, os pais, portanto, impetraram um mandado de segurança contra tal decisão.

Em sentença, o juízo da comarca de Canela confirmou a orientação passada aos pais pela Secretaria de Educação, obrigando-os a efetuar a matrícula da filha na escola.

Em sua defesa, os pais sustentaram que “restringir o significado da palavra educar simplesmente à instrução formal numa instituição convencional de ensino é não apenas ignorar as variadas formas de ensino agora acrescidas de mais recursos com a tecnologia como afrontar um considerável número de garantias constitucionais”.

Em 2016 foi reconhecida a repercussão geral da causa pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, alegando que o interesse na matéria não é apenas das partes envolvidas nesse processo específico, mas sim, de uma grande parcela da população insatisfeita com o processo de educação convencional.

Para fundamentar o reconhecimento da repercussão geral, os ministros fizeram uso de um dado fornecido pela Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), que demonstra que após o aceite do MEC do desempenho na prova do ENEM como forma de concluir o ensino médio, o número de adeptos ao *homeschooling* dobrou.

Entre os anos de 2011 e 2016, segundo a ANED (Associação Nacional de Educação Domiciliar), houve um crescimento de 916% no número de adeptos da educação domiciliar, representando em torno de 3.200 famílias e 6 mil crianças em todo o território brasileiro.

O julgamento do recurso estava previsto para o dia 30 de agosto de 2018, no entanto, não ocorreu o referido julgamento em razão da extensão da pauta. Contudo, o momento requeria muito cuidado e estudo, pois, por um lado, caso fosse aprovado e não fiscalizado de maneira eficiente, estaríamos diante de um perigosíssimo risco a curto e longo prazo para a sociedade; por outro, em caso de não aprovação, continuaríamos com inúmeras crianças prejudicadas por um método de aprendizagem falho e, por muitas vezes, ineficiente.

Fazendo uma rápida análise sobre a educação perante nossa legislação, encontramos, entre todos os parâmetros que a Constituição Federal expõe acerca da educação, o artigo 205 que nos diz:

Art. 205. A educação, direito de todos e **dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (grifei)

Diante do referido artigo, conecta-se o Projeto de Lei nº 3179/2012 do Deputado Lincoln Portela, que tem por objetivo a alteração do artigo 23 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, acrescentando o seguinte parágrafo:

Art. 23.

[....].

§ 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.

Tal modificação traria a liberdade dos pais escolherem qual método de aprendizagem é mais interessante para seu filho, desde que, respeita-se as regras estabelecidas pela legislação, sendo o papel do Estado, nesse caso, exclusivamente de averiguar o andamento dos processos de aprendizagem, com o fim de garantir seu bom funcionamento.

A jurisprudência, por sua vez, nega a possibilidade do *homeschooling*, caracterizando o caso como abandono intelectual por parte dos pais que não matriculam seus filhos nas escolas, utilizando como parâmetro a não regulamentação do fato por nossa Carta Magna, não havendo, portanto,

direito líquido e certo acerca da educação domiciliar. Alegam também, que o fornecimento, regulamentação e acompanhamento da educação é dever do Estado.

Assim dito:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. MEDIDA PROTETIVA. MODALIDADE *HOMESCHOOLING* - EDUCAÇÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE.

O acesso ao ensino fundamental, como se sabe, é garantia constitucional e, portanto, dever do Estado assegurar aos infantes que freqüentem os estabelecimentos de ensino.

RECURSO DESPROVIDO.

No mesmo sentido:

apelação cível. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. direito líquido e certo Ao Sistema de Educação Domiciliar. INEXISTÊNCIA.

Inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, não há no caso direito líquido e certo a ser amparado na estrita arena do *mandamus*. Manutenção do indeferimento da segurança. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Esse último, é justamente o julgado que deu origem ao RE 888815 analisado nesse artigo. Portanto, até o seu julgamento, todas as ações que tramitavam no judiciário a respeito do *homeschooling* ficaram suspensas.

Importante ser analisado e distinguido os pontos positivos e negativos quanto à educação domiciliar pois, por um lado, nota-se que a principal vantagem referente ao assunto é a possibilidade dos pais acompanharem o desenvolvimento educacional dos filhos, podendo ficar mais atentos com as possíveis dificuldades que a criança possa ter, uma vez que no método tradicional não oferece o benefício de acompanhamento individual, em virtude das salas de aula cheias.

Neste sentido, outro ponto que ganha relevância é a flexibilidade de horários, pois essa forma de ensino permite adaptar e organizar como o

conteúdo didático será ministrado à criança e adolescente, ampliando o ensino para além dos livros, através de viagens ou passeios agradáveis, sem a necessidade de cumprir planos de aula ou cronogramas.

Ademais, não podemos deixar de destacar, como um dos motivos que levam os pais a optarem pelo *homeschooling*, o grande número de casos de *bullying* praticados em meio escolar, causando dores físicas e psicológicas às crianças e adolescentes.

Em contrapartida, há críticas referente a essa modalidade de ensino. Alguns educadores acreditam que a escola é uma ferramenta imprescindível para o desenvolvimento educacional da criança e adolescente.

Assim, a principal crítica está ligada a didática de ensino, pois na escola há uma rotina programada, com profissionais qualificados para a realização do ensino, promovendo a formação moral e intelectual do indivíduo, lapidando o aluno para a convivência social, tendo como pressuposto a conservação da sociedade em seu *status quo*.

Outro grande ponto que é criticado quando se fala de educação domiciliar é o quesito da socialização que poderia ficar prejudicada. A idade escolar é um período onde a criança ou adolescente aprende a interagir e respeitar o próximo, visualizando que há pessoas e costumes diferentes dos seus e que a socialização depende do respeito e, tudo isso, e passado para os alunos nas escolas convencionais.

Portanto, se o ensino é realizado em casa, com seus familiares, a criança ou adolescente não saberá conviver com outras realidades diferentes da sua família, o que poderá prejudicar o seu desenvolvimento a respeito de assuntos que sua família não trabalhará, por sua escolha, e estará condicionada às suas crenças e ideologias.

Finalmente, o Recurso Extraordinário 888815 foi julgado em 12 de setembro de 2018, e teve sua improcedência sentenciada. A Procuradoria-

Geral da República e a Advocacia Geral da União votaram pelo desprovisamento do recurso, alegando que é dever do Estado prover a educação de forma qualificada às crianças e adolescentes, bem como, a convivência escolar é essencial para conviver com a diversidade da população brasileira, contribuindo para a erradicação dos preconceitos e o respeito aos direitos humanos.

No voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator do acórdão, salienta-se o grande número de evasões escolares do qual o Brasil vivencia, portanto, se a prática do homeschooling fosse regulamentada, e sua fiscalização falha-se, o país estaria diante de um sério problema, onde a evasão escolar estaria disfarçada de educação domiciliar.

“Haveria terrível risco de um enorme retrocesso na educação brasileira, que, a partir da CF/1988, contou com diversas instituições atuando para a concretização da universalidade do ensino fundamental e a erradicação do analfabetismo”.

Sendo este o voto vencedor, o Plenário fixou a tese que “não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

Conclusão

Ao findar esse trabalho, nota-se que mesmo não havendo expressa proibição pela Constituição Federal de 1988 à educação domiciliar, a prática não é viável e segura suficiente para obter autorização legal para sua efetivação.

Dessa forma, mesmo sendo uma técnica de ensino visionária e permitida em diversos países desenvolvidos, sua aplicabilidade no Brasil ainda está distante, como pode-se perceber pelos votos e manifestações no julgado do referido Recurso Extraordinário. Vive-se em um país de rica diversidade, seja ela cultura, social, econômica ou racial e, infelizmente,

preconceitos por todas essas diferenças são perceptíveis diariamente. Dessa forma, o convívio escolar é um espaço de tentativa de erradicação de preconceitos e incentivo ao convívio das crianças e adolescentes.

Ademais, o Estado não seria capaz de fiscalizar suficientemente as práticas da educação domiciliar a ponto de ter-se segurança de que essas crianças e adolescentes estão efetivamente recebendo a educação que necessitam. Portanto, em caso de falha nesse controle estatal, os prejuízos seriam incalculáveis.

Referências

ANDRADE, Édison Prado de. **Homeschooling: Finding the Right**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-73072017000200172&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 04 ago. 2018.

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

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Diretrizes e bases da educação. Dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2015/05/14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?inc>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CIMENTI, Carolina. **Cresce a adesão à educação domiciliar nos Estados Unidos**. 05/11/2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/cresce-a-adesao-a-educacao-domiciliar-nos-estados-unidos/n1597354516094.html>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

CORRÊA, Alessandra. **Educação domiciliar cresce nos EUA**. 04/11/2013. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/11/131031_educacao_domiciliar_eua_mdb_ac>. Acesso em: 02 ago. 2018.

COSTA, Marli Marlene da; RITT, Caroline Fockink. **Educação como um direito fundamental e social**. In: GORCZEWSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). Direito fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna: constitucionalismo contemporâneo. Santa Cruz do Sul – RS: Editora IPR, 2008.

CURY, Carlos R. J., **O Direito à educação**: um campo de atuação do gestor educacional na escola. In: Escola de gestores da educação básica. Disponível em www.escoladegestores.inep.gov.br/artigos Acesso: 07 ago. 2018.

FREITAS, Janaína Gomes. **Educação inclusiva na escola regular para alunos portadores de necessidades especiais**. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, 2012.

LIMA, Eloísa. **Vantagens e desvantagens do 'homeschooling', o ensino domiciliar**. 01/09/2014. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2014-09-01/vantagens-e-desvantagens-do-homeschooling-o-ensino-domiciliar.html>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

MÜLLER, Bruno Raphael. **Homeschooling cresce no Brasil com curso online e vitória parcial no STF**. 14/06/2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/homeschooling-cresce-no-brasil-com-curso-online-e-vitoria-parcial-no-stf-8qz8q44hruzncg71e5gufddss>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

RIBEIRO, Karina Rafaela; PAULA, Ercília Maria Angeli Teixeira. **ATENDIMENTO PEDAGÓGICO DOMICILIAR PARA ENFERMOS: UMA MANEIRA DIFERENTE DE EDUCAR**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/ensino_fundamental/textos_educacao_fundamental/Monografia_Atendimento_Alunos_Enfermos_P%C3%A1gina070514.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2017.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. **História da educação no Brasil**: (1930/1973). 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010

SILVA, Camila Oliveira da Silva et al BATISTA, ANDRADE, LIMA, PEREIRA. **FUNCIONAMENTO DA EDUCAÇÃO DOMICILAR (HOMESCHOOLING): análise de sua situação no Brasil** . Disponível em: <periodicos.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/download/11025/8845>. Acesso em: 15 ago. 2018.

STURZA, Janáina Machado; ROSA, Marizelia Peglow da. **A educação para pessoas com necessidades educacionais no Brasil**: Reflexos trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Emenda Constitucional 45/2009. In: GORCZEVSKI, Clóvis. Direitos humanos, educação e sociedade. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves ; MORGADO, José Carlos Bernardino Carvalho. **Desafios à escolarização obrigatória: a inserção do *homeschooling* na legislação educacional no Brasil e em Portugal** . Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/rbpae/article/view/50021>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

VIEIRA , André de Holanda Padilha. **“ESCOLA NÃO, OBRIGADO?”: Um retrato da *homeschooling* no Brasil**. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

A destituição do poder familiar e a exclusão do herdeiro por indignidade no Brasil

*Águeda Marcéi Mezomo*¹

1 Introdução

Este trabalho contempla a destituição do poder familiar e a possibilidade de exclusão por indignidade, por intermédio da herdeira que foi indigna com seu filho, de forma delimitada abordam-se os aspectos gerais e jurídicos sobre o assunto. É elaborada uma breve análise do que se pode verificar, ajustar e propor da nova redação nos termos da lei buscando atender os anseios sócio jurídicos que permeiam o cotidiano, visando assim sancionar os que tentam se apropriar do que não é merecido.

Nesse contexto, as questões problema que orientam a pesquisa são as seguintes: O que a jurisprudência aborda sobre a temática? O que poderá ser feito para que o herdeiro indigno não se aproprie da herança? Que medidas jurídicas podem ser tomadas?

Dessa forma, o estudo trabalha com as hipóteses de mostrar a verdadeira realidade vivida pelo filho e pelo herdeiro (indigno), e as causas e consequências decorrentes do abandono.

Como procedimento metodológico, utilizou-se de pesquisa bibliográfica com a finalidade de proporcionar melhores e mais precisas informações sobre o tema. O estudo bibliográfico foi complementado por entrevista informal de agentes públicos (defensoria), acerca da temática.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED - IMED. E-mail: aguedamezomo@gmail.com

Neste artigo, será analisada a possibilidade de exclusão sucessória dos pais em relação aos filhos por indignidade, na hipótese de destituição do poder familiar, considerando os atos perpetrados pelos pais contra os filhos em afronta aos direitos fundamentais destes.

Para isso, será analisado o instituto da família e o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, bem como as causas de suspensão e/ou destituição do poder familiar. Após, será abordada a sucessão, enfatizando suas espécies, a ordem da vocação hereditária e a exclusão sucessória, com ênfase à indignidade.

Por fim, será abordada a destituição do poder familiar e a possibilidade (ou não) de exclusão sucessória em face da indignidade, tendo como motivação o caso real em que a mãe de um menino foi destituída do poder familiar em relação a quatro filhos, em razão de afronta a vários direitos fundamentais das crianças: deixava as crianças sozinhas em casa, sem alimento, sem higiene e, por vezes, retornava apenas no dia seguinte.

Obrigava alguns dos filhos a pedir dinheiro pelas ruas para a compra de drogas e bebidas que ela consumia. Em razão dessas condutas, foi destituída do poder familiar em relação a esses quatro filhos. Sendo que um desses quatro filhos recebia benefício previdenciário, pois era doente mental. Os quatro filhos, foram, assim, acolhidos numa casa do município, onde três deles, até então, permanecem. Ocorre que um deles, o que possuía deficiência mental, faleceu.

O herdeiro, na hipótese, é a mãe que, apesar de destituída do poder familiar, em tese, continua a suceder o filho, pois este deixou valores a inventariar. Como recebia benefício previdenciário e estava acolhido, todo o valor mensal desse benefício era depositado numa conta bancária em seu nome.

Tendo em vista o seu falecimento, a princípio, pela ordem de vocação hereditária, a sua sucessora é a mãe, destituída do poder familiar (pai

falecido), o que não se mostra condizente com os institutos do direito de família, pois a genitora foi “indigna” com o filho. Pois além do abandono, há registros de agressões físicas geradas pela mãe em relação aos filhos. Portanto, para que não suceda, será necessário declarar essa mãe indigna de suceder ao filho e, assim, a herança será partilhada entre os irmãos que permanecem na casa de acolhimento.

Considerando, que segundo a Constituição Federal (CF) de 1988, família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, no entanto, por vezes, fica evidente que não há harmonia no seio de uma família, bem como nem sempre se verifica respeito aos direitos de crianças e adolescentes por parte de seus pais. Nesta hipótese, é possível, inclusive, a perda e/ou a suspensão do poder familiar pelos pais/mães, o que importa em várias consequências aos membros da família, inclusive de ordem sucessória.

No próximo capítulo abordaremos o tema que tem como intuito apresentar um referencial teórico no que diz respeito ao direito propriamente dito da convivência familiar de crianças e adolescentes, da função da família e as causas da suspensão ou perda do poder familiar.

2 O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes. poder familiar e sua perda ou suspensão

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu e vem sofrendo alterações no último século. Em outubro de 1988, com a CF do Brasil, ficaram consagrados os princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Foi a partir dessa revolução constitucional que se consolidou toda a evolução do Direito de Família, através da qual ficaram estabelecidos os princípios fundamentais para a organização jurídica da família.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) o art. 2º define criança como sendo “a pessoa que tem até 12 anos incompletos”, e adolescente, consoante com a mesma lei, é “aquela entre doze e dezoito anos de idade. O Parágrafo único, explicita que nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Todas as crianças e os adolescentes têm direito à convivência familiar e comunitária, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. No entanto, nem sempre é possível manter a convivência de crianças e adolescentes na sua família de origem, o que ocorre nas hipóteses de suspensão e/ou perda do poder familiar.

O Poder Familiar, segundo Dias (2010, p. 381) é um direito-dever imposto por lei, no qual os pais possuem o dever de proteção que resulta da paternidade natural e da filiação legal. É um direito-dever irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, sendo que sua renúncia é nula.

Significa dizer que os pais possuem um dever legal incontestável em relação a proteção de seus filhos, sejam estes natural ou filiação legal, cabe aos pais garantir um conjunto de direitos, assegurados em âmbito constitucional e infraconstitucional.

No mesmo sentido, note-se que a obrigação dos pais é de cuidar e proteger os filhos, a propósito, Eunice Teresinha Fávero (2001, p. 23), adverte que os pais devem cuidar adequadamente dos filhos, sob pena de violação dos direitos da criança, estando sujeito a penalidades por parte do Estado, através do Poder Judiciário.

O ECA prevê que, sempre que possível, deve ser mantida a criança e/ou o adolescente na sua família de origem, a fim de que sejam mantidos os laços sanguíneos e também de afetividade.

Dispõe o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua

família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.” (BRASIL, 1990)

Nos termos do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a falta ou carência de recursos materiais não constituiu motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder. O parágrafo único. Não existindo outro motivo que, por si só, autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.”

O ECA veio ao encontro de garantir que crianças e adolescentes sejam mantidos junto aos pais e/ou familiares, afastando, assim, o entendimento antigo, no qual prevalecia as condições socioeconômicas, como requisito, para perda ou suspensão do pátrio poder. Deste modo, verifica-se que as situações de vulnerabilidade social ou econômica, não são justificativas respaldadas legalmente, para decretação da perda ou da suspensão do pátrio poder.

Nas palavras de Wilson Donizeti Liberati (2010, p. 30), “a família natural é a comunidade primeira da criança. Lá ela deve ser mantida, sempre que possível, mesmo apresentando carência financeira. Lá é o lugar onde devem ser cultivados e fortalecidos os sentimentos básicos de um crescimento sadio e harmonioso.”

A família representa o mundo da criança, é a primeira sociedade que ela irá conhecer, nesta se sentirá segura, protegida, amada, respeitada e principalmente cuidada em relação às suas necessidades para crescer e se desenvolver plenamente, portanto, dificilmente a criança poderá entender o afastamento de sua família, daí o ECA dispor sobre em hipóteses a destituição do poder familiar poderá se efetivar.

Todavia, o artigo do ECA dispõe acerca das hipótese de destituição do poder familiar: prevê as regras processuais quando proposta uma ação de

suspensão ou perda do poder familiar, aplicando-se, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil. Estabelece ainda que deve ser provocado pelo Ministério Público ou pela parte interessada, por meio de uma petição inicial que informe, entre outros aspectos, as provas que serão produzidas e exposição sumária do fato.

A suspensão pode ser decretada em relação a um único filho ou todos os filhos de um casal. Uma possibilidade de suspensão, por exemplo, é quando constatado o emprego do filho em ocupação proibida ou contrária à moral e aos bons costumes, ou que coloquem em risco a sua saúde. A suspensão pode ser revista e modificada pelo magistrado sempre que se alterarem o cenário e os fatos que a provocaram.

Já a perda, tipo mais grave de destituição do poder familiar determinada por meio de decisão judicial, está definida pelo artigo 1.638 do Código Civil (BRASIL, 2002), que estabelece algumas hipóteses para sua configuração: o castigo imoderado ao filho, o abandono, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e o fato de um genitor ou ambos reincidirem reiteradamente nas faltas previstas no artigo 1.637 do mesmo instituto. (BRASIL, 2002)

A consequência será geralmente de uma ou reiteradas aplicações anteriores de suspensão, como medida protetiva. A sentença que destituiu o poder Familiar é sanção de maior abrangência aplicada à desobediência de um dever relevante, sendo medida imperativa e não facultativa, conforme afirma Rodrigues; que impede qualquer autoridade em relação ao filho.

A ruptura do núcleo familiar por meio da destituição do poder familiar, afastando, com isso, crianças e/ou adolescentes de seus pais, tem repercussões em diversas áreas, inclusive de ordem sucessória, o que será analisado nos próximos pontos deste artigo.

3 Sucessão: espécies, transmissão, ordem da vocação hereditária e exclusão sucessória

O Código Civil disciplina, a sucessão legítima, também denominada *ab intestato*, a que opera por força de lei e que ocorre em caso de inexistência, invalidade ou caducidade de testamento e, também, em relação aos bens nele não compreendidos. Nesses casos a lei defere a herança a pessoas da família do *de cujos* e, na falta destas, ao Poder Público.

Sustenta Washington de Barros Monteiro (2011, p. 11) que a sucessão na seara do direito civil, tem, pois, como proposição, do ponto de vista particular, “a morte do autor da herança. Antes desse evento, o titular da relação jurídica é o *de cujus* [...]. Depois dele, o herdeiro torna-se titular, sucedendo o defunto, tomando-lhe o lugar [...]”.

De acordo com Entende Maria Helena Diniz (2003, p. 15), “sucessão é a continuação, em outrem, de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos de transmissão ou de aquisição de bens ou direitos patrimoniais”.

Verifica-se que os doutrinadores interpretam a sucessão como transmissão de direito ou de bens operada pelas vias legais, entre pessoa falecida e um ou mais sobreviventes transmissão de direitos ou encargos, em seguida à morte, de acordo com certas regras ou leis especiais.

Assim note-se que o caráter subsidiário da sucessão legítima é estabelecido no art. 1.788 do Código Civil (BRASIL, 2002): “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não foram compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Portanto a sucessão caracteriza-se por transmitir ao outro o direito que possui sobre um bem. Podemos dizer que a sucessão está intrínseca nas normas, na cultura, nos hábitos da civilização. A sucessão segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 01), em sentido amplo, se resume no

ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de todos ou alguns dos seus bens.

E que após anos desta prática a sucessão foi normatizada por leis que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, previsto no livro V do Código Civil Brasileiro. Sendo que a sucessão pode ser dar por transmissão entre pessoas ou pela morte, conforme afirma Venosa (2004, p. 369), no direito, costuma-se fazer uma divisão entre duas formas de sucessão: a que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo, e a que deriva ou tem como causa a morte (causa mortis), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários.

O que disciplina as formas de exclusão da sucessão está previsto no livro V do Código Civil Brasileiro nos artigos 1814, 1962 e 1963, estes versam sobre a deserção e indignidade. Sendo que no presente artigo trataremos sobre a indignidade. Este termo jurídico significa penalidade imposta a herdeiro que consiste em excluí-lo da herança quando tiver praticado atos ofensivos ou faltas graves contra o *de cuius*.

A legislação brasileira, também, prevê a hipótese de tornar legal a proibição do herdeiro destituído do Poder Familiar concorrer à herança deixada pelo filho, a fim de impedir que os pais que não cumpriram com os deveres legais sejam beneficiados em razão de atos anteriormente praticados. Sendo que atualmente no direito sucessório brasileiro, existem apenas duas hipóteses de exclusão de herdeiro da sucessão, que são por indignidade e por deserção.

Enfatiza-se, neste ponto, a exclusão da sucessão em razão da indignidade, pois, além das causas previstas na legislação pátria, é possível aventar outras, como a hipótese de destituição do poder familiar, o que será explanado em seguida.

4 Destituição do poder familiar e exclusão sucessória em face da indignidade

Diariamente presenciamos fatos violentos entre famílias que ganham repercussão na mídia, e refletem na capacidade sucessória por indignidade. A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto que à preservação e proteção da dignidade humana é um dos eixos basilares que devem ser respeitados, portanto quem desrespeita o outro deve de certa forma ser punido.

Sendo assim a indignidade sucessória é o impedimento do herdeiro de participar da herança em razão de ter praticado ato que a lei dessa prova. É a ofensa demasiada que pode ter consequência na sucessão. Neste sentido Nader (2007, p. 108), afirma que indignidade é a condição jurídica em que se encontra o indivíduo que praticou ofensa grave contra o autor da herança, e é condenado a perder o direito de suceder.

O poder familiar sobre o filho está presente desde sua concepção, sendo responsabilidade natural primeiramente dos genitores que possuem responsabilidades por tal ato, ou seja, a criação de um ser. Esta relação que pais e filho passam a ter previsão na Constituição Federal de 1988, e possuem direitos e deveres que devem ser respeitados.

As responsabilidades estão previstas no ordenamento jurídico, no Código Civil de 2002, temos presente o poder familiar. Os artigos 227 e 229 versam respectivamente sob: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O art. 229 dispõe que: os pais tem o dever de assistir, criar e educar os

filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 em conjunto com o ECA contemplam dispositivos que asseguram a crianças e adolescentes direitos fundamentais, para que eles não sofram qualquer tipo de violação, seja por omissão da família ou do Estado.

Certo é que a destituição do poder familiar, com o conseqüente acolhimento institucional de crianças e/ou adolescentes acarreta várias repercussões negativas na vida dos infantes, principais atingidos nessas hipóteses. Por vezes, o que se verifica na sociedade são pais e mães destituídos do poder familiar não apenas em razão do consumo demasiado de substâncias entorpecentes, mas pela prática de maus tratos e abandono em relação aos filhos.

De modo geral, sabe-se que o instituto da indignidade está previsto entre os artigos 1.814 a 1.818 do Código Civil Brasileiro, e diz respeito à situação onde, tanto o herdeiro legatário, quanto o herdeiro testamentário, nas circunstâncias previstas em lei, pode ser excluído da herança.

No entendimento de Salomão de Araújo Cateb, tem-se que indignidade é uma: “Forma de exclusão de herdeiros legítimos e testamentário, e abrange, portanto, a sucessão legítima e a testamentária; embora tendo a capacidade para suceder, o excluído perde-a, como pena civil, pela prática de determinados atos determinados pela lei, como danosos à vida, à honra ou à liberdade de testar do autor da herança” (CATEB, 2007, p. 97)

Seguindo o mesmo ensinamento de Cate, o doutrinador Roberto Senise Lisboa diz que “a indignidade é a pena civil causada por ato reprovável cometido contra o autor da herança, em desfavor do herdeiro ou legatário, o que significa que poderá ser aplicada tanto na sucessão legítima como na testamentária”. (SENISE, 2004, p.438-439)

As causas que autorizam a exclusão do herdeiro ou do legatário da sucessão estão arroladas no art. 1.814 do Código Civil, podendo ser resumidas em: atentados contra a vida, a honra e a liberdade do de cujus ou de membros de sua família. Sendo que a exclusão por indignidade só pode ocorrer nos casos previstos em lei.

Como se pode notar, as causas que excluem o herdeiro da sucessão podem ser abreviadas em: a) atentados contra a vida (inciso I); b) à honra (inciso II); c) e a liberdade do de cujus (inciso III). E, a partir de agora, far-se-á, de forma sucinta, a análise de cada respectiva causa que caracteriza a indignidade.

Após a ação declaratória, se afirmada a indignidade do herdeiro, começa este sofrer com os efeitos da exclusão. Destarte, vale-se aqui dos mandamentos doutrinários para melhor compreensão dos reais efeitos provocados pela indignidade. Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2010, p. 381): “Ainda que o herdeiro tenha recebido a posse dos bens da herança, é necessário que os devolva, tão logo transite em julgado a sentença que o declarar indigno. Além dos bens, também tem de devolver os frutos e rendimentos, conforme o artigo 1.817 parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002). Os demais sucessores podem exigir do herdeiro excluído a reposição patrimonial, bem como perdas e danos, eis que possuem o direito à integralidade da herança desde a abertura da sucessão”. (DIAS, 2013, p. 311)

Também, quanto aos efeitos da exclusão, válido destacar o julgado de um dos casos de indignidade que mais repercutiram em todo o Brasil e no mundo, o caso de Suzane Louise Von Richthofen. Nesse caso, Andreas Albert Von Richthofen² ingressou com um litígio contra sua irmã, que com

² “ANDREAS ALBERT VON RICHTHOFEN moveu AÇÃO DE EXCLUSÃO DE HERANÇA em face de sua irmã SUZANE LOUISE VON RICHTHOFEN, por manifesta indignidade desta, pois teria ela, aos 31 de outubro de 2002, em companhia do seu namorado, Daniel Cravinhos de Paula e Silva, e do irmão dele, Cristian Cravinhos de Paula e Silva, barbaramente executado seus pais... Conheço desde logo do pedido, pois se trata de matéria exclusiva de direito,

a ajuda de seu cunhado e seu namorado, assassinou brutalmente os seus genitores.

Cabe destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n 334.773-RJ:

SUCCESSÃO. EXCLUSÃO. MAUS TRATOS. Trata-se de ação ordinária para exclusão de mulher da sucessão de tio, que apresentava problemas mentais por esclerose acentuada, anterior ao consórcio. O casamento restou anulado por vício da vontade do nubente, que também foi interditado a requerimento de uma das recorridas, bem como anulada a doação de apartamento à recorrente. Apesar de o recurso não ser conhecido pela Turma, o Tribunal *a quo* entendeu que, embora o efeito da coisa julgada em relação às três prestações jurisdicionais citadas reste adstrito ao art. 468 do CPC, os fundamentos contidos naquelas decisões, trazidos como prova documental, comprovam as ações e omissões da prática de maus tratos ao falecido enquanto durou o casamento, daí a previsibilidade do resultado morte. Ressaltou, ainda, que, apesar de o instituto da indignidade, não comportar interpretação extensiva, o desamparo à pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade comprovados (arts. 1.744, V, e 1.745, IV, ambos do CC) redundam em atentado à vida a evidenciar flagrante indignidade, o que leva à exclusão da mulher da sucessão testamentária. REsp 334.773-RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 21/5/2002.

No caso acima o fundamento que embasou a decisão para a incidência da exclusão da sucessão por indignidade, foi a interpretação de que o

estando a lide definida com a condenação penal, transitada em julgado, da herdeira Suzane Louise Von Richthofen pela morte de seus pais, pela qual foi condenada a 39 anos de reclusão e seis meses de detenção. A indignidade é uma sanção civil que causa a perda do direito sucessório, privando da fruição dos bens o herdeiro que se tornou indigno por se conduzir de forma injusta, como fez Suzane, contra quem lhe iria transmitir a herança... Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a presente Ação de Exclusão de Herança que Andreas Albert Von Richthofen moveu em face de Suzane Louise Von Richthofen e, em seqüência, declaro a indignidade da requerida em relação à herança deixada por seus pais, Manfred Albert Von Richthofen e Marísia Von Richthofen, em razão do trânsito em julgado da ação penal que a condenou criminalmente pela morte de ambos os seus genitores, nos exatos termos do disposto no artigo 1.814, I, do Código Civil. Condeno também a requerida a restituir os frutos e rendimentos dos bens da herança que porventura anteriormente percebeu, desde a abertura da sucessão, nos termos do § único, artigo 1.817, também do Código Civil. Condeno a requerida ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, que, diante dos critérios do art. 20, do Código de Processo Civil, fixo em 15 % sobre o valor corrigido da causa, ressalvando que tal verba será cobrada, se o caso, nos termos dos artigos 11, § 2º e 12, da Lei nº 1.060/50. Junte-se cópia deste decisório nos autos principais de inventário dos genitores do autor. P.R.I.”

desamparo a pessoa alienada acarretam em atentado à vida. Esta decisão representa um avanço da jurisprudência, pois apesar da legislação brasileira ser taxativa quanto os quesitos da exclusão da herança por indignidade, a interpretação que se deu foi que se houve negligência na obrigação do “cuidar, proteger”, quem negligenciou é responsável pelo resultado.

Ao pesquisar sob os filtros: sucessão, indignidade, destituição, foram encontrados muitos acórdãos, porém somente dois versavam sobre abandono, sendo que estes decidiram pela impossibilidade de suceder por indignidade em decorrência do desamparo. O rol seria o do art. 1814 taxativo, não havendo possibilidade de interpretação extensiva³.

O Superior Tribunal de Justiça também se manifesta sobre o tema: “A indignidade tem como finalidade impedir que aquele que atente contra os princípios basilares de justiça e da moral, nas hipóteses taxativamente previstas em ei, venha receber determinado acervo patrimonial, circunstâncias não verificadas na espécie” – g.n (STJ Terceira Turma Resp 1102360/RJ Rel. Min. MASSAMI UYEDA d.j. 09.02.2010.

E síntese pode-se inferir que a exclusão do sucessor quando se efetiva com base na indignidade busca penalizar civilmente o pretense sucessor que veio a cometer o ato, sendo que a referida sanção se dá somente após o trânsito em julgado da ação declaratória de indignidade, proposta por herdeiro ou legatário. Cabe destacar a necessidade de comprovação, ou seja, precisa estar presente uma das hipóteses contidas no artigo 1.814 do Código Civil, como já comentado.

³ Nesse sentido: TJMG-APELAÇÃO Cível 1.0079.12.016937-4/001, Relator (a): Des. (a) Peixoto Henriques, 7ª CAMARA CIVEL, julgamento em 20-5-2014, publicação da Súmula em 23.05.2014.

Conclusão

Pensando nesta temática, não seria “justo” que um pai e/ou uma mãe destituídos do poder familiar acabassem por suceder um filho que porventura venha a falecer. Suponha-se que uma criança que fora abandonada e maltratada pela genitora, em razão de possuir graves problemas de saúde, tivesse de ser acolhida institucionalmente.

Em razão de sua conduta, a mãe fosse destituída do poder familiar e, ainda em acolhimento institucional, a criança viesse a óbito, tendo deixado valores, em moeda corrente nacional e fruto de benefício previdenciário que recebia, a inventariar. Considerando que essa criança fosse registrada apenas no nome da genitora, a sua herdeira, consoante ordem de vocação hereditária, seria a mãe destituída do poder familiar, a não ser que declarada indigna fosse.

Por fim, conclui-se que, a indignidade tem a função de evitar que o herdeiro que cometeu atos de indignidade contra o de cujus, atos previamente e taxativamente, previstos em lei, se beneficie da herança, ficando excluído totalmente dos bens que lhe caberia. Não seria justo que o herdeiro, capaz de praticar atos reprováveis pela lei, contra seu genitor, fosse beneficiário da herança do mesmo.

Neste sentido, após esta breve pesquisa verificasse que no que diz respeito à indignidade, boa parte das alterações propostas estão respaldadas em entendimento doutrinário pátrio. Há interesse em verificar, ajustar e propor nova redação nos termos da lei buscando atender os anseios sócio jurídicos que permeiam o cotidiano, visando assim sancionar os que tentam se apropriar do que não é merecido.

Referências

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em 31 ago. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 31 ago 2018.

CATEB, Salomão de Araújo. Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 381.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15

FÁVERO, Eunice Teresinha. Rompimento dos vínculos do pátrio poder: condicionantes socioeconômicos e familiares. São Paulo: Veras Editora, 2001. p. 23.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva 2007, p.01.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro vol. 7 – direito das sucessões. 7. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti (Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 8. ed. São Paulo: Malheiros, p. 30).

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. 3ª Edição. 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil Direito das Sucessões. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: direito das sucessões. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, v.6, 2007. p. 108.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO Cível 1.0079.12.016937-4/001, Relator (a): Des. (a) Peixoto Henriques, 7ª CAMARA CIVEL, julgamento em 20-5-2014, publicação da Súmula em 23.05.2014.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: Direito das Sucessões; p.15. Francisco Jose Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 369.

Inseminação artificial *post mortem* e seus efeitos no direito sucessório brasileiro

*Carlos Eduardo Oliveira de Almeida*¹

*Thábata Santa Catarina de Souza*²

*Wellinton Silva Gnoatto*³

1 Introdução

Tendo em vista o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, é de suma importância se preocupar com os reflexos que mudanças como essa acarretaram no ordenamento jurídico brasileiro. Esse conjunto de inovações interferiu diretamente no direito sucessório, e as normas, que estavam vigentes no Brasil, precisaram adequar-se a real necessidade que a medicina estava apresentando.

A Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina (CFM,) foi o marco inicial da legislação sobre o assunto, todavia trouxe em seu texto apenas regras com o intuito de regulamentar a utilização das técnicas de reprodução assistida na área da saúde e no desenvolvimento de pesquisas envolvendo seres humanos, especificamente.

A regulamentação mais contemporânea no que tange o tema, é a Resolução nº 2.168/2017, a qual segue o mesmo padrão da anterior, visto que também se trata de um instrumento médico, amplamente utilizada pelos

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Endereço eletrônico: cealmeida1997@gmail.com

²Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Mestranda em Direito da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2478265556025667>. Endereço eletrônico: thabatao9898@gmail.com.br

³ Graduado em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de pesquisa GEDIPI (CNPq/IMED). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6141808568896343. Endereço eletrônico: wgnoatto.adv@gmail.com.

profissionais da área como um parâmetro ético, sem força de lei. Nos termos da Resolução de 2017, a realização da inseminação artificial *post mortem* é plenamente lícita quando há autorização prévia do(a) falecido(a).

Alguns projetos de lei chegaram a tramitar na Câmara dos Deputados, porém não houve modificações efetivas e a legislação brasileira prossegue sendo omissa e contraditória, principalmente, no âmbito sucessório.

A contradição reside no fato de que o artigo 1.798 do Código Civil não prevê a possibilidade do filho gerado através da inseminação artificial homóloga *post mortem*, ser enquadrado no rol dos herdeiros necessários, ou legítimos, sendo que, a única maneira de garantir seus direitos sucessórios seria através de um testamento.

A partir disso, este artigo por meio de uma metodologia hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, possui como problemática: É possível conceder direitos sucessórios ao filho concebido após a abertura da sucessão, por meio de inseminação artificial homóloga?

Destarte, o presente estudo tem como objetivo geral verificar o impacto que a possibilidade de realizar inseminação *post mortem* trouxe ao direito sucessório. Com fundamento no objetivo geral, tornou-se viável a elaboração de objetivos específicos, para contribuírem a uma avaliação mais crítica acerca do problema e, conseqüentemente, auxiliariam em sua solução.

A partir dos objetivos específicos, buscou-se analisar a legislação vigente sobre o tema, demonstrando que a mesma é omissa ao tratar do tema no viés do direito sucessório, analisar toda a legislação acerca do direito sucessório em si, e suas espécies, e, por fim, demonstrar que a partir da relativização do Princípio da Coexistência há possibilidade do filho concebido após a abertura da sucessão herdar.

Esse processo de estudo contempla o debate acerca dos conflitos criados pela evolução da medicina e torna-se justificado pela relevância que o tema exposto no presente artigo, possui perante o contexto social e acadêmico.

2 Reprodução humana assistida no ordenamento jurídico brasileiro e a omissão da legislação vigente

A medicina se desenvolve cada vez mais, sobretudo, no que concerne a reprodução humana assistida, buscando soluções aos problemas de infertilidade e suas repercussões emocionais. Conforme alude Rotania (2003, p. 8):

Intervenções e experiências com o processo de reprodução de seres vivos e da reprodução humana datam de alguns séculos. Os fatos que vêm ocorrendo no campo das ciências biológicas, médicas e afins são resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico que sofre mudanças significativas a partir da chamada Revolução Científica do século XVII e, sobretudo, nos séculos XIX e XX. No século XIX, as ciências biológicas se constituem em ciências modernas, seguindo a orientação do paradigma da experimentação, comprovação e matematização do mundo.

A fecundação artificial consiste em um processo de encontro entre o gameta masculino e o gameta feminino, através de métodos não naturais⁴. Nesse sentido, existem duas formas predominantes de técnicas reprodutivas, que são a Inseminação Artificial e a Fecundação In Vitro.

Por meio da Inseminação Artificial se introduzir o esperma no corpo da mulher, por meios não naturais, assim a fecundação ocorre dentro do corpo. Diferentemente da Fecundação In Vitro, na qual a fecundação é extracorpórea.

⁴ Enunciado nº 105 da I Jornada de Direito Civil: “As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como técnica de reprodução assistida”.

Tais procedimentos podem ocorrer de forma Homóloga ou Heteróloga. Chama-se Homóloga quando o óvulo e o esperma manipulados serão provenientes do casal que deseja ter um bebê. Já a denominação Heteróloga se dá quando, perante a impossibilidade, de um ou ambos os parceiros usar seu material genético, recorre-se a um doador externo, ou seja, a concepção acontece com a utilização de material genético de outrem, conquanto o marido será declarado o pai, por meio da presunção legal.

A evolução da reprodução assistida gerou inúmeros debates, acerca das implicações éticas que o avanço dessas tecnológicas acarreta. Trazendo questões extremamente sérias como, por exemplo, da herança, principalmente em relação à inseminação artificial *post mortem*, uma vez que “este tipo de reprodução assistida trouxe a possibilidade da viúva utilizar o sêmen criopreservado após a morte de seu marido, vindo a conceber um filho de pai pré-morto” (WINDER, 2007, p.72).

O marco inicial da legislação sobre o assunto foi uma Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), nº 1.358/92⁵. Trazendo em seu texto temas como a doação de gametas, a discricção acerca da identidade dos doadores e a exigência da utilização do “consentimento informado” para os casais e os doadores.

No entanto, a Resolução abordava apenas regras com o intuito de regulamentar a utilização das técnicas de Reprodução Assistida e Fertilização *In Vitro* para serem aplicadas nas áreas da saúde ou no desenvolvimento de pesquisas envolvendo seres humanos, especificamente.

Posteriormente alguns projetos de lei tramitaram Câmara dos Deputados, abordando a resolução, objetivando ampliá-la e criar um mecanismo de normas legais com respaldo social. Como, por exemplo, o

⁵ Conselho Federal de Medicina (Brasil). Resolução CFM nº 1.358, de 11 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

Projeto de Lei nº 3.638, o qual foi elaborado em 1993 com o fito de implementar normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida, sendo praticamente uma cópia da Resolução. Todavia, o referido projeto, apesar do decurso de tantos anos, encontra-se arquivado na Câmara.

Da mesma forma, tem-se o Projeto de Lei do Senado nº 90, de 1999⁶:

Esse documento encontra-se em fase mais avançada de tramitação junto ao Legislativo, conseguindo desencadear o debate social relativo ao assunto. Nas audiências públicas, estiveram presentes diferentes atores, incluindo profissionais, bioeticistas, religiosos e representantes da sociedade civil organizada. A introdução dessas novas vozes no cenário teve fundamental importância pois ampliou os horizontes e perspectivas relativos ao tema. O projeto tem passado por avaliação rigorosa e, como resultado, foram elaborados dois projetos substitutivos. (GUILHEM, PRADO, 2001, p. 116).

Enfim, na legislação brasileira não foram vislumbrados avanços significativos no que se refere à regulamentação das técnicas de reprodução assistida. Nessa conjuntura, a única regulamentação específica contemporânea é a resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Nada obstante, essa atualização normativa não contar com força de lei, é amplamente utilizada pelos profissionais da área da reprodução humana como um parâmetro ético. Nos termos da Resolução de 2017, a realização da inseminação artificial *post mortem* é plenamente ética e lícita quando há autorização prévia do(a) falecido(a) para o uso do material biológico (CFM, 2017).

No mais, a omissão em relação à capacidade sucessória dos filhos advindos desta técnica de reprodução prossegue. No entanto verifica-se as alterações e a efetiva normatização do tema são desejo de nossos legisladores e doutrinadores.

⁶ O projeto permanece aguardando decisão da câmara dos deputados (Projeto de Lei 1184/2003).

O Código Civil de 2002, por sua vez, acompanhou as mudanças da sociedade, incorporando as evoluções. Adaptando-se ao novo momento que o Direito de Família, concedeu mais relevância a intensidade das relações entre membros do núcleo familiar, muito embora tenha se mostrado tênue ao abordar esse tema, não regulamentando as modalidades de reprodução assistida.

O Código Civil vigente dispõe apenas acerca do aspecto sucessório a respeito da paternidade. Como ensina Carvalho (2010, p.271):

[...] os incisos III e IV do art. 1597⁷ afirmam que os filhos havidos por fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido, bem como os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários também decorrem de concepção artificial homóloga, são presumidamente concebidos na constância do matrimônio (embora por força de uma *ficta iuris*), tais dispositivos geram, em nosso sentir, e por consequência, efeitos sucessórios legais em favor destes.

Isso em razão de que “com a chegada da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6^o⁸, qualquer forma de discriminação entre filhos foram proibidas e instituiu o importante Princípio da Igualdade entre os Filhos” (MONTEIRO, 2010, p. 245). Nesse ponto, pretende-se normatizar todos os modelos de paternidade e filiação, sendo assim:

⁷ Código Civil. 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.

⁸ Constituição Federal. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 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.

A Constituição Federal, ao estatuir imperativamente o princípio da igualdade entre os filhos, inclusive em direitos e qualificações, impôs comando a todos - inclusive ao próprio Poder Público - de respeitar e promover o bem de todos os filhos, independentemente de suas origens - matrimonial ou extramatrimonial, natural ou civil -, sem a possibilidade destes sofrerem qualquer tipo de tratamento discriminatório, no sentido negativo. (GAMA, 2004, p. 10)

Corroborando com o Princípio da Igualdade entre os filhos, dá-se atenção ao superior interesse da criança e do adolescente, a partir da inclusão do Princípio do Melhor Interesse da criança no ordenamento jurídico de nosso país, como instrumento que impede restrições aos direitos que estes possuem.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (GAMA, 2008, p. 80)

Nesse ângulo, perante o Direito Sucessório e o de Família, prevalecem os Princípios Constitucionais e todos os filhos serão igualados. Tal fator justifica a ampliação da aplicação do artigo 1798⁹ do Código Civil de 2002 aos filhos concebidos *post mortem*, e por consequência relativizando o Princípio da Coexistência.

⁹ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (BRASIL, 2002).

Nota-se que tais interpretações são necessárias uma vez que o legislador não acompanhou os avanços da medicina, portanto, verifica-se a omissão da legislação sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida, sobretudo, no que tange a reprodução *post mortem*, sendo necessário partir de uma visão constitucional, tendo como alicerce a presunção de paternidade prevista no artigo 1.597, III do Código Civil.

Com efeito, a omissão legislativa no que tange o filho concebido *post mortem* indica que o caminho a ser seguido para suprir essa lacuna seriam as analogias e aplicações dos Princípios constitucionais, conforme já referido, na busca de efetivar um direito que já pertence ao embrião, antes mesmo de sua concepção.

Do mesmo modo, deve-se observar os Princípios do Biodireito, que por sua vez têm caráter humanístico e vinculação direta à justiça, possuindo como função esclarecer os limites das técnicas médicas e regulando as atividades da saúde (DINIZ, 2009). Ou seja, na omissão da lei, o direito volta-se a sua fonte norteadora, por se tratar de princípio constitucional, bem como volta-se para as diretrizes do Biodireito e da bioética, com a finalidade de suprir essa lacuna deixada pelo legislador, indicando um Código Civil já defasado.

3 O direito sucessório e suas espécies

A existência do direito sucessório contém origem longínqua, desde que o homem deixou de ser nômade e passou a obter patrimônios, surgindo, ao mesmo passo, estruturas nucleares de famílias. Com efeito, a estrutura na linha descendente masculina para usufruir do patrimônio é histórica, sendo justificado pela afirmativa de que o homem daria continuidade ao culto familiar (DIAS, 2011).

No Direito romano, foi cedida a faculdade para que o detentor dos bens possa testar o patrimônio, com total liberalidade. Todavia, houve

diversos abusos no sistema utilizado, fazendo com que fosse estipulada uma primeira espécie de legítima, conforme relata Daibert (1974, p. 13, *apud* RIZZARDO, 2011, p. 04):

[...] na defesa e preservação da própria família, o Direito romano, copiando o Direito grego, estabeleceu uma primeira restrição, um primeiro limite à liberdade de testar. Era uma quarta parte que deveria ser reservada aos parentes próximos do testador [...] Justiniano elevou aquela parte, chamada legítima, a um terço da sucessão, quando o sucessor tivesse quatro filhos, e à metade se tivesse mais de quatro filhos. Era a garantia e preservação do patrimônio em benefício da família.

No Brasil, o Direito sucessório, em reflexo ao modelo de sociedade do século XX, trazia em seu Código Civil (1916) a conceituação de família como aquela exclusivamente constituída através do casamento, sendo este indissolúvel. Com isso, não se admitia, na sucessão, os filhos havidos fora do casamento, caracterizados como “ilegítimos”, conforme preceitua. Nessa senda, havia uma aplicação discriminatória em relação aos filhos adotados que, após o advento da Carta Magna, foi reconhecido como inconstitucional (DIAS, 2011).

Destarte, com as manifestas discriminações desapropriadas e infundadas, em correlato com a evolução da sociedade, sobreveio a Constituição Federal de 1988 (CF/88), resguardando como direitos fundamentais a propriedade (art. 5º, XXII), realçando sua função social (art. 5º, XXIII) e, principalmente, designa o direito sucessório (art. 5º, XXX)¹⁰.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXX - é garantido o direito de herança. (grifo nosso); (BRASIL, 1998).

Com efeito, o inciso XXX, do art. 5º da CF, manifesta que a essência fundamental do direito à herança no ordenamento jurídico brasileiro foi estabelecida, como outros pressupostos, de forma genérica. Nesse passo, resta ao Código Civil Brasileiro, bem como as Leis esparsas, disciplinarem o tema em todos os âmbitos. Sendo estes infrutíferos, demonstra que o legislativo brasileiro não acompanha a sociedade em assuntos como o tema em epígrafe, e ocasione a inobservância ao Direito fundamental em análise, conforme ressalta Silveira e Araújo Neto (2013, p. 02):

A problemática não se verifica na concepção do filho concebido *post mortem*, e sim em seu campo sucessório, **onde ao provocar uma insegurança jurídica, gera controvérsias doutrinárias, por ausência de norma regulamentadora específica**, onde a solução deve ser dirimida não derrogando qualquer direito a sucessão (grifo nosso).

As evoluções sociais e tecnológicas, associadas à negligência legislativa, acarretam em ausência de norma reguladora de um direito fundamental, sendo necessário que o juiz decida com base nos princípios gerais do direito, conforme preceitua a CF/88, tornando-se, assim, um tema sem disciplina legal e ordinária.

3.1 Espécies de sucessão sob o viés da relativização do Princípio da Coexistência em face da reprodução artificial *post mortem*

No Direito sucessório, existem duas modalidades amplas de sucessão: a) a ocorrida em vida, que conforme refere Rizzardo (p. 05, 2011) “[...] assume as formas de doações, cessão de crédito e compra e venda”, e; b) ocorrida pela *causa mortis*, momento de abertura da sucessão. Outrossim, esta interessa para o tema proposto e possui algumas submodalidades que disciplinam a sucessão, quais sejam a: b.1) legítima (*ab intestato*); b.2) testamentária (*ex testamento*); b.3) universal; b.4) por cabeça, e; b.5) por estirpe (RIZZARDO, 2011).

Apesar de a maioria das submodalidades influírem efeitos sob a problematização em análise, dentro dessas, cabe uma análise maior da legítima e da testamentária.

Nessa senda, há uma previsão legal que norteia, de certo modo, eventual analogia a ser utilizada pelo juízo para decidir acerca do direito de herdar no problema em epígrafe. O Código Civil disciplina a matéria consonante à designação expressa: o testamento. O artigo 1.799, inciso I, do diploma legal¹¹, relata que é possível exercer a capacidade de suceder o filho que, mesmo não concebido, possa vir a existir. Todavia, há um requisito necessário: indicação expressa, em testamento, de quem será sua progenitora (SILVEIRA e ARAÚJO NETO, 2013). Com efeito, o requisito necessário mencionado para a obtenção de um direito fundamental e subentendido pela autorização de inseminação artificial é burocrática e obsta o exercício do direito nas mesmas condições, mas em modalidade diversa, qual seja a legítima, derivada da lei.

Conforme disciplinado de forma integral pelo ordenamento jurídico brasileiro que disciplina o direito sucessório, impera na transmissão do patrimônio, conjuntamente, a vocação hereditária de herdeiro necessário que haja sido concebido no momento da abertura da sucessão. Em que pese a personalidade civil tenha início após o nascimento com vida do detentor de direitos, o Código Civil preconiza os direitos do nascituro desde a concepção, no artigo 2º do referido diploma e, ademais, disciplina sua capacidade sucessória, no artigo 1.798 (DIAS, 2011).

Nesse passo é que se extrai a necessidade de utilização de analogia para se assegurar o direito. De fato, o legislador presumiu, ao estipular os direitos do nascituro, que este obterá personalidade civil com o

¹¹ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. (BRASIL, 2002).

nascimento. Nessa senda, infere a necessidade de regulamentação e relativização do Princípio da Coexistência quando se trata de vocação hereditária exercida na legítima, pois o *de cujus* expressamente autoriza a utilização de seu esperma para a fecundação, o que depreende sua vontade de ter um herdeiro “legítimo”¹².

Por conseguinte, alguns debates já foram aflorados e depreendem-se soluções empíricas para o tema, conforme ressalta Hironaka (p. 08, 2006):

[...] a respeito de capacitar-se à sucessão de seus genitores biológicos, o embrião pré-implantatório, penso que a questão se porta até que com certa tranqüilidade, **pois a doutrina tem mostrado que o conceito tradicional de nascituro – ser concebido e ainda não nascido – ampliou-se para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação)**. Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que *nascituro*, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o *locus* da concepção (grifo nosso).

No entendimento, cumpre ser efetuado no ordenamento jurídico brasileiro, pertinente ao direito das sucessões, uma (re) interpretação acerca do conceito de nascituro. Com isso, o componente genético que está depositado pela concepção *in vitro* já é um nascituro, pois sobrevém da mesma presunção de personalidade civil emancipada na legislação competente.

Como é sabido, quanto mais regimes políticos que inclinam à socialização, menor será a liberdade de testar, visto que está interligada com o patrimônio e, com isso, possibilita a destinação e disposição de como o *de*

¹² A utilização de aspas se justifica visto que no Código Civil anterior era resguardado o direito de suceder apenas aos filhos “legítimos”, estipulando a existência de filhos “ilegítimos” (concebidos fora da união matrimonial), o que despreza o princípio da igualdade de filiação. Todavia, o termo pejorativo permaneceu no ordenamento jurídico do País.

cujus entender pertinente, deixando de dirigir os bens à preponderância do conjunto social da família (RIZZARDO, 2011).

Todavia, quando o *de cuius* não deixa disposição testamentária ou algo em sentido contrário, o direito sucessório regula-se pela modalidade denominada de legítima. Nesse caso, encontra-se obstaculizada a efetivação do direito constitucional. Desse modo, cumpre enfatizar a lição doutrinada por Luiz Amorim e Euclides Benedito de Oliveira, dizendo o seguinte: “Com efeito, a ordem na vocação hereditária consagrada no Direito brasileiro é de caráter excludente, de modo que, chamados a suceder herdeiros de determinada classe, ficam automaticamente afastados os das classes subsequentes” (1992, p. 12, *apud* RIZZARDO, p. 07, 2011).

Nesse cenário atual legislativo, o descendente em linha reta do *de cuius* será ignorado como herdeiro necessário e desrespeitará, inclusive, a norma reguladora que o absteve. Conforme referem Silveira e Araújo Neto (p. 07, 2013) “[...] a infertilidade humana não pode privar o direito a procriação, ou seja, inadmite a extinção do direito de descendência [...]”, mas deve, efetivamente, prosseguir com uma evolução legislativa ao passo em que a medicina baliza os ditames do direito sucessório *post mortem*.

O embrião que está no banco de espermas é considerado como prole eventual, e não nascituro. A falha nessa classificação é que prole eventual designa aquele que eventualmente irá ser concebido, o que não é a realidade do embrião criopreservado, uma vez que o nível de certeza de seu nascimento é maior do que o da prole eventual. Inclusive, seu doador já firmou autorização para que seja utilizado para os devidos fins.

É impressionável destacar, também, que tal diferenciação conceitual deve ser levada em consideração quando se trata da capacidade sucessória da prole eventual e do nascituro, pois, o Código Civil somente garante o direito de sucessão àquela, na submodalidade testamentária, e não na legítima.

Verificadas essas diferenciações entre embrião preservado em banco de esperma com a finalidade de reprodução e a prole eventual, fica nítida a necessidade uma análise de qual lugar essa nova categoria ocuparia ao abrir-se a sucessão do *de cuius*. No mesmo sentido, conforme o entendimento de Hironaka (2006, p. 08) é “[...] desastrosa a separação jurídica ou legislada dos termos, pois que pode trazer mais confusão do que solução, pela interpretação (errada) de que sejam diferentes casos”.

Depreende-se desta inteligência a necessidade de uma readequação do entendimento aplicado pelo direito positivado em relação à legítima, visto que, em que pese haja entendimento de uma prévia solução na espécie testamentária de sucessão, um caso fortuito ou de força maior possa vir a declarar aberta a sucessão, e no cenário em pauta, haveria, indiscutivelmente, uma depredação do direito do herdeiro legítimo a concorrer com vocação hereditária.

A expectativa de direito, conforme a teoria natalista, não merece acolhimento no caso em tela, visto que há o entendimento de que a expectativa referida acontece até o momento em que nascituro, efetivamente, nasce com vida. Com efeito, a teoria conceptualista refere que, conforme parte final do art. 2º do Código Civil, que desde a concepção o nascituro obtém personalidade jurídica, sendo estes em relação à personalidade, e não aos patrimônios. Ao interpassar o a condição suspensiva, qual seja o nascimento com vida, a capacidade sucessória merece uma reinterpretação da teoria conceptualista, em vista de uma extensão da personalidade jurídica desde a concepção *in vitro*, visto ser pessoa por nascer (DIAS, 2011).

Desse modo, reconhecida a expectativa de direito desde a concepção *in vitro*, o embrião será parte da sucessão e participará do inventário, devendo haver um curador para os bens, conforme referido por Dias (p. 121, 2011), ao mencionar que “O fato de o herdeiro não ser nascido não impede

nem o inventário e nem a partilha. Os bens ficam na posse do curador”. Outrossim, o direito constitucional estará resguardado e assegurado.

Por final, em síntese do que foi supramencionado e complementando o que será referido adiante, a fim de resguardar os direitos constitucionais do embrião ainda não concebido, bem como dar efetividade ao Princípio da Igualdade de filiação, deve-se repensar o conceito de nascituro e, do mesmo modo, mitigar a teoria da coexistência, que é o grande empecilho à efetivação dos direitos fundamentais dos embriões criopreservados.

4 O direito sucessório do filho concebido após a abertura da sucessão e a relativização do princípio da coexistência

No que diz respeito ao assunto em pauta, a legislação vigente é omissa no viés do direito sucessório. Com efeito, além de ser omissa no tema, é contraditório em seus conceitos. Quanto a isso, tem-se o exemplo da redação do artigo 1.597, III, do Código Civil, que dispõe acerca da presunção de paternidade em relação aos filhos frutos de reprodução assistida.

Veja-se que, o mencionado artigo informa que os filhos havidos por fecundação artificial homóloga serão abrangidos pelos efeitos da paternidade, mesmo que concebidos após a morte do pai, porém, é claro, desde que com autorização do mesmo. No entanto, a contradição reside no fato de que o artigo 1.798 do Código Civil não prevê a possibilidade desse filho, gerado através da inseminação artificial homóloga *post mortem*, seja enquadrado no rol dos herdeiros necessários, ou legítimos, sendo que, a única maneira de garantir seus direitos sucessórios seria através de um testamento.

Não é compreensível a lógica utilizada pelo legislador ao escrever tais redações. Em nenhuma sociedade moderna poderia uma pessoa ser considerada filho(a), e ao mesmo tempo não ter seus direitos sucessórios

reconhecidos, salvo exceções de deserdação e indignidade. Uma coisa leva a outra, pode-se chamar de uma sucessão de fatores.

No direito civil atual, bem como em todo ramo do direito pátrio em que o tema for aplicado, conta-se com o importantíssimo Princípio da Igualdade de Filiação, dizendo que todos os filhos deverão ser tratados com direitos iguais. Para constatação, basta observar a Constituição Federal, que em seu capítulo VII trata, entre outros, da família, elencando mais especificamente o artigo 227, parágrafo sexto.

Percebe-se que já em 1988 o legislador tinha a intenção de garantir o Princípio de Igualdade entre os filhos, não importando sua origem. Do mesmo modo, o artigo 1º da Constituição, artigo esse que informa quais são os fundamentos da República Federativa do Brasil e que está sob o título dos princípios fundamentais, em seu inciso III¹³ explica que um dos fundamentos dessa república é a dignidade da pessoa humana.

Somente o referido princípio já seria suficiente para pregar uma igualdade de filiação, mas o legislador constituinte preferiu expressar o tema detalhadamente no artigo 227, parágrafo sexto. Segundo Lôbo (2011, p. 217-8), o Princípio da Igualdade de Filiação veio para reprimir as interpretações que se referiam as desigualdades de tratamento aos filhos, extinguindo, dessa forma, os traços diferenciadores nas relações de parentesco.

De outra banda, seguindo na análise do Código Civil, é fato que o legislador da época quis dar ao direito sucessório brasileiro um maior viés de proteção a família, e não somente patrimonial, como ocorre no ordenamento de alguns países, como os Estado Unidos da América, por exemplo.

¹³ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Comprovando o referido, tem-se o artigo 1.789 do diploma referido, que menciona o seguinte: “Art. 1789: Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança” (BRASIL, 2002). Assim, buscou-se preservar os direitos dos herdeiros necessários, que não podem ser excluídos da sucessão, exceto por causas específicas que determinem tal afastamento, conforme dispões os capítulos do Código Civil que tratam sobre deserdação e exclusão por indignidade.

Sendo assim, com a existência desse artigo, o legislador “fez coexistirem as formas sucessórias provenientes do direito romano (sucessão testamentária) e germânico (sucessão legítima), que privilegiam o direito de propriedade e o direito de família” (HIRONAKA, 2007. p. 52), sendo o modelo romano correspondente ao que privilegia a propriedade, e o germânico o que privilegia a família.

Além disso, outro dispositivo que protege o herdeiro legítimo trata-se do artigo 549 do Código Civil¹⁴, que considera nula a doação *inter vivos* que exceda o montante de cinquenta por cento do patrimônio do doador a época do evento, mesmo limite do testamento, conforme o artigo 1.789, pois, o código considera que, na hipótese de morrer o autor da doação no momento da mesma, os herdeiros legítimos devem ter seu patrimônio de herança protegido.

Após a exposição dos fatos narrados, e, deixando claro que a intenção do ordenamento jurídico é também proteger a família e não somente o patrimônio, não haveria porque deixar o filho concebido através de reprodução assistida fora do rol de herdeiros legítimos.

O maior obstáculo, como já mencionado, encontra-se no artigo 1.798 do Código Civil, que é o chamado Princípio da Coexistência. Tem esse

¹⁴ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberdade, poderia dispor em testamento. (BRASIL, 2002).

nome porque, conforme refere o dispositivo, somente estariam aptas a herdar as “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Segundo esse princípio, deve-se ter a “simultaneidade de existência entre o herdeiro concebido e o autor da herança” (HIRONAKA, 2007, p. 93).

O Princípio da Coexistência, no entanto, é mitigado, quando se trata de disposição testamentária do autor da herança, conforme se depreende da redação do artigo 1.799, I, do Código Civil. Conforme o referido dispositivo, o testador pode indicar como herdeiro os filhos ainda não concebidos, inclusive de terceiros, respeitando, é claro, a regra de concepção em até dois anos da abertura da herança, prevista pelo artigo 1.800, parágrafo quarto, do Código Civil¹⁵.

Pode-se dizer dessa maneira que, conforme a redação atual do código, compreende-se que o legislador infraconstitucional teve a intenção de dispor acerca da organização familiar, o que, segundo a Constituição Federal e o Código Civil, é uma incoerência.

No âmbito constitucional, têm-se o artigo 226, parágrafo sétimo¹⁶, destacando que o planejamento familiar é de livre decisão do casal e, indo além, informa que compete ao estado propiciar recursos científicos para o exercício desse direito, ou seja, além de dar liberdade a família para que se organize como quiser, o governo deve incentivar e apoiar os cônjuges ou companheiros que decidam utilizar dos métodos da reprodução assistida,

¹⁵ Art. 1.800.

[...]

§4º. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos. (BRASIL, 2002).

¹⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de 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. (BRASIL, 1988)

sem mencionar em momento algum se ambos os pais devem estar vivos para tal. Já na seara do Código Civil existe o artigo 1.565, parágrafo segundo¹⁷, que basicamente menciona a mesma coisa que já foi falada no âmbito constitucional.

Ademais, corroborando com o tema, tem-se o enunciado número 267¹⁸ da III Jornada de Direito Civil, informando que o embrião fruto de reprodução assistida tem seus direitos sucessórios garantidos. No entanto, não menciona se esse embrião é concebido *post mortem* ou não. Uma omissão da jurisprudência, assim como da lei, afinal, não existe motivo para que tal disposição não exista.

De outra banda, o material genético utilizado na reprodução assistida é parte do doador, e, sendo assim, necessita de sua autorização para que seja utilizado e, desse modo, tendo a autorização do doador para sua utilização dentro de seu núcleo familiar, sendo inclusive abrangido pela presunção de paternidade nesse caso, nada obsta ao embrião de que possua os mesmos direitos sucessórios que o nascituro, conforme o já informado artigo 1.798 do Código Civil. Sobre isso, Silveira e Araújo Neto (2013. p. 12) afirmam:

No que concerne aos materiais preservados nos bancos de sêmen, eles são de propriedade daquele que o produziu, podendo requerer dessa forma, a sua inutilização em qualquer instante. Requerer tal ato equivaleria a uma invalidação do fato praticado e, portanto, da autorização do depósito. Do mesmo

¹⁷ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

§2º. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL, 2002)

¹⁸ Enunciado 267, III Jornada de Direito Civil. Art. 1.798: A regra do artigo 1.798 do CC deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

modo, o manuseio do material em técnicas de inseminação estaria sujeito, assim, à autorização prévia e expressa, respeitando-se ao direito inerente que cada um possui de decidir sobre ser pai ou não.

Cabe observar também a Resolução CFM nº 1358/1992, que em seu inciso V dispõe sobre a criopreservação de gametas ou pré-embriões, dizendo mais especificamente que os cônjuges deverão dizer o destino que terão os pré-embriões criopreservados “em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”. Com efeito, tudo indica que os cônjuges ou companheiros tem total capacidade de compreender o ato que estão realizando, bem como presume-se que estejam atuando de sua plena vontade.

Pode-se falar ainda na I Jornada do Conselho da Justiça Federal de 2002, que em seu enunciado nº 106¹⁹ explica que, para que a paternidade do marido falecido seja presumida, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida, com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, bem como afirma que é necessária a autorização do marido para que se utilize seu material genético após a sua morte. Tudo isso somente indica que como requisito para o processo acontecer, os pais devem estar cientes, de acordo, e o homem fornecedor do material genético deve ter dado autorização expressa para que seu material seja utilizado após a sua morte. No entanto, mesmo em casos como esse, a legislação pátria não prevê o filho gerado *post mortem* como herdeiro, apesar das vontades dos pais, mesmo sendo o doador falecido, estarem claras.

Uma incoerência, de fato, uma vez que não existe tal impedimento ao se tratar de sucessão testamentária, como menciona o já referido artigo 1.799 do Código Civil, bem como já tratado anteriormente nesse trabalho,

¹⁹ Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>.

uma vez que o referido dispositivo legal mitiga o Princípio da Coexistência, permitindo que a chamada prole eventual, seres ainda não concebidos no momento da abertura da herança, venham a se tornar herdeiros testamentários, desde que nasçam com vida, e, respeitando as demais formalidades do artigo 1.800 do Código Civil.

Cabe indagar qual seria a diferença entre um filho gerado após a morte do autor da herança e um filho concebido antes da abertura da sucessão, uma vez que houve o consentimento legítimo desse para que o filho fosse gerado? De acordo com a Constituição Federal não deve existir nenhuma diferença uma vez que consagra a igualdade entre os filhos, independentemente da condição jurídica dos pais, e, segundo Silveira e Araújo Neto (2013, p. 12), “não é concebível que haja, em nosso ordenamento, qualquer limitação, pela lei, aos direitos dos filhos gerados pela fecundação *post mortem*”. Ainda, segundo os autores:

[...] a Constituição Federal de 1988 é nítida ao destacar o tratamento igualitário que se deve conceder aos filhos de um casal, não sendo lícito mitigar ou negar os seus direitos sucessórios, principalmente por terem sido frutos de um desejo recíproco e expresso de seus progenitores. Não seria cabível, portanto, que um infortúnio da vida afastasse essa possibilidade de reprodução do sentimento do parceiro sobrevivente, razão pela qual se defende essa técnica de concepção. (SILVEIRA E ARAÚJO NETO 2013, p. 15)

Seguindo esse entendimento, não restam dúvidas de que deve existir uma relativização do Princípio da Coexistência de que trata o artigo 1.798 do Código Civil. Segundo os ensinamentos de Silveira e Araújo Neto (2013, p. 19), sendo o filho concebido após a abertura da sucessão e não o considerar como herdeiro, contemplaria a violação de direitos inerentes e fundamentados na Constituição Federal, como, por exemplo, o Princípio

da Isonomia entre os filhos. Outrossim, além da mitigação da teoria afirmada, deve-se repensar o conceito de embrião criopreservado, pois, como visto, está incorreto compará-lo a prole eventual e diferenciá-lo de nascituro, uma vez que seus direitos devem ser protegidos antes mesmo de sua concepção, haja vista a carga legal que existe por trás de uma criopreservação de um embrião.

Por fim, não se deve discriminar ou distinguir filhos, sejam eles concebidos pelos métodos usuais ou por reprodução assistida. Uma vez considerado filho, deve ser considerado herdeiro e conseqüentemente deve ser protegido e abraçado por todos os princípios e direitos garantidos a seus irmãos e iguais. Do mesmo modo que não se pode discriminá-los durante a vida, não se pode fazê-lo antes dela.

Conclusão

No presente trabalho, foi possível chegar a conclusão que o Código Civil vigente já se encontra defasado, no que tange ao tema em tela. É sabido que a reprodução assistida é uma prática bastante utilizada nos dias atuais, como uma alternativa para que casais que antes não poderiam ter filhos, somente adotando, agora podem, efetivamente, ter um filho que compartilhe de seu *DNA*.

No entanto, conforme exposto, a legislação pátria não acompanhou tal avanço da tecnologia e medicina, mesmo que nosso atual Código Civil tenha entrado em vigor no ano de 2002, que, considerando a linha de tempo histórica, é recente. A regulamentação que temos sobre o assunto se exaure em resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Do mesmo modo, a legislação não avança quando se trata de regular o direito que tem o filho gerado através da reprodução assistida *post mortem* de suceder, criando uma insegurança jurídica, motivo pelo qual o

juiz julgador tem que voltar-se aos princípios constitucionais para avaliar os casos concretos.

Fato é que o legislador não reconhece o direito sucessório do filho concebido através de inseminação artificial *post mortem*, apesar de que na parte em que trata sobre o direito de família o mesmo legislador prevê a presunção de paternidade alcançado tal descendente. Outrossim, tendo em vista que o direito sucessório atual está disposto de forma que proteja tanto o patrimônio quanto a família, bem como tendo em mente o Princípio Constitucional da Igualdade entre Filhos, prega-se um reconhecimento da capacidade sucessória do filho mencionado.

Para tanto, as soluções que se propõem são as que preconizam a revisão do conceito de nascituro, a fim de encaixar o embrião criopreservado em tal categoria ou então criar uma nova categoria em que o direito sucessório alcance este, e, de outro modo, a mitigação do Princípio da Coexistência, presente no direito sucessório pátrio, desconstruindo o entendimento de que é preciso o herdeiro estar vivo ao momento da abertura da sucessão legítima.

Por fim, segundo os já mencionados textos da constituição, resoluções de conselhos de medicina, legislação infraconstitucional e princípios norteadores do direito, é plenamente possível que o filho concebido através de reprodução assistida homóloga após a morte do autor da herança tenha aptidão a suceder, sendo que, não concedê-lo este direito demonstra uma grave violação a carta magna, lei maior que rege nossa nação, bem como aos princípios éticos e morais, que servem de fundamento para as demais regras, jurídicas ou não, presentes na sociedade atual.

Referências

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução nº 1.358, de 11 de novembro de 1992. Disponível em:< http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

CARVALHO, Luis Paulo Vieira de. **Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e das Sucessões**. 2º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução RE no 2.168 de 10 de novembro de 2017**. normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em:<<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15609-15610-1-PB.htm>>. Acesso em: 05/08/2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas. 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança**. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, v. , p. 265-304.

GUILHEM, Dirce; PRADO, Mauro Machado do. **Bioética, Legislação e Tecnologias Reprodutivas**. Bioética (Brasília), Brasília – DF, v. 9, n.2, p. 113-126, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Revista Direitos Culturais, Rio de Janeiro, v. 2, n. 32, p. 63-72, set. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil, parte especial: do direito das sucessões**. vol.20; Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

MATOS JUNIOR, P. H. C.; SILVA, C. C. R. ; FARIA, F. C. ; ROCHA, L. R. N. ; REZENDE JUNIOR, L. ; REIS, L. E. A. ; MATTOS, M. T. S.. **Reprodução Assistida: Inseminação post-Mortem**. In: III Seminário científico da FACIG, 2017, Manhuaçu. II Jornada de iniciação científica, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 2: direito de família**, 40a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 425.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROTANIA, Ana Alejandra. **Dossiê Reprodução Humana Assistida**. 2003. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>>. Acesso em: 05/08/2018.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 1. 374p. Disponível em:

<file:///C:/Users/thaba/Downloads/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette_versao_simplificada.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2018.

SILVA, Diego Rodrigues. **O Direito Sucessório dos Inseminados *Post mortem* em Face dos Princípios Constitucionais.** EGOV. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direitosucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

SILVA, Pedro Magalhães da. **A inseminação artificial *post mortem* e o direito sucessório.** 2017. 70 f. Monografia - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11631/1/21207473.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomar da; ARAÚJO NETO, Henrique Batista de. **Inseminação artificial *post mortem* e suas implicações no âmbito sucessório.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 14, n. 32, p. 59-78, fev/mar.2013. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=insemina%C3%A7%C3%A3o+artificial+post+mortem+e+suas+implica%C3%A7%C3%B5es+no+ambito+sucess%C3%B3rio&btnG>. Acesso em: 05 ago. 2018.

SOUZA, Janice Bonfiglio Santos. **A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão.** 08/11/2006. 32 p. Monografia. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/janice.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2017.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética,** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

Relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade: um conflito de direitos fundamentais

*Bruna Bassi Vedana*¹
*Djéssica Kossmann da Silva*²

1 Introdução

A evolução dos métodos científicos acarreta grandes mudanças à população e, conseqüentemente, interfere direta e indiretamente no mundo jurídico. Nesse sentido, com a criação do exame de DNA contemplou-se uma inovação no conjunto probatório produzido em ações judiciais, especialmente em sede de investigação de paternidade, tanto que o referido exame tornou-se uma prova primordial para a análise do pedido de filiação. Ocorre que, à vista da contemporaneidade da descoberta do DNA, diversas ações já foram julgadas apenas com provas indiciárias, ou seja, sem a realização de exame genético.

De tal modo, com a nova descoberta, questiona-se a possibilidade de relativizar a coisa julgada, na qual está abarcada a decisão da ação de investigação de paternidade, possibilitando ao filho acesso à sua dignidade e ascendência biológica mediante a realização do exame de DNA. Depara-se, então, com um embate de Princípios fundamentais, quais sejam, o da Segurança Jurídica que o suposto pai tem com o trânsito em julgado da sentença, e o da Dignidade Humana, já que o filho possui o direito de ter reconhecida sua paternidade biológica.

¹ Bruna Bassi Vedana. Graduada em Direito pela Faculdade IMED. Pós-graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade IMED. E-mail: vedana.bruna@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Advogada. E-mail: .kossmann.djessica@gmail.com

Diante desta problemática, o presente artigo tem como objetivo a reflexão crítica acerca do tema e dos contornos da relativização da coisa julgada, em contraponto com a Segurança Jurídica e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, o primeiro capítulo consiste na conceituação do instituto da família, bem como na verificação das formas de reconhecimento de filiação; o segundo capítulo atenta-se à possibilidade de ingresso com uma ação de investigação de paternidade como forma de buscar o reconhecimento da ascendência genética, garantindo a dignidade do filho, além de promover uma análise das características da referida demanda e as modificações ocorridas com o surgimento do exame de DNA; e no terceiro capítulo busca-se averiguar as hipóteses em que se possibilita a mitigação da coisa julgada das sentenças que transitaram em julgado sem o esgotamento de todas as provas, especialmente a realização de exame genético e, assim, demonstrar o embate dos Princípios da Segurança Jurídica e da Dignidade Humana.

Para viabilizar o estudo, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, bem como a metodologia de análise monográfica e, ainda, em termos de técnica de pesquisa, será empregada a documentação indireta, realizando-se uma pesquisa bibliográfica, com estudo de artigos jurídicos, doutrinas e jurisprudência, acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade frente à democratização na realização do exame de DNA, considerando-se a colisão entre os Princípios da Segurança Jurídica e da Dignidade Humana.

2 O estado de filiação e a relevância do papel da família no desenvolvimento dos seres humanos

Ao tratar-se do instituto da família, verifica-se que esta é evidenciada como um conjunto de indivíduos interligados, seja por laços sanguíneos

ou afetivos, a qual proporciona um ambiente amplo e adequado para formação da personalidade e cidadania dos seres humanos. Desse modo, nela haverá a prestação de amparo ao indivíduo, podendo, inclusive, ser considerada como um “porto seguro” para os infantes. Afirma Gonçalves(2017, p. 15) que:

[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado.

Nessa perspectiva, destaca-se que é através da maternidade e paternidade que se origina o estado de filiação e, portanto, os deveres e direitos no que concerne ao crescimento das crianças, as quais se encontram em um processo constante de aprendizado e desenvolvimento, tanto físico quanto psíquico. Assim, no momento em que é constituída a família, os seres humanos deverão submeter-se às regras estabelecidas no âmbito do direito brasileiro acerca do poder familiar; isto é, deverão cumprir os deveres a que são incumbidos a fim de oferecer mecanismos apropriados em benefício dos filhos.

O Código Civil de 2002, em seu art. 22, determina que caberá aos pais o dever de sustento aos filhos, *in verbis*: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 2002). Da mesma maneira, o art. 1.634, I, refletindo acerca do exercício do Poder Familiar, estabelece que:

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; (BRASIL, 2002)

Na referida legislação, outrossim, em seu art. 1.597, I a V, há a previsão de determinadas circunstâncias em que se presume a paternidade do nascido, denominada “presunção *pater is est*”. Esta ocorrerá quando a criança nasce no período de 180 (cento e oitenta dias) após o início do casamento ou até 300 (trezentos) dias do fim da sociedade conjugal; quando provenientes de fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido já tenha falecido; quando se tratar de embriões excedentários e, por fim, quando forem resultantes de fecundação heteróloga, ou seja, que utiliza gametas de alguém fora do casal, havendo autorização do cônjuge (BRASIL, 2002).

De acordo com Tartuce (2007, p. 18), a aludida previsão visaria à proteção da criança, reconhecendo-se a maternidade quando do momento em que é concebida e a paternidade quando nasce, conforme:

O dispositivo está amparado na velha máxima latina *matersemper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*, que pode ser resumida da seguinte forma: *a maternidade é sempre certeza, a paternidade é presunção*. Ao trazer a presunção de paternidade, seja absoluta ou relativa, o dispositivo, de forma indireta, acaba reconhecendo o direito à paternidade a favor do nascituro.

Caso não se esteja diante das hipóteses supracitadas, os filhos ainda poderão ser reconhecidos por meio voluntário ou até mesmo judicial.

O reconhecimento tido como voluntário está previsto no art. 1.609, I a IV, do Código Civil (BRASIL, 2002), no art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), bem como no art. 1º, I a IV da lei 8.560/92 (BRASIL, 1992), sendo considerada em regra como irrevogável. Nessa perspectiva, Gonçalves (2017, p. 444) salienta que este, “[...] qualquer que seja a forma, será sempre irrevogável. Embora o testamento seja essencialmente revogável, não poderá sê-lo na parte em que o testador reconheceu o filho havido de relação extramatrimonial”.

Dispõem, portanto, os artigos 1.609 e 1.610, ambos do Código Civil (BRASIL, 2002), sobre as hipóteses de reconhecimento voluntário de paternidade:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

Todavia, quando o pai não procede a este reconhecimento, sendo o infante registrado somente no nome da mãe, é realizado um procedimento extrajudicial denominado “averiguação oficiosa de paternidade”, previsto no art. 2º da lei nº 8.560/92. De cunho administrativo, esta técnica tem como fito a identificação do pai do infante, oportunizando uma maior celeridade aos atos, visto que desnecessário o ingresso na via judicial para obter o reconhecimento da paternidade.

No caso, a mãe informa a identidade do suposto pai ao Oficial que lavrou a certidão de nascimento da criança e este, com as informações do homem, remeterá os documentos ao juízo competente, procedendo-se, então, à notificação do requerido, quem poderá anuir com ou negar tal alegação. Diante disso, nos casos em que confirma os fatos aduzidos pela mãe, é lavrada a averbação no registro de nascimento da criança com o nome do requerido. Contudo, se não contribuir com a elucidação dos fatos nesse viés, impõe-se o ingresso de uma ação de investigação de paternidade.

Assim, caso não haja reconhecimento voluntário e, em sede de averiguação da paternidade, o suposto pai não anua com as alegações da mãe, os autos serão remetidos ao Ministério Público para que este providencie o trâmite necessário. Nesta seara, destaca-se que a legitimidade do Órgão Ministerial é tida como extraordinária, podendo, inclusive, constituir ação própria ou ingressar como assistentes litisconsorciais. Para Gonçalves (2017, p. 460):

[...] a Lei n. 8.560/92 permite que a referida ação seja ajuizada pelo Ministério Público, na qualidade de parte, havendo elementos suficientes, quando o oficial do Registro Civil encaminhar ao juiz os dados sobre o suposto pai, fornecidos pela mãe ao registrar o filho (art. 2º, § 4º), ainda que o registro de nascimento tenha sido lavrado anteriormente à sua promulgação.

Ainda, observa-se que o suposto filho também possui legitimidade para ajuizá-la, podendo ser representado ou assistido por sua mãe ou seu tutor, caso absoluta ou relativamente incapaz. O suposto pai será a parte legítima para compor o polo passivo do feito e, se já falecido, a ação deverá ser direcionada aos seus herdeiros. Nesse sentido, Heller (*apud* FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 36) afirma:

Não tendo sido obtido o reconhecimento espontâneo de parentalidade, sequer por meio da averiguação oficiosa, os filhos – que não estão submetidos à presunção *pater is est* – deverão obter o reconhecimento de sua condição forçadamente, através de ação investigatória, dirigida contra o suposto genitor ou os herdeiros, com o propósito de obter a regularização do *status familiae*, bem como os consectários lógicos da perfilhação, como alimentos, nome, qualidade de herdeiro necessário etc.

Assim, a ação de investigação de paternidade buscaria a apuração da filiação quando o pai resiste ou se omite em reconhecer o filho no

momento do registro. Cabe ao filho, portanto, o direito de ajuizá-la, justamente pelo fato de que ele será o maior interessado na relação, pois, em decorrência da sentença que decretará tal paternidade, haverá o reconhecimento de diversos direitos ao requerente.

3 O reconhecimento da paternidade como direito fundamental à dignidade humana

A ação de investigação de paternidade é regulamentada pela lei nº 8.560/92 e possui cunho declaratório, tendo como intuito assegurar a honra, a integridade psíquica, o status de filho e o direito à origem genética, dentre outros.

Nesse sentido, destaca-se a proteção dada ao indivíduo mediante o respeito ao Princípio da Dignidade Humana, o qual a Constituição Federal consagra como um dos fundamentos da República brasileira, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Dessa forma, verifica-se que há grande preocupação com o ser humano. O direito à filiação e, portanto, o direito a real identidade pessoal, reflete a valorização do papel primordial desempenhado pela família na sociedade brasileira, sendo hoje fornecedora de um patrimônio não apenas genético, mas também sociocultural e de personalidade (BODIN de MORAES, 1998).

O que se observa é que o reconhecimento da paternidade interferirá direta e indiretamente na formação do ser humano, especialmente referente à sua cidadania. Tão relevante é essa ideia que o Estatuto da Criança

e do Adolescente, em seu art. 27, *caput*, relata que a aludida ação será personalíssima, indisponível e imprescritível.

No percurso da demanda poderão ser produzidas todas as provas que corroborem com a solução do caso. Ramificam-se, estas, em: prova documental, como um instrumento público que reconhece a filiação; prova testemunhal, obtida com a oitiva de outrem acerca da demonstração de vínculo afetivo entre os envolvidos, dentre outros; e prova pericial, realizada por meio de exame genético. Nesse sentido, confirma o artigo 2º-A da lei nº 12.004/09 (BRASIL, 2009):

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Em alicerce a esta legislação, encontra-se a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, em sua literalidade: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Observa-se, então, que tal presunção é relativa, ou seja, pode ser ilidida por prova em contrário. Assim, se não fica efetivamente comprovada a negativa de paternidade, a demanda do filho em ação de investigação de paternidade será julgada procedente. Entretanto, se o exame de DNA tiver resultado negativo, a ação será julgada improcedente e, conseqüentemente, não será decretada a paternidade.

Ora, cabe referir que diversas ações de investigação de paternidade, especialmente as mais antigas, foram julgadas sem o exaurimento de todos os tipos de prova pericial, como o exame genético, comumente conhecido como exame de DNA.

Tendo completado apenas 33 anos de seu surgimento, hoje pode-se afirmar que houve uma democratização no acesso ao exame genético, sendo ofertado gratuitamente em laboratórios públicos do país. Ora, dado que este é inovação relativamente nova, há, portanto, diversas demandas de investigação de paternidade já acobertadas pelo instituto da coisa julgada em que não houve a possibilidade de realização do exame.

Dessa maneira, quando ainda não havia o teste de DNA, as provas produzidas nas ações de investigação de paternidade eram extremamente restritas, tanto que essencialmente presumidas ou indiciárias. Além disso, ainda que as ações fossem instruídas por exames de sangue, não apresentavam a mesma certeza proporcionada pelo exame de DNA.

Descoberto em 1953 por James Watson e Francis Crick, o DNA, ou ácido desoxirribonucleico, designa um conjunto orgânico de moléculas que contém o código genético de todos os seres vivos, sendo o responsável pela transmissão das características hereditárias entre os indivíduos. Já em 1985, o geneticista britânico Alec Jeffreys descobriu ser possível a diferenciação entre sujeitos mediante a mera análise das sequências de combinações químicas do DNA (BODIN de MORAES, 1998).

A partir dessa descoberta, dispondo o exame de 99,98% de nível de certeza em seus resultados, bem como considerando a facilidade na sua realização, posto que pode ser feito mediante análise de praticamente qualquer tecido do corpo humano, abriram-se as portas para um reconhecimento real e cientificamente provado da paternidade biológica de determinado indivíduo.

Nessa perspectiva, necessário trazer à baila que, nas ações de investigação de paternidade em que já prolatada sentença de mérito, seja procedente ou improcedente aos pedidos do autor, esta já estaria coberta pelo manto da coisa julgada, não podendo, portanto, ser novamente questionada.

4 O conflito entre princípios constitucionais: Princípio da Segurança Jurídica *versus* Princípio da Dignidade Humana

O direito brasileiro dispõe que, ao se proferir sentença, já há possibilidade de interposição de recurso com o fito de reexaminar a decisão. Diante deste cenário, transcorrendo *in albis* o prazo recursal ou havendo exaustão dos recursos cabíveis, cria-se o instituto da coisa julgada.

Previsto no art. 6º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, denomina-se “coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (BRASIL, 1942).

De acordo com Theodoro Júnior (2015, p. 1080):

Para todo recurso a lei estipula prazo certo e preclusivo, de sorte que, vencido o termo legal, sem manifestação do vencido, ou depois de decididos todos os recursos interpostos, sem possibilidade de novas impugnações, a sentença torna-se definitiva e imutável.

Enquanto pendente o prazo de recurso, ou enquanto o recurso pendente de julgamento, a sentença apresenta-se apenas como um ato judicial, ato do magistrado tendente a traduzir a vontade da lei diante do caso concreto.

A vontade concreta da lei, no entanto, “somente pode ser única”. Por isso, apenas “pelo esgotamento dos prazos de recursos, excluída a possibilidade de nova formulação, é que a sentença, de simples ato do magistrado, passará a ser reconhecida pela ordem jurídica como a *emanação da vontade da lei*.”

Enquanto sujeita a recurso, a sentença não passa de “uma situação jurídica”. Os efeitos próprios da sentença só ocorrerão, de forma plena e definitiva, no momento em que não mais seja suscetível de reforma por meio de recursos.

Dessa forma, havendo trânsito em julgado de decisão de mérito, esta se torna imutável e indiscutível, conforme determinado no art. 502 do Código de Processo Civil, não podendo a matéria ser posteriormente rediscutida.

O instituto da coisa julgada é decorrência do princípio constitucional da Segurança Jurídica, indispensável ao Estado Democrático de Direito.

Explicitado em diversos preceitos da Constituição Federal, tem por objetivo a garantia da estabilidade das relações, conferindo credibilidade às normas jurídicas individualizadas que harmonizam com a legislação pátria. De acordo com Marinoni (2006, p. 234), “de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver seu conflito solucionado definitivamente”.

Por outro lado, Rocha (2009) destaca que o que se busca com a aplicação do direito é a realização da justiça por meio da compatibilização plena com a verdade jurídica, a qual não se encontra imperiosamente conectada com a estabilidade das decisões judiciais. Corroborando com esse pensamento Dinamarco (2002) ao afirmar que a Segurança Jurídica não deve se sobrepor aos demais princípios constitucionais, pois sequer a coisa julgada conduz à uma garantia de todos os valores intrinsecamente conectados ao conceito de justiça.

Assim, é nessa perspectiva de embate entre a compatibilização com a justiça e as normas jurídicas e a solidez proporcionada pelo instituto que se encontram as hipóteses de mitigação da coisa julgada, analisadas, a partir deste ponto, em relação à sua aplicação nas ações de investigação de paternidade.

Caso contemplada com uma absoluta intangibilidade, a coisa julgada daria azo a diversos imbróglis no sistema jurídico brasileiro, pois impediria a reparação de eventuais atos viciosos ou equívocos cometidos pelo julgador. Para tanto, no referente às ações de investigação de paternidade, discute-se acerca do cabimento de dois instrumentos criados para prevenir a estabilidade de tais erros, favorecendo, cada um, a proteção de um princípio constitucional.

O primeiro desses instrumentos jurídico-processuais é a denominada “Ação Rescisória”. Previstas suas hipóteses de admissibilidade nos incisos

do art. 966 do Código de Processo Civil, tal instituto tem como fito a eliminação dos riscos causados por um trânsito em julgado de decisão com vício de nulidade. Dessa forma, configurando-se alguma das circunstâncias previstas no artigo supra, é cabível a ação rescisória, proposta dentro do prazo de dois anos do trânsito em julgado da sentença.

No âmbito das ações de investigação de paternidade, o manejo de eventual ação rescisória teria por fundamento o inciso VII do artigo acima referido “[quando]obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável)”, combinado com o inciso VII do art. 485 do Código de Processo Civil, sendo cabível contra decisões proferidas em processos investigativos julgados improcedentes por falta de provas acerca da efetiva paternidade, como aquelas que transitaram em julgado sem a possibilidade de realização de exame genético.

À vista dessa problemática, coube ao Superior Tribunal de Justiça pronunciar-se, inicialmente, acerca da celeuma em sede de Recurso Especial: proposta ação de investigação de paternidade com pedido de utilização do exame de DNA, o requerido alegou a existência de coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes, onde se decidiu no sentido da impossibilidade de o réu ser pai dos autores da demanda à vista de existência de exame de sangue, mas não de DNA. O juízo de primeira instância rejeitou a arguição do suposto pai, determinando a realização do exame genético, com fundamento no direito dos autores de conhecerem a própria origem, do que houve a apresentação de recurso, sendo a decisão mantida pelo Tribunal *ad quem*, que elucidou:

Da primeira ação de investigação de paternidade, proposta no longínquo ano de 1.969, aos dias de hoje, a ciência e a tecnologia, como de todos é sabido,

deram um salto monumental, e os cientistas desvendaram a cadeia do DNA humano, permitindo exame, para a determinação ou exclusão da paternidade biológica, com certeza absoluta.

Seria uma solução por demais simplista, diante da complexidade da matéria, que não envolve só direitos constitucionais e processuais, mas, direitos humanos naturais de cada homem conhecer a própria origem, acolher a preliminar de coisa julgada material, suscitada pelo réu, ora agravante, e julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 6º, da LICC, dos arts. 267, V e VI, e 476 e seguintes, do CPC, e art. 5º, XXXVI, da CF. (Recurso Especial nº 706.987/SP, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Humberto Gomes de Barros. Julgado em 14/05/2008)

Frente a estas decisões, o requerido, ora recorrente, interpôs Recurso Especial, alegando ofensa aos artigos 267, incisos V e VI, e 467 do Código de Processo Civil de 1973 (atuais artigos 485 e 502 do NCPC), bem como ao art. 6º da LINDB.

Afirmou o relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, que a possibilidade de rediscussão da celeuma dependeria de julgamento de primeira instância improcedente por insuficiência probatória acerca da paternidade. Entretanto, como no caso concreto havia laudo pericial afastando categoricamente a possibilidade de o réu-recorrente ser o genitor dos autores, em que pese a ausência de exame de DNA, a decisão estaria coberta pela coisa julgada, somente podendo ser enfrentada em ação rescisória.

Em 14 de maio de 2008, o STJ decidiu, por maioria, pela procedência do REsp nº 706.987/SP (2004/0169973-1), entendendo pela primazia do Princípio da Segurança Jurídica e da intangibilidade do instituto da coisa julgada.

Acompanha-se a ementa da decisão:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta

reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 706.987/SP, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Humberto Gomes de Barros. Julgado em 14/05/2008)

Três anos após a controversa decisão do STJ, contudo, em análise a caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal procedeu ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, tornando-se decisão paradigma para as demais controvérsias acerca da existência de coisa julgada em ações de investigação de paternidade. Vê-se, então, o segundo instituto que visa a eliminação dos riscos causados por trânsito em julgado de decisão viciosa em casos de ação de investigação de paternidade: a relativização da coisa julgada.

Trata-se o caso de RE interposto contra decisão proferida em 1996 pela Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que extinguiu ação de investigação de paternidade, sem resolução de mérito, afirmando a ocorrência da coisa julgada, pois demanda idêntica já teria sido proposta entre as mesmas partes, cuja sentença improcedente por insuficiência de provas da paternidade já teria transitado em julgado.

Em 2010 o Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria, tendo em vista a discussão tangenciar os artigos 5º, incisos XXXVI e LXXIV, e 227, §6º, ambos da Constituição Federal. Havendo embate entre princípios, tendo, de um lado, a Segurança Jurídica proporcionada pelo instituto da coisa julgada e, do outro, a Dignidade Humana caracterizada pelo direito ao conhecimento da identidade pessoal do indivíduo, o relator Ministro Dias Toffoli, em seu voto, afastou a incidência do Princípio da Dignidade Humana ao caso, afirmando ser invocado abusivamente e, portanto, “se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá” (RE 363.889, p. 5).

Por fim, o relator optou pela prevalência do direito fundamental de acesso à informação genética, pois os meios probatórios utilizados nas demandas prévias careciam de solidez e certeza.

No mesmo sentido decidiu o Ministro Luiz Fux. Primeiramente, destacou a relevância da proteção à coisa julgada material, decorrente do Princípio da Segurança Jurídica, visto que promoveria a pacificação dos conflitos sociais, diminuindo as incertezas quanto ao Poder Judiciário. Contudo, o julgador enfatizou a busca da verdade real quanto à origem genética, dando, portanto, primazia ao Princípio da Dignidade Humana. Acompanha-se:

Sob este prisma, no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana há de ser tido como presente o direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo, que se desdobra, dentre outros aspectos, na identidade genética. A inserção de cada pessoa no mundo, para que possa realizar todas as suas potencialidades, é feita em função de sua história, projetando a auto-imagem e a identidade pessoal a partir de seus dados biológicos inseridos em sua formação, advindos de seus progenitores. É com o conhecimento do estado de filiação que se firmam as premissas da atribuição à pessoa humana de reconhecimento e de distinção no cenário social, permitindo sua autodeterminação no convívio com os iguais. (RE 363.889, p. 96)

Já outros julgadores, como o Ministro Marco Aurélio, posicionaram-se contra o relator, afirmando que, para a resolução de casos como o analisado em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, deveria ser utilizado o instituto da ação rescisória. Defendeu o Ministro a envergadura constitucional da coisa julgada e, portanto, a primazia do Princípio da Segurança Jurídica.

Por fim, em 02 de junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal deu provimento, por maioria, ao Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, decidindo no sentido da possibilidade de repropositura de ação de

investigação de paternidade em caso de inexistência de exame de DNA na demanda prévia, conforme desponta a ementa da decisão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420, *grifei*)

Se extrai da decisão, então, que o STF se refere à coisa julgada material como instituto com proteção constitucional, a qual, todavia, não possui um valor absoluto, podendo ser relativizada em casos de confronto com outros direitos fundamentais (CHAPARRO, 2012).

Com esta decisão, então, considerando a evolução das técnicas científicas, havendo a possibilidade de atingir a verdade real mediante a realização de exame de DNA, seria permitida a relativização da coisa julgada, independentemente de ação rescisória, com o fim de garantir o direito fundamental à busca da identidade genética.

A decisão do STF em sede do RE nº 363.889/DF deu primazia ao Princípio da Dignidade Humana e do conhecimento à real identidade genética. Para tanto, foi sustentada a evolução dos meios probatórios – como a democratização do acesso ao exame de DNA – e que a busca da verdade real, a genética, possibilitaria a relativização da coisa julgada, independentemente de interposição de ação rescisória.

Já a decisão inicial do STJ, contudo, no julgamento do REsp nº 706.987/SP, afirmou que a necessidade da prevalência da intangibilidade da coisa julgada estaria amparada na imprescindibilidade da segurança e confiança nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, independentemente do exaurimento dos meios probatórios. Dessa forma, para a mitigação da coisa julgada instituída mediante sentença em ação de investigação de paternidade, a única medida cabível seria a interposição de ação rescisória.

Diante desses posicionamentos divergentes, cabe referir que a decisão do STF se tornou paradigma interpretativo para tais casos. Isso porque, em 2014, a Terceira Turma do STJ, em sede do REsp nº 1.375.644/MG, admitiu a relativização da coisa julgada em demandas julgadas com base apenas nos meios probatórios disponíveis na época, tendo

em vista a possibilidade de se utilizar meios modernos, como o exame de DNA, para o reconhecimento da paternidade biológica.

Havendo trânsito em julgado de sentença que reconheceu a relação de filiação, o pai, posteriormente, ajuizou ação negatória de paternidade, afirmando a impossibilidade de ser o real genitor do filho, fato que poderia ser comprovado mediante realização de exame de DNA. Diante disso, bem como da orientação do julgado do STF, o STJ proferiu a seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. VÍNCULO DECLARADO EM ANTERIOR AÇÃO INVESTIGATIVA. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. VÍNCULO GENÉTICO AFASTADO POR EXAME DE DNA. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. PREVALÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada. 2. Admite-se o processamento e julgamento de ação negatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do STJ e do STF. (Recurso Especial nº 1.375.644/MG, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Nancy Andrighi. Julgado em 01/04/2014).

Portanto, conforme se evidencia pela análise das decisões das Cortes brasileiras, ainda há uma desarmonia quanto à forma de explorar a colisão dos princípios fundamentais envolvidos nas ações de investigação de paternidade: de um lado, o Princípio processual da Segurança Jurídica, proporcionado pela coisa julgada, e, de outro, o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e seu direito ao conhecimento de sua origem genética. Assim, não havendo uma forma correta, no sentido legislativo, de resolver a colisão dos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência utilizam-se da ponderação para a análise dos casos concretos.

Em que pese a teoria da relativização da coisa julgada independentemente de ação rescisória venha ganhando espaço no meio jurídico atualmente, havendo a primazia da verdade real sobre a formal, sua possibilidade ainda enfrenta muita resistência de alguns Tribunais e doutrinadores por receio à insegurança das relações estabelecidas.

A harmonia entre decisões proferidas encontra-se na ideia da existência de um equilíbrio entre os direitos fundamentais envolvidos. Assim, frente às inovações tecnológicas, como as possibilitadas pelo surgimento do exame de DNA, não se pode permitir uma absoluta imutabilidade do instituto da coisa julgada, sendo imprescindível refletir acerca dos valores constitucionais em questão, especialmente o valor da família e da identidade genética na construção da cidadania.

Conclusão

A família é ambiente propício para desenvolvimento humano, contribuindo ambos os pais para o aperfeiçoamento físico, psicológico e da personalidade de seus filhos. Tal contribuição é, ainda, contemplada no direito brasileiro ao passo que do estado de filiação originam-se diversos deveres, como os de sustento, saúde e educação das crianças.

Conforme supra demonstrado, o Código Civil prevê hipóteses de presunção de paternidade; a problemática surge, porém, quando o pai se omite ou se nega em reconhecer o filho. Assim, caso esse não contribua com uma eventual averiguação oficiosa de paternidade, poderá ser ajuizada uma ação de investigação de paternidade com o fito de constatar a real ascendência genética da criança.

Antigamente, as sentenças de tais ações eram prolatadas a partir da análise de provas indiciárias e presumidas. Ocorre que, com os avanços científicos e a criação do exame de DNA, houve uma inovação no que concerne às provas produzidas na referida ação, vez que o exame traz uma

certeza quase absoluta. Dessa forma, as sentenças em que houve a preclusão do prazo recursal encontrar-se-iam sob o manto da coisa julgada e, portanto, não poderiam mais ser questionadas.

Dessarte, indaga-se atualmente a possibilidade de rediscussão da matéria em ações de investigação de paternidade, posto que as inovações tecnológicas possibilitariam o conhecimento da verdade real, descobrindo-se a origem genética do filho. Nesse sentido, entram em conflito os Princípios da Segurança Jurídica, proporcionado pela coisa julgada, e o da Dignidade Humana, atingido com o conhecimento sobre sua ascendência genética.

Quando da análise das decisões dos Tribunais, percebeu-se que a inexistência de uma solução legislativa para tal conflito dá azo à posições e julgamentos divergentes. Ao passo que alguns doutrinadores e desembargadores dão primazia às normas processuais, prezando a segurança fornecida pela coisa julgada, outros reconhecem a necessidade de sua relativização, fomentando o conhecimento sobre a real identidade biológica, potencializando o direito à dignidade humana e à convivência familiar.

Diante dessa celeuma, a ponderação entre os direitos fundamentais é a medida cabível, sendo esta utilizada nas decisões das Cortes brasileiras analisadas. Em que pese o assunto não seja pacífico nem mesmo no âmbito dos Tribunais, a tese da possibilidade de relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade sem o exaurimento das provas periciais vem ganhando destaque. A consideração da verdade real ante a formal demonstra o crescente prestígio do direito à Dignidade Humana, expondo, assim, a necessidade da contemplação dos ideais humanos, bem como a adequação do processo civil brasileiro às realidades probatórias do mundo moderno.

Referências

BRASIL. **Constituição**, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8560.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 janeiro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018

BRASIL. Lei nº 12.004, de 29 de junho de 2009. **Altera a Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112004.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 14 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. **Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp> >. Acesso em: 14 ago. 2018.

BODIN de MORAES, Maria Celina. Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade. **Revista Forense**, v. 343, p. 157-168, 1998.

CHAPARRO, Fernando Meneguetti. Investigação de paternidade e o STF: relativização da coisa julgada?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11438>. Acesso em 22 ago. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Coisa julgada inconstitucional**. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HELLER, Fernando Pechansky. **Filiação e Presunção de Paternidade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2010. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/27343>>. Acesso em: 15 ago. 2018

MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63532/sobre_chamada_relativizacao_coisa.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Direito de Família – Averiguação e Investigação de paternidade**. Disponível em <<http://www.mppr.mp.br/pagina-6664.html>>. Acesso em: 10 ago. 2018

REIS, Sergio Douglas Mazzetti; CELLA, Aline Burin. Relativização da coisa julgada na ação de investigação de paternidade como forma de efetivação da cidadania. **Revista Direito, Cultura e Cidadania**. Vol. 1, nº 2, p. 99-110, dez. 2011. Disponível em: <http://facos.edu.br/publicacoes/revistas/direito_cultura_e_cidadania/dezembro_2011/#/page/109>. Acesso em: 20 ago. 2018

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. **Fórum Administrativo Direito Público FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57937>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 706.987/SP**, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Humberto Gomes de Barros. Julgado em 14/05/2008, DJU: 07/05/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RecursoExtraordinário nº 363.889/DF**, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Julgado em 02/06/2011, DJU: 16/12/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em 14 ago. 2018.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**, v. 6. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 56ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A (ir)responsabilidade do Estado pela morosidade na prestação jurisdicional em tempos de Estado Pós-Democrático

*Giulia Signor*¹

1 Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro assegura, por meio do texto constitucional e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil a celeridade, o devido processo legal, bem como a razoável duração do processo. Entretanto, atualmente verifica-se que o Poder Judiciário, devido à grande contingência de processos e outros fatores institucionais, viola tais garantias processuais acarretando em uma morosidade excessiva na prestação jurisdicional.

A partir da teoria da Responsabilidade Civil, mais precisamente da teoria objetiva adotada para responsabilizar os atos dos Entes Públicos, infere-se que a demora na prestação jurisdicional é passível de reparação civil. Contudo, verifica-se a tendência de o Estado adotar a teoria da irresponsabilidade, afastando a possibilidade da pretensão reparatória pelos indivíduos lesados pela morosidade do Poder Judiciário no julgamento dos processos.

Em tempos de Estado Pós-Democrático de Direito, onde os limites ao exercício do poder tornam-se fragilizados. O poder político e econômico ganha espaço nas decisões estatais, ocasionando uma relativização dos

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED, em sua área de concentração em Direito, Democracia e Sustentabilidade, linha de pesquisa em Efetividade do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade. Beneficiária da taxa PROSUP/CAPES. Advogada Membro dos grupos de pesquisa Latin America Privacy Hub e Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento, da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: giulia.signor@yahoo.com.br

direitos e garantias fundamentais, direitos esses que são os protagonistas na limitação do poder estatal. Dessa forma, o Estado Pós-Democrático passa a ser regulado pela racionalidade mercantil, afetando diretamente os interesses estatais, não prezando mais pelo interesse público, fazendo com que a ideia de uma responsabilização do Estado pela morosidade de seu Judiciário seja contrária aos objetivos estatais, uma vez que não beneficia o mesmo.

Nesse sentido, no presente artigo será discutida a possibilidade de responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional, através das teorias da Responsabilidade Civil, tendo em vista as causas da morosidade e as garantias constitucionais da razoável duração do processo, da celeridade e do devido processo legal, bem como se analisará a Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional em tempos de Estado Pós-Democrático de Direito.

O método de pesquisa utilizado é o método dedutivo, tendo como premissa maior a existência da possibilidade de responsabilização do Estado pela morosidade jurisdicional e premissa menor a efetivação da responsabilização no Estado Pós-Democrático de Direito, sendo usado como método de estudo a pesquisa bibliográfica.

O problema de pesquisa formulado para o presente de artigo pode ser resumido na seguinte indagação: Levando em consideração os princípios constitucionais acerca da razoável duração do processo, celeridade e devido processo legal, bem como as teorias da Responsabilidade Civil, torna-se possível a responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional no Estado Pós-Democrático de Direito?

A hipótese para essa pergunta, demonstra-se inicialmente que sob a ótica das teorias da Responsabilidade Civil procede a possibilidade de indenização pelos danos causados pela demora na prestação jurisdicional.

Entretanto, analisando os fundamentos do Estado Pós-Democrático, assevera-se que a responsabilização do Estado pela morosidade jurisdicional afasta-se dos interesses estatais, os quais são regulados pela lógica política e econômica.

O objetivo geral da pesquisa é investigar como a teoria da Responsabilidade Civil pode ser aplicada pra responsabilizar o Estado pela morosidade na prestação jurisdicional e como os fundamentos do Estado Pós-Democrático tendem a obstar a concretização dessa possibilidade de indenização. Os objetivos específicos são: a) Esclarecer qual a teoria de Responsabilidade Civil é aplicada para os atos praticados pelo Estado e de que modo poderá ser utilizada para responsabilizar o Estado pela morosidade na atividade jurisdicional; b) Analisar as causas da morosidade na atividade jurisdicional e como a demora viola diretamente as garantias constitucionais acerca da razoável duração do processo; c) Averiguar de que modo o Estado Pós-Democrático afeta no posicionamento do Judiciário Brasileiro para decidir pela irresponsabilidade do Estado pelos danos causados pela morosidade na atividade jurisdicional.

O primeiro tópico do artigo realizará a análise correspondente ao primeiro objetivo específico, analisando o que é a responsabilidade civil, qual teoria é aplicada para os atos praticados pelo Estado e de que maneira tal teoria poderá ser utilizada para uma possível indenização do Estado pela má prestação na atividade jurisdicional.

Já no segundo tópico do presente artigo compete analisar o segundo objetivo específico, ou seja, quais as causas e os responsáveis pela morosidade na prestação jurisdicional, bem como se ocorre a violação de direitos e garantias fundamentais pelo não cumprimento da razoável duração do processo.

No terceiro e último tópico, numa análise breve do que é o Estado Pós-Democrático, será averiguado de que modo o Estado afeta o

posicionamento do Judiciário na tendência de decidir pela irresponsabilidade e inexistência de danos causados pela morosidade da prestação jurisdicional.

2 Responsabilidade Civil do Estado: teoria objetiva e morosidade na atividade jurisdicional

Responsabilidade Civil é o termo utilizado no Direito Civil para definir o dever de reparar os danos provocados numa situação onde determinada pessoa sofre prejuízos jurídicos como consequência de atos ilícitos praticados por outrem. Os pressupostos da Responsabilidade Civil estão previstos no Código Civil vigente. De acordo com a lei, quando alguém comete um ato ilícito que acarreta danos à integridade física, à honra ou aos bens de outra pessoa, esta deverá ser proporcionalmente ressarcida.

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim 'respondere', responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana. (STOCO, 2007, p.114).

No caso do Estado, mais precisamente na prestação da tutela jurisdicional, precisa-se verificar que o elemento central não é a culpa pelo agir ou deixar de agir. A partir desse momento, não se menciona uma atitude expressa por pessoas, circunscritas nos limites de suas personalidades individuais, mas de seres humanos que atuam em nome de órgãos estatais. Esse é o ponto de partida da teoria objetiva.

Essa teoria, como se pode observar, se tornou o instrumento da mudança para que o Estado se tornasse uma unidade voltada apenas para o

cumprimento da promoção do bem comum e permitiu com que esse poder não se submetesse (ainda mais) à teoria da irresponsabilidade e incorporasse, para si, as regras de Direito Público.

Em outras palavras, quando o Estado incorporou a teoria da objetividade a fim de trazer maior transparência às suas atividades, esse acabou por excluir a verificação da culpa para fins de reparação. Nesse caso, destaca Alonso (2000, p. 153):

Na doutrina objetiva elimina-se o elemento subjetivo da relação de causalidade, constituindo a grande diferença da dogmática subjetiva, que tem como substrato, imprescindível e fundamental, a ilicitude da ação danosa, o erro de conduta ou a desobediência a uma norma preexistente, ao passo que naquela teoria não se cogita do bom ou mau comportamento do agente.

A partir da compreensão do que é Responsabilidade Civil e Teoria Objetiva, pode-se realizar uma análise sobre como deve o Estado reparar de danos a terceiros quando se constata, nesse caso, a demora da prestação da tutela jurisdicional. No Brasil, é adotada a Teoria do Risco Administrativo² quando se trata de Responsabilidade Civil do Estado, portanto, este deve responder pelos prejuízos causados a terceiros, salvo presente as excludentes de responsabilidade.

No âmbito da responsabilidade extracontratual, o Estado se responsabilizará pela prática de atos ilícitos que causem danos a terceiros, conforme prevê os artigos 186 e 187 do Código Civil. O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, o qual, ao violar direito e causar prejuízos a terceiros, deverá o Estado reparar o dano. O ato ilícito pode ser civil, penal ou administrativo.

² “Hoje a teoria dominante é a da responsabilidade objetiva por risco. Em outras palavras, como o Estado mobiliza instrumentos de grande potencial lesivo, ao assim fazer, está ele de antemão assumindo o risco pelos danos que daí advenham. Cumpre notar que, modernamente, vai-se, além da responsabilidade objetiva por risco, para aceitá-la em casos em que não comparece qualquer culpa por deficiência do serviço nem procedem do risco. É a chamada responsabilidade por atividade lícita”. (BASTOS, 1992, p. 171)

Nesse caso, a Responsabilidade Civil do Estado, mais especificadamente pela demora na prestação jurisdicional, se torna um dano perfeitamente ressarcível, comportando, ainda, suas duas possibilidades: o patrimonial e o moral. Patrimonial porque o prejuízo advindo da atividade estatal pode refletir diretamente no patrimônio da vítima, quer sob a modalidade de sua redução (danos emergentes, por exemplo), quer seja impedindo um aumento razoavelmente previsto (lucros cessantes) e, moral porque pode o Estado gerar danos de ordem extrapatrimonial, como a ofensa ao direito de liberdade, à integridade psíquica e corporal, violação à honra³, entre outros. Segundo Laspro (2000, p. 76):

A finalidade do ressarcimento não é produzir um enriquecimento sem causa para quem sofreu a ação ou omissão do Estado, mas sim repor as coisas, na medida do possível, à situação em que estavam. Por essa razão, a vítima não tem o direito ao ressarcimento se já recebeu a compensação de forma integral por terceiro ou pelo próprio agente. Da mesma forma, o dano pode ser moral ou patrimonial, isto é, deve ser ressarcido não somente o prejuízo econômico a que o indivíduo foi submetido, mas também aqueles relacionados à dor, à aflição, diante de uma determinada situação concreta. De fato, o ressarcimento pelo dano moral nada mais é do que a busca da reparação de direitos aos quais a vítima faz jus e que são integrantes de sua personalidade, ainda que, violados, não reflitam em uma diminuição de seu patrimônio.

Por esse motivo, qualquer interpretação que seja feita fora dos moldes da teoria objetiva, bastando comprovar a conexão entre nexos causal e o dano, ou dos preceitos enunciados pelo artigo 5º, LXXVIII combinado com artigo 37, 6º⁴, ambos da Constituição Federal caminha (de volta) para

³ “Agregue-se ainda que o dano decorrente ao jurisdicionado, passível de reparação, pode ser tanto material, pelo perecimento de direitos, bens ou patrimônio, bem como moral, pela injustificada angústia e expectativa geradas pela longa espera da tutela jurisdicional, que indubitavelmente pode redundar reflexos na personalidade humana, atingindo seu âmago, viabilizando a recomposição do dano moral”. (NANNI, 1999, p. 144)

⁴ “Por conseguinte, com a devida vênia de opiniões contrárias opostas, o § 6º, do art. 37 da Constituição Federal é aplicável ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, aos atos jurisdicionais, gerando o dever de responsabilização do

a irresponsabilidade estatal. Esse retroceder, seja quais forem os motivos, impede que haja o desenvolvimento democrático das instituições estatais as quais direcionam o seu agir em prol ao exercício da cidadania⁵ e da Dignidade da Pessoa Humana⁶.

3 Razoável duração do processo e morosidade na prestação jurisdicional: dever de responsabilização do Estado

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos a razoável duração do processo e os meios para garantir a sua celeridade. Esse direito contém previsão no Artigo 5º, inciso LXXVIII e foi incluído no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004. Além desses fatores, pode-se interpretar a existência do direito a razoável duração do processo no Artigo 93, inciso III, alínea “e”, também incluído pela Emenda Constitucional nº 45, a qual consta a seguinte redação: “[...] não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.” (BRASIL, 1988).

Entretanto, em momento algum, a Constituição esclarece o que seria o tempo razoável de duração do processo, bem como não define o que caracterizaria a demora na prestação jurisdicional. A doutrina tenta suprir essa omissão legislativa considerando que cada caso concreto deverá ser

Estado. Reforce-se que o próprio *caput* do art. 37 enuncia sua aplicação a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pelo que não se poderia concluir que no caso do Poder Judiciário, a responsabilidade estaria excluída”. (NANNI, 1999, p. 115)

⁵ “Assim, se essa morosidade acarretar algum dano ao particular, perecendo algum direito ou qualquer outro gravame decorrente da atividade omissiva do Poder Judiciário, presente o nexo de causalidade, estará a responsabilidade do Estado pela morosidade da prestação jurisdicional e assegurado o direito de reclamar a reparação do dano perante o Poder Público”. (NANNI, 1999, p. 144)

⁶ Essa é “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e considerações por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um contexto de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (SARLET, 2006, p. 60)

analisado de forma isolada por possuírem características próprias, não sendo possível estabelecer um prazo limite de duração de um processo (NOVAES, 2012, p.140).

Esse é um problema legislativo grave porque como é possível demandar do Poder Judiciário um tempo razoável quando não se tem critérios objetivos para se identificar quando o serviço público se torna moroso ou eficiente? A partir desse cenário, e como se pode constatar no cotidiano desse Poder Estatal, se torna dificultoso pleitear indenização pela morosidade pela prestação jurisdicional porque: a) nenhum magistrado reconhecerá a responsabilidade pelo dano causado por um de seus colegas; b) o excesso de litígios faz surgir o argumento de que prestação jurisdicional morosa não significa, em nenhum momento, ausência do serviço estatal.

Ressalta-se que a previsão da razoável duração do processo e da celeridade processual estão relacionados, diretamente, com a previsão do devido processo legal contida no Artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Tendo em vista a existência dos direitos fundamentais acima referidos, tem-se que a demora na prestação jurisdicional fere, também, o princípio do devido processo legal, conforme define Scabora (2011 p.65):

Assim, a cláusula do devido processo legal dá amplo suporte à responsabilidade civil do Estado, uma vez que, conforme o entendimento doutrinário, deve ser entendida em sentido amplo, extensivo: o direito a brevidade processual é um reflexo das liberdades individuais do jurisdicionado, a saber, o acesso a uma ordem jurídico justa.

Além das previsões constitucionais acerca da razoável duração processual, há igual previsão no Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, o qual o Brasil é signatário e foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

A partir desse pacto, a razoável duração do processo é alçada a categoria de direito individual e deve atender aos interesses da Administração Pública, especialmente sob o ângulo do Princípio da Eficiência.

Nesse sentido, é evidente que o processo deve ter duração razoável e célere, ainda que não esteja expressamente definido qual seria o prazo adequado. Cada caso concreto apresenta complexidade, tempo e características próprias. Nesse caso, é necessário que o processo cumpra a sua finalidade de solucionar o litígio, sem dilações indevidas e sem que cause mais danos as partes. Mecanismos legais e institucionais existem para que os prazos possam ser cumpridos sem que pessoas venham a falecer pelo excesso de tempo na resposta jurisdicional, impedindo-as de que, no seu tempo de vida, pudessem gozar ou não dos direitos pleiteados.

Apesar desses fatores, nota-se que, não obstante existam as garantias da duração razoável do processo e da celeridade, o Judiciário brasileiro enfrenta uma grande morosidade na prestação jurisdicional, a qual afeta tanto o próprio judiciário como também gera consequências para a sociedade (NOVAES, 2012, p.140). Diversas são as causas para a morosidade, as quais pode-se destacar a grande contingência de processos, a falta de estrutura do Poder Judiciário e a não utilização dos meios informatizados. Nesse sentido, discorre Novaes:

Os problemas enfrentados pelo Judiciário, se devem, em grande parte, a um orçamento insuficiente para enfrentar suas demandas, as quais possibilitem a expansão da sua estrutura compatível com o crescimento da população brasileira, além de impossibilitar a modernização das suas estruturas de atendimento à sociedade. Urge há tempos a instalação de mais varas e contratações de mais juízes e funcionários através de novos concursos públicos. Algumas reformas já foram feitas, porém por terem sido tímidas não foram suficientes frente à dimensão do problema. Com a criação dos juizados especiais, pelas leis 9.099/95 e 10.259/01, cujo objetivo era acelerar os

procedimentos de menor porte, houve a princípio um desafogamento das varas comuns, porém atualmente o que era para ser resolvido mais rapidamente está demorando muitos anos, o que dificulta o acesso das pessoas menos favorecidas ao judiciário.

Observa-se necessária uma reforma no Poder Judiciário, de forma que possa não somente dirimir os conflitos, mas, também, que possa cumprir efetivamente com a sua finalidade sem que cause maiores lesões as partes envolvidas, e garantir de forma efetiva os direitos individuais da razoável duração do processo e da celeridade, bem como do devido processo legal conforme foi demonstrado acima.

Atualmente, o Código de Processo Civil prevê a responsabilização do julgador pelos danos causados as partes no curso do processo quando: a) proceder com dolo ou fraude, no exercício de suas funções; b) recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (BRASIL, 2015). Essa possibilidade encontra-se tipificada no artigo 143 do Código de Processo Civil.

Entretanto, a responsabilização pela morosidade jurisdicional não se enquadra nas hipóteses contidas nos incisos do artigo 143, deduzindo-se que o Judiciário apenas será responsabilizado caso a sua conduta se enquadrar no rol taxativo do referido artigo, sendo necessária interpretação extensiva da contida no dispositivo legal, abrangendo, principalmente, a responsabilidade do Estado pelos atos da Administração Pública.

A Responsabilidade Civil do Estado entra como forma de reduzir os danos causados por essa demora na prestação jurisdicional. Dessa forma, uma vez que o Poder Judiciário é componente da Administração Pública direta do Estado, a demora na prestação jurisdicional pode ser interpretada como uma má prestação do serviço público, ou seja, passível de indenização conforme a disposição contida no artigo 37, §6º da

Constituição Federal, uma vez que essa previsão legal não excetua nenhum dos poderes do Estado, ou seja, no Estado Democrático de Direito não cabe mais o argumento da irresponsabilidade estatal (*the king can do no wrong*) encoberto pelo manto da morosidade de um serviço público. Na Constituição Federal de 1988 esses limites estão postos no artigo 37, §6º e podem ser entendidos da seguinte forma: ao ocorrer a comprovação do nexos causal entre a prestação intempestiva do Poder Judiciário e o dano criado por essa atitude pode o Poder Público responder pelo ato e, posteriormente, verificar qual foi(ram) o(s) agente(s) no(s) qual(is) praticou(aram) a morosidade do serviço e cobrar desses o que foi pago em termos de indenização.

A responsabilidade do Estado nos casos de demora pela prestação jurisdicional exemplifica-se pelos problemas anteriormente retratados, cuja a omissão do Estado, caracterizada pela “[...] própria ineficiência do Estado na manutenção e provimento de recursos materiais e pessoais aos órgão jurisdicionais, a fim de proporcionar o adequado funcionamento da máquina judiciária [...]” (ARAÚJO; FEITOSA, 2008, p. 200).

A jurisprudência brasileira posiciona-se, em sua maioria, pela irresponsabilidade do Estado nos casos de dano causado pela má prestação do serviço jurisdicional, seja este por ação ou omissão. Não há decisões dos tribunais condenando o Estado pelos danos causados aos litigantes, demonstrando a completa oposição entre a posição do Judiciário brasileiro com a posição prevalecente na doutrina. Nesse sentido, destaca-se a decisão monocrática do Agravo de Instrumento nº 1.301.640 – RJ, de relatoria do Ministro Humberto Martins, que assim referiu:

PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – NÃO CARACTERIZADA –MULTA DO ART. 538 DO CPC – REEXAME –

IMPOSSIBILIDADE - ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ - AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por SÔNIA MARIA PERES E OUTROS de decisão que obistou a subida do recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fl. 110 e):

"CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM RAZÃO DE APONTADOS ERRO JUDICIÁRIO E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO EM MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO QUE PERDUROU POR QUASE DUAS DÉCADAS. [...]

Em seu recurso especial, os agravantes alegam violação dos arts. 535, 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, art. 8º, inciso I, do Pacto de San José da Costa Rica, positivado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678/1992. Os autores sustentam ocorrência de erro judiciário, bem como a violação do princípio da duração razoável do processo, inserido na Constituição Federal como direito fundamental pela EC 45/04. (...)

É, no essencial, o relatório.

Não alcança perspectiva de êxito a pretensão recursal

[...]

A condenação do Estado pela demora na prestação jurisdicional, matéria que, por ausência de previsão legal, não merece acolhida doutrinária e jurisprudencial.

Conforme o voto acima colacionado, demonstra-se que o Judiciário brasileiro não acolhe a teoria da responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional, argumentando que não há previsão legal para que ocorra a condenação, ainda que seja de medida cautelar de arresto que perdurou por duas décadas, como é o caso acima descrito. Diferentemente do Brasil, países como a Itália, França e Portugal condenam, efetivamente, o Estado pela deficiência na prestação jurisdicional, pertinente à demora

no dever de julgar, possuindo previsão legal que garante essa indenização (COSTA, 2011, p. 48).

Dessa forma, e considerando a existência de precedentes no direito comparado sobre a possibilidade de responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional e a posição doutrinária favorável a essa interpretação, é necessário o reconhecimento da viabilidade de penalização do Estado pela denegação de justiça, uma vez que não causa somente dano as partes envolvidas, como também fere direitos fundamentais, tal como o devido processo legal, razoável duração do processo e celeridade, todos previstos no texto constitucional, bem como em tratados internacionais no qual o Brasil é signatário.

4 Morosidade jurisdicional em tempos de Estado Pós Democrático

Diante da compreensão acerca da existência da morosidade jurisdicional e do dever de responsabilização do Estado pelos danos causados aos litigantes, necessário se faz analisar o porquê da relutância dos Poderes em reconhecerem a viabilidade de penalização do Estado. Nesse sentido, a teoria de Rubens Casara sobre o Estado Pós-Democrático verifica as causas fomentadoras do não-reconhecimento da Responsabilidade Civil do Estado pela morosidade na prestação jurisdicional.

Primeiramente, é imprescindível compreender o que é o Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático tem como principal característica a limitação do exercício do poder, visando restringir a arbitrariedade e a opressão, bem como, por consequência, o exercício pleno da liberdade de todos. Essa liberdade máxima é refletida nos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que visam limitar o exercício do poder. Nesse sentido, trata-se de um Estado em que tanto os indivíduos, quanto os agentes públicos estão sujeitos à lei e, principalmente, a Constituição (CASARA, 2017, p. 23-24).

Importante ressaltar que, mesmo no Estado Democrático de Direito ocorrem manifestações que extrapolam a legalidade, sejam elas cometidas por particulares ou pelo próprio Estado, porque, segundo Casara:

“[...] ao contrário do que muitos defendem, é o poder político que estabelece e condiciona o direito. Condicionado, o direito tende a ser afastado sempre que necessário à realização do poder. [...] Nesse movimento de expansão do poder, podem existir crises do Estado Democrático de Direito.” (CASARA, 2017, p. 25).

A crise, ou superação do Estado Democrático se evidencia a partir da reaproximação do poder político e do poder econômico, aflorando, por consequência o pensamento autoritário. Nesse passo, os valores democráticos e os limites ao exercício do poder tornam-se relativizados, tendendo ao desaparecimento. Conforme define Casara (2017, p.26-27):

Por ‘Pós-Democrático’, na ausência de um termo melhor, entende-se um Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor. No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador. O ganho democrático que se deu com o Estado Moderno, nascido da separação entre o poder político e o poder econômico, desaparece na pós-democracia e, nesse particular, pode-se falar em uma espécie de regressão pré-moderna, que se caracteriza pela vigência de um absolutismo de mercado.

Nesse passo, com o surgimento do período denominado “Pós-Democrático”, percebe-se que o Estado começa a ser pautado pelos preceitos econômicos e políticos, ocasionando uma relativização dos limites do exercício desse poder e, principalmente dos direitos e garantias fundamentais,

uma vez que são esses os protagonistas ao limitar o poder estatal. Na concepção pós democrática, permanece a fachada democrática, porém as decisões políticas passam a ser tomadas pelos detentores do mercado. Esses são sintomas de um cenário de comodidade entre os magistrados cujos erros não estão sob o julgamento da racionalidade pública, mas da racionalidade mercantil, ou seja, para quem é benéfico a irresponsabilidade dos juízes quando ocorre a demora da prestação da tutela jurisdicional? Nesse caso, destaca Casara (2017, p.25-26):

Os sintomas pós-democráticos estão presentes na sociedade, da mercantilização do mundo à sociedade do espetáculo, do despotismo do mercado ao narcisismo extremo, da reaproximação entre o poder político e o poder econômico ao crescimento do pensamento autoritário, valores democráticos e dos correlatos limites rígidos ao exercício do poder, que hoje existem apenas como um simulacro, como um totem que evoca conquistas civilizatórias do passado, mas que hoje não passam de lembranças que confortam.

A partir dessa compreensão acerca da diferença entre o Estado Democrático de Direito e o Estado Pós-Democrático, pode-se inferir que, uma vez que há o crescimento no poder econômico e a influência direta no poder estatal, pois os objetivos do Estado serão regulados pelos interesses dos detentores do mercado e aquilo que lhes for mais favorável. Numa relação direta com o que foi tratado nos tópicos anteriores, tem-se que a possibilidade de uma responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicionais e os danos causados tendem a ir na direção oposta dos fundamentos da Pós-Democracia.

A responsabilização civil do Estado pelos danos causados a partir da demora na prestação jurisdicional e pelo descumprimento dos direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal demonstraria, na prática, uma limitação do Poder Judiciário brasileiro, tendo em vista que atribuiria

à população o direito de reclamar da má prestação desse serviço público. Nesse sentido, disserta Modesto (2002, p. 308):

A responsabilidade dos exercentes de poder caracteriza-se como uma das notas básicas do ideário republicano, consagrado entre nós, sendo indispensável em qualquer organização política que almeje a condição de Estado Democrático de Direito. Por isso, a irreparabilidade dos danos causados pela prestação jurisdicional, ou pela demora injustificada na prestação jurisdicional, não pode deixar de indignar. A indignação, por si só, não transforma as realidades, mas pode servir como um excelente ponto de partida para novas posturas diante do problema. Não há na situação atual apenas a vitória de uma tese iníqua, de um discurso restritivo, mas um autêntico problema concreto de controle do poder. Todavia, o poder, como se sabe, somente cede quando encontra outro poder, que lhe contenha e limite, o que até o momento, enquanto cidadãos, não conseguimos organizar e efetivar. É mais uma manifestação de nossa pobreza política, tão ou mais grave do que a pobreza econômica de que somos vítimas. Trata-se de uma situação político-jurídica que todos nós estamos desafiados a modificar, com a prudência e as cautelas devidas, mas sem demora.

Nessa linha de pensamento, demonstra-se que apenas a evidente necessidade da responsabilização do Estado pela morosidade não é o suficiente para que, de fato, essa seja reconhecida e exercida. Tendo em vista que o Estado é regulado pelos interesses econômicos e políticos, a irresponsabilidade do Estado é economicamente mais favorável a esses interesses e, como referido anteriormente, o poder popular não é suficientemente forte para limitar e conter o poder jurisdicional estatal. O exercício de controle e supervisão feito pela Sociedade sobre a eficiência dos serviços públicos se torna uma realidade cada vez mais distante sob o ângulo de uma racionalidade mercantil na qual recompensa o Estado por fomentar a desigualdade social.

Conclusão

A partir dos argumentos já demonstrados, verifica-se que, através da teoria da Responsabilidade Civil pelos atos praticados pelo Estado, é possível a indenização pelos danos causados as partes pela demora na prestação jurisdicional. Importante destacar que a morosidade é causada tanto pela grande quantidade de processos em trâmite no Judiciário brasileiro, quanto pela falta de estrutura e investimento do Estado a fim de que seja possível assegurar as garantias constitucionais da razoável duração do processo, da celeridade e do devido processo legal. Nesse sentido, tem-se que a demora na prestação jurisdicional é causada principalmente pela omissão do Estado em efetivar melhorias no Poder Judiciário, como a informatização dos meios processuais e a expansão e modernização de suas estruturas.

Entretanto, apesar dos direitos constitucionais acerca da razoável duração do processo, a jurisprudência posiciona-se pela teoria da irresponsabilidade do Estado, sustentando que não há previsão legal que prevê a condenação do Estado para indenizar as partes pelos danos causados, sejam morais ou patrimoniais, pela má prestação do serviço público.

Relacionando o posicionamento do Judiciário pela irresponsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional com a teoria do Estado Pós-Democrático, infere-se que esse posicionamento vai de encontro com os fundamentos do Estado. Na lógica da Pós-Democracia, onde o Estado é regulado pelos interesses econômicos e políticos, não se demonstra benéfico que o Estado reconheça a existência de danos passíveis de indenização causados pela morosidade jurisdicional, uma vez que tal reconhecimento direciona-se para o enfraquecimento do poder estatal e o aumento da soberania popular.

Desse modo, confirma-se a hipótese de pesquisa de que há a possibilidade de responsabilização do Estado pela morosidade na prestação

jurisdicional, entretanto tal possibilidade torna-se obstada pelos interesses econômicos e políticos que regulam o Estado Pós-Democrático, tornando a supervisão popular sobre a eficiência do serviço público uma realidade mais distante.

Referências

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAUJO, Deborah Borges ; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira . **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v. 13, p. 196-204, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm > Acesso em 16.08.2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento 1.301.640/RJ**. Relatoria Min. Humberto Martins. Julgado em 17/05/2010. DeJ 19/05/2010.

CASARA, Rubens. R. R. **Estado pós-democrático**: neobscurantismo e gestão dos indesejáveis [Versão Kindle]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COSTA, Camila Dutra de Oliveira. **A Responsabilidade do Estado na Demora da Prestação Jurisdicional**: O Acesso à Justiça e a Duração Razoável do Processo sob a perspectiva Democrática atual. [trabalho de conclusão de curso]. Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora – 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Assinado em 22 de novembro de 1969. Disponível em

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>

Acesso em 16.08.2018.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MODESTO, Paulo. **Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Revista de Direito Administrativo – FGV, vol. 227, 2002. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46913>> Acesso em 19.08.2018.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NOVAES, Núbia Soares. **A responsabilidade do estado pela morosidade na prestação jurisdicional**. Revista da Faculdade de Direito – UFU, vol.40, n.1, 2012. Disponível em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18362>> Acesso em 16.08.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCABORA, Felipe Casellato. Responsabilidade civil do Estado e morosidade processual. **RDM UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE**, v. 10, p. 48-89, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O dano existencial da pessoa jurídica na Lei 13.467/2017

*Guilherme de Avilla Mezzalira*¹

*Iuri Bolesina*²

1 Introdução

Introduzida ao ordenamento jurídico, a Lei 13.467/2017, denominada “reforma trabalhista” trouxe muitas mudanças à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que afetaram diretamente a relação de emprego, dentre estas mudanças está o Título II-A que se refere ao Dano Extrapatrimonial e estabeleceu em seu artigo 223-B que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofende a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação” e no artigo 223-D “A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica”. Assim este artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação do dano existencial à pessoa jurídica trazida pela referida lei.

Como problema, aponta como se dará a ocorrência do dano existencial da pessoa jurídica a partir dos artigos 223-B e 223-D da lei. E como hipóteses a verificação da ocorrência de dano existencial à pessoa jurídica como possível, desde que se possa identificar nesse dano gravidade tal que

¹ Advogado, Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - IMED. Graduado em Direito - Faculdade Anhanguera Educacional. Endereço eletrônico: guilherme_avilla@yahoo.com.br.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogado. Professor do Curso de Direito na Faculdade Meridional - IMED. Endereço eletrônico: iuribolesina@gmail.com.

comprometa a própria razão de ser da empresa, ou que apesar da possibilidade jurídica para a aplicação do dano existencial à pessoa jurídica, não se pode verificar efetivamente a ocorrência em razão da própria natureza do dano.

A justificativa do presente é que, pela interpretação gramatical dos artigos é possível extrair o entendimento de que a pessoa jurídica é titular dos direitos da personalidade e pode sofrer dano existencial, no entanto a respeito do dano existencial é uma categoria que ainda não foi assimilada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, fato este que gera dúvidas acerca da forma de aplicação dos artigos 223-B e 223-D da lei 13.467/2017, no que se refere à pessoa jurídica.

No primeiro capítulo é apontado um panorama do dano existencial, trazendo sua origem, bem como as formas que vem sendo aplicado pelo direito, o segundo se refere aos direitos da personalidade, e a hipótese de dano extrapatrimonial da pessoa jurídica, para ao final, no terceiro capítulo verificar a aplicação dos artigos supracitados no caso concreto.

Valendo-se de uma metodologia a que seguirá o método de abordagem dialético, já que serão tratadas hipóteses contrastantes até a síntese conclusiva, empregando o procedimento monográfico, já que a pesquisa possui um recorte pontual e bem delimitado do tema, e como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica mediante consulta a livros, artigos, lei, etc.

Ao final, uma vez que não devem ser considerados inconstitucionais, os dispositivos legais aqui estudados, conclui-se pela incidência do dano existencial à pessoa jurídica, quando a mesma sofrer algum dano grave o bastante que afete a própria existência da empresa.

2 Um panorama do dano existencial

Dano existencial consiste em uma evolução doutrinária e jurisprudencial iniciada no direito italiano, o chamado *danno esistenziale*, teve suas primeiras sentenças aplicando essa teoria em 1986, pela necessidade de se cobrir uma lacuna existente em relação aos danos extrapatrimoniais (CASSANO, 2003, p. 887).

Visto que, no sistema jurídico italiano, as questões relativas aos direitos extrapatrimoniais eram tratadas pelo direito público, mais precisamente pelo direito penal, assim, a lacuna existente em relação ao dano existencial era no sentido de que não havia proteção civil dos danos morais, mas sim apenas proteção no âmbito do direito penal, levando a doutrina a elaborar as teses que deram início à aplicação do dano existencial que primeiramente, para suprir a lacuna elaboraram a tese de reparação quanto aos danos biológicos (PERLINGIERI, 2008, p. 691).

Em relação ao dano biológico, o entendimento aplicado era no sentido de que, uma vez que há previsão do direito a saúde na constituição Italiana, e que ocorrendo prejuízo à saúde decorrente de ato ilícito, em alguns casos houve também danos à moral do prejudicado, impossibilitando de trabalhar e exercer as atividades da vida cotidiana. Tendo em vista que a saúde compreende além de uma indenização relativa a danos materiais, também abrange danos psíquicos (TROMBETTA e BERTOTTI, 2015, p. 209).

O entendimento prevalecente quando do início da aplicação desta teoria, era de que o dano existencial é uma espécie de dano extrapatrimonial autônomo, sendo indenizável de forma separada. Porém, com o passar dos anos, os juristas italianos divergiram acerca da autonomia do dano existencial, surgindo uma teoria negacionista, a qual afirma que não há razão para uma dupla indenização acerca do mesmo fato danoso, pois, em tese,

a própria indenização dos danos morais já bastaria para a reparação como um todo (COLOMBINI, 2009, p. 491).

Com o advento da teoria negacionista, nasceu uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da real existência e aplicação do dano existencial no caso concreto, pondo em dúvida se o dano existencial genericamente aplicado trata-se de um caso de renúncia pelo sujeito das atividades exercidas anteriormente ao sofrimento do dano, ou se realmente as limitações são exclusivamente pelo evento danoso, esta discussão vem causando grandes divergências entre os juristas italianos até os dias atuais (LOVATO, 2015, p. 899).

Por fim, a jurisprudência das instâncias máximas do sistema jurídico Italiano não é mais unânime ao aplicar o dano existencial em casos concretos, pois a corrente negacionista vem crescendo e excluindo a existência e aplicação deste tipo de dano. Portanto, a doutrina do dano existencial vem se desenvolvendo ao longo dos anos nos países da Europa, principalmente na Itália onde inicialmente foi aventada, não se trata, porém de uma situação pacífica na doutrina e na jurisprudência, muito pelo contrário, trata-se de uma doutrina que está em construção e levará algum tempo para que tenhamos uma tese definitiva acerca do tema.

No Brasil, diferentemente da Itália, para se chegar a uma teoria a respeito do dano existencial foi necessário primeiramente a incorporação da independência absoluta da reparação do dano moral, o qual estabeleceu a possibilidade de ser isolado e reparado um dano exclusivamente moral, sem considerar eventual dano material sofrido em decorrência do mesmo ato ilícito. Isso se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo. 5.º, inciso V, e X do mesmo, consagrando finalmente, a independência da indenização por dano extrapatrimonial (ALMEIDA NETO, 2005, p. 02).

Corroborando com essa tese, o STJ em 1992 editou a Súmula 37 a qual dispôs que: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, consolidando a questão com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que determinou em seus artigos 186 aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, no artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” . E por fim o artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (ALMEIDA NETO, 2005, p. 02).

Assim, após toda essa evolução doutrinária que possibilitou a aplicação do dano moral independentemente de qualquer outro fator, aplicando a indenização de um dano extrapatrimonial causado pela prática de um ato ilícito, por si só, foi possível a construção de uma doutrina brasileira a respeito da aplicação de dano existencial em casos de violação aos direitos de personalidade.

No Brasil, o dano existencial não nasce para suprir uma lacuna, mas sim aplicado diretamente como reparação a atos ilícitos causados na vítima. É considerando uma espécie de dano extrapatrimonial, como ocorre com o dano à imagem, intimidade, a vida privada, a honra dentre outros. A primeira abordagem no Brasil a respeito do dano existencial propriamente dito foi o artigo intitulado “Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana”, de autoria de Amaro Alves de Almeida Neto, posteriormente em 2009 foi publicado o primeiro livro tratando do dano existencial, intitulado: “Responsabilidade civil por dano existencial”, de autoria de Flaviana Rampazzo Soares, e a partir de então, o judiciário passou a aplicar indenizações por dano existencial (SOARES, 2017, p. 119).

O dano existencial está intimamente ligado ao projeto de vida, que, nada mais é do que as escolhas e perspectivas do indivíduo considerando

suas experiências, capacidades, vontades e objetivos que está comprometido em alcançar. Assim, o projeto de vida fundamenta-se na liberdade para a tomada de decisões e escolhas sobre um futuro específico, que se concretiza por meio das oportunidades e possibilidades que se apresentam no decorrer da vida, com o fim de obter progresso pessoal, profissional, econômico, e outros tantos. É inegável que o projeto de vida é algo incerto, porém o indivíduo não pode ser privado de ter a liberdade de escolha e a condição para perseguir seu projeto, não deve apenas viver a sua vida para satisfazer a vida de outrem (ALMEIDA, 2015, p. 03).

Essa teoria é aplicada com maior incidência no ramo justrabalhista, pois, a justiça do trabalho entendeu que há lesões à moral do trabalhador que não decorrem de um fato isolado, mas sim do cometimento de práticas ilícitas reiteradas que causam danos e geram prejuízos à dignidade de quem as sofre, graves de tal forma que impedem o exercício de sua existência, de modo que, se não ocorressem tais danos, a vida da vítima seguiria de forma normal. Nesse sentido, sofre dano existencial o trabalhador que vê frustrado seu projeto de vida, tendo em vista o serviço prestado ao empregador, sendo que se vê privado de usufruir o seu tempo livre para atividades pessoais, afetando com isso diretamente o seu direito à liberdade e sua dignidade (ALVARENGA, FILHO, 2016, p. 183).

A esse respeito, é possível identificar alguns elementos caracterizadores do dano existencial, como a lesão ao projeto de vida idealizado pelo indivíduo, bem como o dano à saúde, pode haver também há dano existencial no que diz respeito à perda de uma chance, onde nesses casos, de modo geral o indivíduo presta serviços com jornadas excessivas, ou condições insalubres ou perigosas, que não o oportunizam de aproveitar sua vida privada, realizar planos de crescimento pessoal, e até mesmo perder oportunidades que eventualmente apareçam. (ALVARENGA, FILHO, 2016, p. 184).

Porém, a teoria do dano existencial deve ser usada com parcimônia, uma vez que não é em qualquer caso onde o sujeito deixa de praticar sua vida privada que dá ensejo à indenização. Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região firmou entendimento fixado na Tese Jurídica Prevalente nº 2, aprovada pelo Pleno em Incidente de Uniformização de Jurisprudência, que:

JORNADAS DE TRABALHO EXCESSIVAS. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. Não configura dano existencial, passível de indenização, por si só, a prática de jornadas de trabalho excessivas. (Resolução Administrativa nº 15/2016, disponibilizada no DEJT dos dias 27, 30 e 31 de maio de 2016 e considerada publicada nos dias 30 e 31 de maio e 01 de junho de 2016).

Assim, verifica-se que o dano existencial é aquele que causa inegável constrangimento pessoal, social, e abalo psicológico, fruto de atos ilícitos praticados pelo empregador, sendo a esfera existencial do empregado que está em risco, como nos casos onde o trabalhador labore habitualmente cerca de doze horas por dia, considerando a necessidade de oito horas de sono, e que leva cerca de uma hora de deslocamento entre casa e trabalho, sem considerar as hipóteses de tempo maior de deslocamento ou jornadas ainda maiores sobriariam apenas três horas de seu dia para convívio social, familiar, lazer, estudos, entre tantas outras práticas que poder ser realizadas em seu tempo livre. Ou seja, o dano existencial é aquele onde a vida do trabalhador se resume em trabalhar dormir e se alimentar apenas, e que por muitas vezes nem a alimentação e o sono são realizados de forma adequada (TRT da 4ª Região, 5ª Turma, 0020557-41.2016.5.04.0024 RO, em 17/05/2018, Desembargador Claudio Antonio Cassou Barbosa).

Como foi demonstrado até o presente momento, o dano existencial é perfeitamente cabível em relação às pessoas físicas, o ser humano, e sua aplicação prática vêm sendo desenvolvida pela doutrina e jurisprudência

brasileira, principalmente a trabalhista, assim, não é nenhuma novidade que o trabalhador enquanto pessoa humana pode sofrer e vem sofrendo a incidência do dano existencial.

O que é novidade em nosso ordenamento jurídico e ainda não foi tratado pela doutrina e jurisprudência é a aplicação do dano existencial em relação à pessoa jurídica, novidade que foi introduzida pela lei 13.467/2017, a chamada “reforma trabalhista” que dentre tantas outras alterações impostas à CLT, em especial no Título II-A Do Dano Extrapatrimonial estabeleceu em seu artigo 223-B que “*causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofende a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação*” e Artigo 223-D “*A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica*”. Essa novidade legislativa trouxe, além de alterações no texto legal, muitas dúvidas e insegurança jurídica em seu texto, de modo que a doutrina trabalhista vem aplicando os métodos de hermenêutica jurídica para aplicar a reforma.

Portanto, pela interpretação literal dos artigos citados, o legislador entendeu que a pessoa jurídica pode sofrer dano existencial, sendo inclusive titular exclusiva do direito à reparação de tal dano, busca-se assim entender em quais aspectos o dano existencial será aplicado às pessoas jurídicas.

3 Direitos da personalidade e dano extrapatrimonial da pessoa jurídica

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa, etimologicamente, a palavra personalidade vem do latim “*personalitas*”, que significa um conjunto de elementos próprios da pessoa, personalíssimos, individuais, humanos, portanto, entender a personalidade na ótica jurídica

é conceber que são as pessoas os destinatários de tais direitos (DA SILVA, PEREIRA, 2014, p. 31).

Não é de sempre que a humanidade possui consciência da tutela os direitos da personalidade, para alguns, a ideia de proteção desses direitos passou a existir na Grécia Antiga, concretizadas por meio da *hybris*, que significava injustiça, excesso, o qual exigia uma sanção penal, outros entender que foi nas leis das XII Tabulas, originárias do direito romano, eram normas jurídicas que tutelavam os direitos do indivíduo (DA SILVA, PEREIRA, 2014, p. 31).

Assim sendo, mesmo que na Grécia antiga e no direito romano tenha havido tentativas embrionárias de proteção dos direitos da personalidade, foi com cristianismo que nasceu a ideia da dignidade humana, através de seu propósito fraternal e universal. A doutrina católica proclamou a vinculação da existência do homem a Deus, e assim o ser humano passou a ser considerado no âmbito de sua subjetividade, como sujeito de direitos e valores (DA SILVA, PEREIRA, 2014, p.32).

Essa ideia desenvolveu-se ao longo da idade média e teve como um de seus principais autores Santo Tomás de Aquino, que reforçou a concepção de igualdade do homem perante Deus e pregou a existência de duas doutrinas distintas a respeito dos direitos individuais, a primeira é referente ao direito natural, a qual representa a expressão da natureza racional do homem, e a segunda diz respeito ao direito positivo e sustenta que a inobservância do direito natural do homem pelos governantes justificaria até mesmo em casos extremos o exercício do direito de resistência por parte da população (SARLET, 2017, p. 478).

Porém o maior progresso para a proteção dos direitos de personalidade foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 consagrada após a segunda guerra mundial que diante das manifestas agressões realizadas em face aos direitos humanos viu-se a necessidade de

uma união global em prol de sua defesa, sendo uma tendência mundial a proteção constitucional dos mesmos, inclusive pela própria criação da ONU (Organização das Nações Unidas) foi possível à elaboração de diversos tratados internacionais cujo objeto seria a proteção desses direitos, como por exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950. Bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis de 1966. Inspirada por esse movimento global a Constituição Federal de 1988 positivou o princípio da dignidade da pessoa humana e o estabeleceu como fundamento da República federativa do Brasil em seu artigo 1º, promovendo a proteção dos direitos de personalidade em todo o seu texto (DA SILVA, PEREIRA, 2014, p. 33; SARLET, 2017, p. 478).

A primeira concepção acerca dos direitos de personalidade é relativa à pessoa humana, pode ser conceituado como um conjunto de características próprias da pessoa, que presente no rol dos direitos fundamentais exige a proteção do Estado, possuem caráter pessoal, intransmissível e irrenunciável são a positivação constitucional dos direitos humano., Há duas principais características no que se refere aos direitos da personalidade, sendo a primeira que são atribuídos a todos, possuindo caráter universal, e previstos pelas constituições atuais são oponíveis a todos bem como ao Estado, o segundo caráter inerente dos direitos da personalidade é o fato de que sua violação nem sempre produz prejuízo econômico à vítima, o que dá ensejo a formas diversas de reparação, como o direito de resposta (GODOY, 2011, p. 136; OLIVEIRA, 2017, p. 120).

Ainda no que se refere aos direitos da personalidade ligados ao ser humano Vidaletti e Bonotto os conceituam como sendo:

Noutras palavras, podem ser conceituados como direitos subjetivos, que tem por objeto bens da personalidade que traduzem aspectos diretamente ligados

ao ser humano: biológicos – vida, integridade física, saúde, necessidades vitais, etc; morais – integridade moral, identidade, nome, imagem, intimidade, etc; e sociais – família, bom nome, reputação, respeito... Vê-se, pois, que os direitos da personalidade se voltam à realização de valores existenciais, de caráter não patrimonial, ligados à dignidade da pessoa humana e que visam, em última análise, a concretização deste valor supremo no âmbito do direito civil. Nesse sentido, o enunciado 274 da Jornada de Direito Civil: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de cautela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal (VIDALETTI, BONOTTO, 2016, p. 97).

Nesse sentido, a pessoa considerada individualmente via de regra não consegue desenvolver seus projetos sozinha para que obtenha grandes resultados, na maioria das vezes, grandes resultados vêm da união de grandes pessoas, desde o início, a humanidade busca desenvolver suas atividades em conjunto, a fim de obter resultados mais vultuosos, formando grupos, tribos, bandos, e dessa evolução associativa nasceram entes com personalidade própria, distinta daqueles que os integram (CANTALI, 2016 p. 171).

Ademais, que a pessoa humana é a destinatária de todos os direitos da personalidade, que por sua vez é uma ramificação dos direitos fundamentais, porém, o nosso ordenamento jurídico contempla que os direitos da personalidade não são exclusivos da pessoa natural, estabelecendo alguns direitos da personalidade às pessoas jurídicas, que podem ser caracterizada como sujeitos de direito, com capacidade jurídica própria, vale ressaltar que não é a simples união de pessoas com objetivo comum que faz nascer a pessoa jurídica que pode ser de direito público (união, estados, municípios, distrito federal, suas autarquias e fundações públicas), e de direito privado (sociedades, associações, fundações... etc.), para adquirir personalidade jurídica é necessário o preenchimento de alguns pressupostos legais como vontade humana criadora, objeto lícito, forma

prescrita em lei, e o registro de seu ato constitutivo no órgão competente, este que faz nascer a pessoa jurídica, e a confere personalidade jurídica dotada de capacidade para a produção e circulação de bens e serviços (CANTALI, 2016 p. 174).

Uma vez que a empresa é dotada de personalidade jurídica, é conferida a ela direitos e deveres como qualquer sujeito de direitos, José Geraldo da Fonseca traz um conceito econômico à empresa: “Empresa é uma realidade econômica, centro de decisão capaz de adotar estratégia voltada à produção de bens e serviços, uma combinação de fatores de produção – terra, capital, trabalho – ou unidade de produção que trabalha para o mercado”, este conceito difere dos tradicionalmente trazido pelo direito do trabalho, que trazem no artigo 2^a da CLT um conceito jurídico mas sem dissociar de seu caráter econômico, pois conceitua empregador como a empresa individual ou coletiva, que assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços (FONSECA, 2009, p. 52).

Temos que a empresa, tanto no seu viés jurídico, quanto no econômico é um ente com personalidade jurídica própria, e assim sendo, é sujeito de direitos e obrigações, o que lhe confere ser titular de direitos da personalidade como nome, imagem e até mesmo a hora:

Qualquer que seja o conceito que se adote, a empresa, como uma realidade econômica, é sujeito de direitos e obrigações, e essa evidência não pode escapar à preocupação do direito. A ideia de que essa realidade econômica pode ser titular de um direito moral é nova, e nisso reside a confusão que fazem em dizer que empresa não tem honra e não pode, portanto, sofrer dano moral. Em sentido estrito, empresa não tem honra, mas tem-na no sentido lato, de nome comercial, crédito, honorabilidade e imagem corporativa perante seus empregados, colaboradores, mercado competitivo e sociedade, todos valores integrantes de um patrimônio moral próprio de uma personalidade fictícia,

jurídica, que projeta reflexos jurídicos, isto é, que produz ou cria um direito. Numa palavra: que interessa ao direito (FONSECA, 2009, p. 51).

Por muito tempo essa questão não foi pacífica na doutrina e na jurisprudência, de modo que há defensores da ideia que pessoa jurídica não possui honra, e assim não pode sofrer dano moral, porém essa discussão foi pacificada pela jurisprudência do STJ quando editou a súmula 227 de 08\09\1999 a qual afirmou: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Porém, mesmo antes desse tema ser pacificado expressamente pela jurisprudência pátria, já era possível extrair esse entendimento do texto constitucional, que em seu artigo 5º, inc. X estabeleceu que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nota-se que foi usada a expressão “pessoas” em sentido amplo, não restringindo esse direito apenas as pessoas naturais, cabendo também tal proteção às pessoas jurídicas (VILLAR, 2017, p. 26).

O Código Civil estabelece que aplicam-se no que couber as pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade, quer dizer que os direitos de personalidade que forem compatíveis com a pessoa jurídica, a ela são aplicados, como a imagem, a honra, o nome empresarial, privacidade, não sendo compatíveis com as pessoas jurídicas os direitos intrínsecos da pessoa humana, como a vida, a intimidade, e integridade psicofísica (VILLAR, 2017, p. 29).

A empresa, portanto, pode sofrer dano moral quando tem sua honra violada, porém essa proteção não se refere ao aspecto subjetivo da honra que é inerente à pessoa natural, que está no íntimo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, autoestima, e causam dor, humilhação, vexame. Por sua vez, a pessoa jurídica, poderá sofrer dano extrapatrimonial, apenas no que diz respeito a sua

honra objetiva, em seu aspecto amplo, fazendo jus a indenização por danos extrapatrimoniais sempre que seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito afetando o seu valor social perante o meio onde exerce sua atividade, vale destacar que apenas as pessoas jurídicas de direito privado possuem a honra objetiva tutelada pelos direitos da personalidade, isso não se aplica às pessoas de direito público (VILLAR, 2017, p. 26).

4 A aplicação do artigo 223-B e 223-D da atual CLT

Dizem os artigos 223-B e 223-D da Consolidação das Leis do Trabalho incluídos pela Lei. nº 13.467, de 2017, denominada reforma trabalhista:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

[...].

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Como já dito anteriormente, pela leitura do artigo 223-B, conclui-se que tanto a pessoa física como jurídica pode sofrer dano de natureza extrapatrimonial na sua esfera moral ou existencial, em seguida estabelece quais são os direitos de personalidade tutelados. Porém, antes de entrar no mérito dos referidos artigos, cumpre destacar algumas considerações acerca da lei da reforma trabalhista.

Segundo o professor Homero Batista Mateus da Silva, é de causar perplexidade o modo em que a reforma trabalhista foi conduzida pelo legislativo, tendo em vista ter sido “vendida como urgente, avassaladora e inegociável”. Uma vez que o governo insistiu em um pacote de cem dispositivos que sequer puderam ser debatidos pelas entidades de classe e

órgãos jurídicos, como é o normal de ocorrer quando se trata de alterações legislativas primordiais como ocorreu com o Código Civil de 2002 e o de Processo Civil de 2015, esse estudo não ocorreu com a reforma, e como consequência disso, os inúmeros dispositivos contrários a Constituição e aos princípios fundamentais (SILVA, 2017, p. 10).

Outro fato que causa espanto é o de que o senado aceitou aprovar a reforma mesmo que a maioria dos senadores fossem contrários ao seu conteúdo, sob a promessa do governo que em momento posterior através de medida provisória reformularia a lei, ou seja, faria a “reforma da reforma” o que de fato ocorreu, com a edição da medida provisória nº 808, que não foi aprovada e convertida em lei pelo congresso e perdeu sua vigência em 23/04/2018, voltando a lei 13.467 com seu regramento original, estes fatos só fazem comprovar o real espírito da reforma trabalhista, que é a precarização das relações de trabalho, retrocesso social, o desvirtuamento do direito do trabalho, com o fim específico de proteger o capital e a concentração de riquezas (SILVA, 2017, p. 10).

Nesse sentido advoga o Ministro Mauricio Godinho Delgado:

Mediante suas regras imperativas, o Direito do Trabalho busca democratizar a mais importante relação de poder existente no âmbito da dinâmica econômica, instituindo certo parâmetro de igualdade jurídica material nessa relação profundamente assimétrica. Atenua o poder empregatício e eleva as condições de vida e trabalho da pessoa humana trabalhadora no âmbito de sua relação de emprego. Com isso, o Direito do Trabalho também realiza um importante papel de política pública de distribuição de renda no mundo da economia e da sociedade capitalistas, diminuindo, em alguma medida, as tendências concentradoras de renda e de poder que são características do capitalismo. A Lei n. 13.467/2017 busca romper com essa lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato trabalhista. Essa é a

marca e o sentido rigorosamente dominantes desse diploma legal no campo laborativo do Direito (DELGADO, 2017, p. 41).

Essa tentativa de romper o patamar mínimo civilizatório objeto do direito do trabalho e dos direitos sociais imposta pela reforma trabalhista, felizmente esbarrou na Constituição Federal e seus princípios, um desses artigos que fere descaradamente os preceitos constitucionais é o 223-G, § 1º, da CLT que traz a tarifação para as indenizações por dano extrapatrimonial, uma vez que a Constituição é expressa ao estabelecer o caráter proporcional da indenização por dano moral em seu art. 5º, V. diante disso, deve ser realizada uma interpretação sistemática dos artigos da referida lei com base em todo o ordenamento jurídico sobretudo na Constituição e em seus princípios, aplicando a proporcionalidade e razoabilidade para que o operador do direito não cometa as injustiças trazidas por alguns dispositivos da reforma trabalhista (DELGADO, 2017, p. 146).

O direito contemporâneo inspirado pelo neoconstitucionalismo submete o operador do direito a olhar o ordenamento jurídico como um todo, e não apenas considerar os dispositivos isoladamente, sobretudo em tempos de severa crise institucional que vivemos e a crescente guerra entre os poderes da união, isto posto, em especial a lei 13.467, de 2017, que trata de um assunto sensível à toda coletividade, visto que o direito do trabalho, base da economia e circulação de valores na sociedade, deve ser interpretado com base em seus princípios norteadores principalmente pelo princípio da proteção, bem como dos princípios constitucionais aplicados a todos os ramos do direito.

Ao se deparar com qualquer dispositivo normativo, o intérprete deve se valer dos métodos de interpretação para concluir se tal norma deve ser considerada constitucional ou inconstitucional. São apontados pela doutrina como principais métodos de hermenêutica os seguintes: gramatical,

lógico-racional, sistemático e teleológico. O método gramatical a interpretação literalista defendido pelos autoritaristas políticos. O método lógico-racional informa que conjunto normativo assume expressão própria, independente da vontade e ideologia de quem elaborou, cabe ao intérprete extrair o sentido racional, coerente, civilizatório e efetivo da norma. Sistemático é o que consiste na busca pela harmonização da norma com todo o sistema jurídico, essa técnica visa esclarecer os aspectos transformadores da nova norma perante a ordem jurídica. Por fim, o método teleológico informa a observância do caráter finalístico da norma, devendo o intérprete observar os fins sociais de modo que nenhum interesse pessoal ou de classe prevaleça sobre o comum (DELGADO, 2017, p. 295 a 298).

Estes métodos devem ser utilizados concomitantemente e de maneira harmônica, para que se obtenha o resultado interpretativo mais coerente, lógico, sistemático e finalístico com o ordenamento e assim afastar “interpretações regressivas, antissociais, anti-humanísticas e anticivilizatórias do fenômeno jurídico”. Esse resultado pode ser obtido através da técnica de interpretação conforme a Constituição, onde diante de normas com diversas interpretações, busca-se a mais adequada com os ditames constitucionais, de modo que não seja contrária ao seu texto e a seus princípios (LENZA, 2015, p. 264).

Portanto, no que se refere aos artigos 223-B E 223-D da lei 13.467, de 2017, objetos do presente estudo, não se trata de hipótese de inconstitucionalidade, visto que não fere a Constituição e seus princípios norteadores, considerando que as pessoas jurídicas de direito privado também merecem a tutela do Estado, verifica-se que tais dispositivos estão de acordo com seus ditames constitucionais bem como não contrariam seus princípios fundamentais, pois o próprio regramento constitucional não proíbe que pessoas jurídicas sejam titulares de direitos da personalidade e que consequentemente possam sofrer danos extrapatrimoniais, hipótese bem

consolidada pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive é matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao dano existencial aventado pelo artigo 223-B o qual informa na primeira parte: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica”. Tal dispositivo está inserido no ordenamento jurídico, e pode ser aplicado ao caso concreto, no que tange especialmente ao dano existencial, temos que pode ter sua incidência estendida para a pessoa jurídica de direito privado também, tendo em vista sua personalidade própria.

Sendo o dano existencial aquele onde o trabalhador, pessoa humana, tem frustrado o seu projeto de vida, impossibilitado de praticar atos que caracterizam a sua existência, a sua razão de ser, como lazer, saúde, crescimento profissional, intelectual, convívio familiar, não poder aproveitar as chances e tantos outros aspectos que a vida lhe oferece por estar apenas comprometido em prestar os serviços ao seu empregador. Esses elementos podem ser transportados e aplicados no que se refere aos direitos da personalidade da pessoa jurídica, a qual a CLT já estabeleceu como bens juridicamente tutelados a imagem, a marca, o nome, segredo empresarial, o sigilo das correspondências, em seu artigo 223-D, salienta-se que este rol é exemplificativo.

Assim, uma vez que um empregado viole algum direito da personalidade da empresa a ponto de prejudicar funcionamento e comprometer a existência da mesma, é possível haver um dever de indenizar este dano por parte de quem o causou. como no caso de violação de segredo da empresa, hipótese inclusive passível de demissão por junta causa de acordo com a alínea “g” do artigo 482 da CLT.

Exemplificando a incidência do dano existencial aplicado a pessoa jurídica de direito privado, na hipótese de uma empresa que foi constituída para produzir apenas um determinado software, e que em meio ao seu

desenvolvimento, quando estava prestas a ser lançado no mercado, um funcionário revela os segredos de tal programa para a concorrência e este é lançado antes da empresa desenvolvedora de origem, considerando que o produto seria o único objeto de venda da empresa, o qual era o motivo da existência da mesma, esta empresa sofreria um abalo significativo em seu funcionamento, pois, teria que mudar toda estratégia de mercado, modificar o software, fazer outro lançamento, demoraria um tempo considerável até que fossem realizadas todas essas ações, sem considerar o grave prejuízo econômico.

Conclui-se que assim que o dano existencial pode ser aplicado às pessoas jurídicas, porém, em casos graves o bastante para afetar a própria razão de ser da empresa, especialmente em situações de violações de seus segredos que comprometam toda sua estrutura funcional.

Conclusão

O dano existencial nasce para suprir uma lacuna existente no ordenamento jurídico italiano que era no sentido de que não havia proteção civil aos danos morais, os quais eram protegidos apenas pelo direito penal, para suprir tal lacuna, a doutrina elaborou a tese da reparação civil dos danos biológicos que eram protegidos constitucionalmente. No Brasil, o dano existencial é aplicado diretamente como reparação a atos ilícitos causados na vítima. É considerando uma espécie de dano extrapatrimonial, como ocorre com o dano à imagem, intimidade, a vida privada, a honra, está ligado ao projeto de vida.

Portanto, é sabido que o dos danos extrapatrimoniais, e por sua vez o dano existencial é perfeitamente aplicado às pessoas naturais, e vem sendo utilizado pela doutrina e pela jurisprudência, por sua vez, a pessoa jurídica, poderá sofrer dano extrapatrimonial, apenas no que diz respeito a sua honra objetiva, em seu aspecto amplo, fazendo jus a indenização por

sempre que seu bom nome, credibilidade imagem, segredos empresariais forem atingidos afetando o seu valor social perante o meio onde exerce sua atividade, vale destacar que apenas as pessoas jurídicas de direito privado possuem a honra objetiva tutelada pelos direitos da personalidade, isso não se aplica às pessoas de direito público.

A hipótese que ainda não foi levantada pelo direito, até mesmo pelo fato de ser recente a reforma trabalhista e haver tantos outros dispositivos duvidosos é a titularidade de a pessoas jurídica em sofrer dano existencial, o qual foi o problema levantado no presente artigo

A respeito da lei 13.467, de 2017, vale salientar que vem causando muitas dúvidas, e insegurança jurídica no meio trabalhista, a grande maioria da doutrina critica a forma como foi conduzida pelo governo, pois foi “vendida como urgente, avassaladora e inegociável”. Sequer foram debatidos por especialistas, juristas, doutrinadores, juízes, e da sociedade que sem sombra de dúvidas foi a que saiu mais prejudicada nisso, considerando que a intenção da referida lei foi inverter a lógica do sistema trabalhista.

Contudo, de fato a lei está em vigor e produzindo seus efeitos jurídicos no caso concreto, e um desses efeitos é o dano existencial da pessoa jurídica, da empresa, o qual foi concluído pela sua constitucionalidade, visto que não fere os dispositivos da constituição federal, bem seus princípios, ao passo que o código civil estabelecem que pode ser aplicado no que couber às pessoas jurídicas os direitos da personalidade, assim quando o dano for grave o a ponto de afetar o funcionamento da empresa, o fim para o qual a mesma foi criada, é possível que possa sofrer o dano existencial, aqui vislumbrado nas hipóteses de violação de segredo empresarial que afeta toda estrutura funcional da empresa impossibilitando a mesma de existir de forma sustentável para atingir sua finalidade maior.

Referências

- ALMEIDA Fraga Greicy; SCHÄFER Gilberto. **Dano existencial ou dano ao projeto de vida?**. XI Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação - SEPesq Centro Universitário Ritter dos Reis, 2015, disponível em <https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3612/662/752.pdf> Acesso em: 25 de abril de 2018.
- ALMEIDA Neto, Amaro Alves de, **DANO EXISTENCIAL - A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, Revista dos Tribunais, 2005, disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87751>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2018.
- BASSIL Dower Nelson Godoy , **Dos direitos da personalidade**, 2011. disponível em <<http://vlex.com/vid/dos-direitos-da-personalidade-399562470>>. Acesso em: 13 de agosto de 2018.
- CANTALI, Borghetti Fernanda. **Pessoa Jurídica e Direitos da Personalidade**. In: BOLESINA Iuri; GERVASONI Tássia. A; FORTES Borges Vinícius. (Org). **Direitos da Personalidade e Estado Democrático de Direito na Contemporaneidade**. - Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016.
- CASSANO Giuseppe, **Danno esistenziale e sistema della responsabilità civile alla luce dell"evoluzione giurisprudenziale**. Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali - Núm. 11-2003, 2003, disponível em <<http://vlex.com/vid/esistenziale-luce-giurisprudenziale-463437>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2018.
- COLOMBINI Edgardo, **Il danno esistenziale**, Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali - Núm. 6-2009, 2009, disponível em <<http://vlex.com/vid/il-danno-esistenziale-58061118>> . Acesso em: 04 de janeiro de 2018.
- DA SILVA, Livia Ferreira Trombetta; BERTOTTI Daniela, **DANO EXISTENCIAL: a nova perspectiva no Direito do Trabalho**, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nº 47, 2015.

DA SILVA, Maria Messias Leda. Direitos da personalidade. In: DA SILVA, Maria Messias Leda; PEREIRA, Marice Taques (Org). **Docência (in)digna o meio ambiente laboral do professor e as consequências em seus direitos da personalidade**, São Paulo: Ltr, 2014. Disponível em < <http://vlex.com/vid/direitos-da-personalidade-568470850> >. Acesso em 08 de agosto de 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo. LTr, 2017.

DE MELO, Raimundo Simão; DA ROCHA, Cláudio Jannotti. **Do arbitramento do dano extrapatrimonial: inconstitucionalidade do § 1.º do artigo 223-G da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/17**. 2017, disponível em < <http://vlex.com/vid/do-arbitramento-do-dano-705808089>>. Acesso em: 07 de agosto de 2018.

FONSECA, José Geraldo da. **Dano moral da pessoa jurídica**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 4, out./dez. 2009. Disponível em < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13838/003_fonseca.pdf?sequence=6>. Acesso em 17 de julho de 2018.

GATTO Paolo, **Il danno esistenziale nel condominio**, Archivio delle locazioni e del condominio - Núm. 2-2006, 2006, disponível em < <http://vlex.com/vid/il-danno-esistenziale-nel-condominio-459262>> Acesso em: 02 de janeiro de 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 19 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCO Riponi; ALESSANDRO Lovato, **Brevi considerazioni in tema di danno esistenziale**. Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali - Núm. 9-2004, 2004, disponível em < <http://vlex.com/vid/brevi-considerazioni-tema-esistenziale-462171> >. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

OLIVEIRA, José Sebastião de; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. **Direitos da personalidade: a proporcionalidade nas doutrinas de Robert Alexy e do jus-humanismo normativo no direito brasileiro**. Revista Universitas Jus, Brasília, v.

27. n. 3, 2017. disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4510/3393> > . acesso em 07 de agosto de 2018. -OK

PARENTE, Flávia. **Concorrência desleal e segredos de fábrica e de negócio - análise do art. 195, XI, da lei da propriedade industrial (lei 9.279/1996)**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. n. 139, Jul.2005. Disponível em: < <http://vlex.com/vid/concorrenca-desleal-segredos-fabrica-563323595>>. Acesso em 18 de agosto de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Guilherme Luiz; MITIDIERO Daniel, **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

SOARES Rampazzo Flaviana, **Dano existencial: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana**, Dissertação de Conclusão de Curso de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

SOARES Rampazzo, Flaviana, **A Construção de uma Teoria do Dano Existencial no Direito do Trabalho**, 2017, disponível em < <http://vlex.com/vid/construcao-uma-teoria-do-696116533>> . Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

SOARES, Rampazzo Flaviana, **Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho**, 1 ed. São Paulo, LTR, 2017, Disponível em < <https://app.vlex.com/#WW/sources/21078>> Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

PERLINGIERI Pietro, **Situaciones Subjetivas Existenciales**, 2008, disponível em < <http://vlex.com/vid/situaciones-subjetivas-existenciales-52360210>> Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

TRT da 4ª Região, 3ª Turma: **Recurso Ordinário: RO 0020367-79.2015.5.04.0811. Relator Desembargador Gilberto Souza dos Santos**. DJ: 06/11/2017. Disponível em <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/XVZQgeF2d29m uKPN7Pi_PQ?>. Acesso em: 27 de junho de 2018.

TRT da 4^a Região, 5^a Turma. **Recurso Ordinário: RO 0020557-41.2016.5.04.0024. Desembargador Claudio Antonio Cassou Barbosa.** DJ em 17/05/2018. Disponível em <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/OzCsjsx6MZS-GTPQf3nMgHg?>>. Acesso em 01 de agosto de 2018.

VIDALETTI, Piovesani Leiliane; BONOTTO, Garcia Carolina Ana, **Direitos da Personalidade sob a perspectiva do Direito Do Trabalho.** Revista de Direito, Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais. v. 2. n. 2 Jul/Dez. 2016. <disponível em <file:///E:/Usu%C3%A1rios/Home/Downloads/1421-3305-2-PB.pdf>. Acesso em 09 de julho de 2018.

O instituto da tutela provisória como antecipação do direito e a estabilização efetiva

*Adriana Werlang*¹
*Álison da Silva Doneda*²
*Natiéli Duarte dos Santos*³

1 Introdução

A tutela provisória tem se mostrado um instrumento processual eficaz no tocante as lides que necessitam de atenção emergencial, atingindo um enorme conceito de utilização.

Nesse sentido, se torna importante salientar que, na maioria das vezes esse instrumento é utilizado em situações onde, se não existir uma avaliação imediata, concedendo o direito buscado, o autor poderá sofrer dano, porém não necessariamente será a tutela concedida, podendo ser esta negada pelo magistrado se não cumprir os requisitos necessários.

Ademais, a tutela provisória, mesmo que concedida, terá que ao final do trâmite processual se mostrar necessária, pois de contrário, pode inclusive o autor, ter que restituir o direito adquirido.

Diante do exposto, como meios de confirmação da tutela, para que esta se torne definitiva, possuímos em nosso ordenamento jurídico duas possibilidades, sendo uma diretamente ligada a outra. Para que a tutela se

¹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: aninha-werlang@hotmail.com (*in memoriam*)

² Graduado em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Especializando em Direito Militar pela Damásio. Advogado Criminalista. Sócio fundador do escritório ASD Advocacia e Consultoria Jurídica. Membro da Associação dos Advogados Criminalistas do Planalto Médio. E-mail: alissondoneda@hotmail.com.

³ Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. E-mail: natieli_duarte@hotmail.com

torne definitiva, deve existir coisa julgada, ou, estabilização, qual poderá ser considerada também coisa julgada.

Nessa linha de pensamento, coloca-se o problema de pesquisa do presente trabalho é possível a estabilização, por meio da inércia da parte contrária, ou erro processual, criar efetivamente coisa julgada? A hipótese que provisoriamente responde ao problema de pesquisa permite observar que existem diversas posições divergentes sobre o tema. Dessa forma, acredita-se que a tutela provisória concedida, qual não sofre impugnação do réu pelo meio correto, ou de forma alguma, deverá possuir os efeitos de coisa julgada de fato, ou seja, criada a estabilização, deverá esta possuir todos os atributos de coisa julgada, impossibilitando a parte perdedora discutir novamente o mérito da ação.

O presente trabalho tem como Objetivo Geral demonstrar a importância da Tutela Provisória e sua estabilização. Como Objetivos Específicos, elege-se: a) apresentar a Tutela Provisória como ferramenta jurídica de garantia antecipada de direitos; b) analisar como se forma a coisa julgada e suas consequências; c) apresentar a estabilização, seus fundamentos e resultados.

O Método utilizado para a realização do trabalho é o Indutivo. Esse método é viabilizado por meio das Técnicas de Pesquisa: Pesquisa Bibliográfica e Documental, Categoria e Conceito Operacional.

2 O instituto da tutela provisória como meio de antecipação do direito

A tutela provisória é um mecanismo processual no qual é antecipado a uma das partes do processo um direito, antes da prolação da sentença, também conhecida como tutela definitiva.

Esse mecanismo pode ser compreendido como um instituto que traz proteção a uma decisão jurídica fundada em um juízo de probabilidade, que, ao final, do processo de conhecimento será substituído por uma tutela

de mesma natureza jurídica com característica de definitiva, isto se observar os requisitos de urgência e plausibilidade do direito.

No novo Código de Processo Civil, o artigo 294 dispõe que a tutela provisória está dividida em caráter de Urgência e Evidencia, sendo a Tutela de Urgência subdividida entre: tutela provisória de Urgência, Cautelar ou Antecipada, podendo ser postulada em caráter antecedente ou incidental.

A tutela de urgência é tratada no Título II do Código de Processo Civil, cuja finalidade é diminuir os efeitos prejudiciais do tempo sobre o processo, permitindo a satisfação antecipada e imediata dos efeitos da tutela definitiva pretendida, trazendo ao processo mais efetividade e celeridade, segundo o que Didier Jr defende.

No que tange a tutela provisória de urgência, requerida em caráter antecedente, há uma novidade trazida nessa temática, à chamada estabilização da tutela, cujo conceito e questões serão expostas no decorrer desta explanação. Primeiramente, destaca-se que a estabilização é aplicada quando a tutela é concedida em caráter antecedente, mas não é impugnada pelo réu, ou seja, esse se mantém inerte, hipótese em que o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo seus efeitos.

Em suma maioria, a tutela é requerida, para que garanta direitos fundamentais, como saúde, moradia, alimentação, entre outros direitos indispensáveis. Diante disso, o beneficiado com a concessão da tutela, passa a ser titular do direito concedido, até que, ao final do trâmite seja verdadeiramente confirmado seu direito, ou que, á partir de uma análise de mérito, se mostrou incapaz de provar de fato o seus direitos sobre o que foi adquirido.

Com uma revogação da tutela ao final do processo, pode ainda o autor, ser executado, se tratando de valores, por ter recebido estes de forma indevida, porém, suas verbas em caráter alimentar, não podem ser alcançadas. De outra banda, tratando de outros meios, quais não são aptos de

devolução, deverá o autor, restituir igualmente, transformando-se o direito recebido em verba, para que não saía a parte contrária com prejuízo.

A grande discussão que cerca essa modalidade na tutela provisória está no efeito que a estabilização pode causar no processo: a coisa julgada. Antes de prosseguir, é preciso especificar como a modalidade da coisa julgada se envolve com a tutela provisória e a estabilização em caso de requerimento por caráter antecedente.

É importante entender do que se trata o instituto da coisa julgada, para poder aprofundar o estudo acerca da estabilização, nesse sentido, alguns doutrinadores discorrem sobre do que se trata, efetivamente, a coisa julgada. Para Câmara (2008, p. 460) “[...] pode-se, pois, definir a coisa julgada como a imutabilidade da sentença (coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada material), quando não mais cabível qualquer recurso”. Dessa forma a realização da coisa julgada coloca um fim efetivo a lide.

Segundo Bastos (2001, p. 209) “Coisa Julgada é a decisão do juiz de recebimento ou de rejeição da demanda da qual não caiba mais recurso. É a decisão judicial transitada em julgado”. Assim define-se de forma simples a coisa julgada, qual se trata de efetiva decisão, que coloca fim a uma discussão, onde não será mais possível fazer uso de recursos.

A definição mais completa vem do jurista Didier Jr. (2008, p. 552-560):

A coisa julgada é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial. (...) É um efeito jurídico (uma situação jurídica, portanto) que nasce a partir do advento de um fato jurídico composto consistente na prolação de uma decisão jurisdicional sobre o mérito (objeto litigioso), fundada em cognição e exauriente, que se tornou inimpugnável no processo em que foi proferida. E este efeito jurídico (coisa julgada) é, exatamente, a imutabilidade do conteúdo do dispositivo da decisão, da norma

jurídica individualizada ali contida. A decisão judicial, neste ponto, é apenas um dos fatos que compõe o suporte fático para a ocorrência da coisa julgada, que, portanto, não é um seu efeito.

Igualmente, mediante conceitos, pode-se entender a coisa julgada, como a decisão que põe fim ao processo, mas para, além disso, importante notar as suas demais particularidades. Para que efetivamente aconteça a coisa julgada, essa deve contar com uma análise de mérito, onde foram exauridas todas as possibilidades probatórias, á partir da cognição correta, onde se tornaram esgotadas todas as possibilidades de recurso e argumentação.

A produção de coisa julgada cria uma imutabilidade da norma jurídica de forma individual, onde na sua parte dispositiva expõe a norma positivada, qual é capaz de firmar os argumentos apresentados no mérito (objeto litigioso) de tal decisão.

Ademais esse instituto une a imutabilidade da decisão (coisa julgada formal) e o conteúdo desta (coisa julgada material), para que seja formada a decisão propriamente dita, qual após o esgotamento recursal irá transitar em julgado, efetivando a existência da coisa julgada.

Afora as conceituações doutrinárias, a própria Constituição Federal estabelece segurança ao instituto, inscrito no rol dos direitos fundamentais, previsto no art. 5º, XXXVI:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Baseando-se em nossa Constituição, é de fácil compreensão o papel fundamental da tutela provisória, em um sistema jurídico que se encontra

saturado, qual, não seria capaz de responder em tempo hábil as demandas urgentes. A tutela provisória atua então, como mecanismo de socorro processual, ou seja, no momento que exista necessidade inadiável de um direito, busca-se utilizar este mecanismo para garantir outro direito, muitas vezes fundamental.

Nesse caso, não é apenas a sentença que tem a eficácia de se revestir da coisa julgada, uma vez que algumas decisões interlocutórias, e as decisões proferidas por órgãos colegiados recebem status de coisa julgada.

Segundo Didier Jr. (2008, p. 554) para que determinada decisão judicial fique imune pela coisa julgada material, deverão estar presentes quatro pressupostos: a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal).

Nesse sentido, importante salientar que o mérito deve ser analisado de forma exaustiva, esgotando a produção de provas referentes aos argumentos apresentados durante a sua formação, bem como, perfectibilizando totalmente a análise deste.

Além disso, para que sejam acolhidas as teses apresentadas, independente do lado que atuam, é importante explorar sua objetividade a respeito da lide discutida, não devendo ser acolhidas teses genéricas, ou que fujam ao objeto material processual. Assim toda argumentação apresentada pelas partes no mérito, devem versar exclusivamente sobre o objeto específico da causa.

Desta forma, o que importa é que a decisão preencha todos os pressupostos, quando estará apto á formar a coisa julgada material, a mais estável das espécies de coisa julgada.

Dentre as espécies de coisa julgada, como supramencionado, existem duas variáveis, chamadas de coisa julgada formal e coisa julgada material, que se distinguem entre si, e afora isso, necessita-se entender para verificar em qual delas a estabilidade da tutela provisória se encaixa, enfoque principal deste artigo. Para Didier Jr. (2008, p. 553)

A coisa julgada formal é imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa ser mais impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. Revela-se, em verdade, como uma espécie de preclusão, [...] constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida. Seria a preclusão máxima dentro de um processo judicial. Também chamada de ‘trânsito em julgado.

De outra banda, considera-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Para Didier Jr. (2008, p. 553/554):

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo), cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com endo/extraprocessual. [...] Para que determinada decisão judicial fique imune pela coisa julgada material, deverão estar presentes quatro pressupostos: a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal).

A partir do exposto, se evidencia que a tutela provisória não gera coisa julgada de imediato, pois não exauri a análise do mérito em um primeiro momento, mas concede o direito requerido, devido a sua urgência

ou evidência. Com isso, após a concessão é preciso dar continuidade ao processo.

Ocorre desse modo que se frente ao pedido do autor, existir inércia (revelia), ou da mesma forma, se o réu não usar do meio necessário e correto para efetivar contra argumentação, cria-se uma estabilização, com efeitos de coisa julgada (ou coisa julgada propriamente dita).

3 O instituto da estabilização da tutela provisória

A estabilização da tutela antecipada vem apoiada no direito comparado, oriundos do direito Frances e Italiano. A técnica chamada *Réferé* surgiu no ordenamento jurídico Frances (ASSIS, 2016) e consiste na decisão judicial provisória que, a requerimento da parte, permite a utilização imediata da tutela satisfativa, com a possibilidade de se estabilizar, tornando seus efeitos definitivos, até que uma das partes procure a reforma. No modelo Frances, é importante destacar que a estabilização não faz coisa julgada. (SCARPELLI, 2016)

O *Réferé* buscou resolver o problema do perigo do decurso do tempo necessário para a resolução do processo de mérito e teve como função evitá-lo, substituindo o procedimento e a decisão definitiva, na lógica econômica de satisfação dos litigantes, a tão falada celeridade processual (PAIM, 2012).

No direito Italiano, também há um instituto familiar, inspirado no *réferé* Frances, segundo Grinover (2015, p. 32). Após isso, o Brasil também resolveu aderir à técnica, tendo como foco a rapidez na solução das demandas, sem percorrer todo o caminho de um processo, que por sua natureza, é mais lento e burocrático.

No Brasil, a estabilização da tutela antecipada foi estabelecida na sua primeira vez, no Projeto de Lei nº 186/2005, onde foi prevista a possibilidade da tutela provisória satisfativa ser pleiteada em procedimento

antecedente ou na pendência do processo, havendo estabilização dos seus efeitos, em caso de preclusão, muito parecida com a técnica trazida com o Código de Processo Civil de 2015, nesse sentido, aquele projeto de Lei trazia para a estabilização o caráter de coisa julgada, no entanto, não teve continuidade.

Mais adiante, outro projeto de Lei entrou em discussão no Senado. No artigo 280 do projeto de Lei nº 166/2010 estabelece-se que no mandado de citação da tutela provisória requerida de forma antecedente, haveria a observação de que se não houvesse impugnação da decisão concedida, esta continuaria a produzir efeitos, também não prosseguindo com o projeto.

No ano de 2015, aprovado em ambas as casas, foi sancionado pela Presidente da República o Novo Código de Processo Civil, inserido definitivamente o instituto da estabilização que antes se tratava somente de incerteza.

A possibilidade de estabilizar a tutela antecipada em caráter antecedente é uma novidade originada do Código de Processo Civil de 2015, o qual ainda produz insegurança jurídica no tocante à sua aplicação prática, pois gera discussão doutrinária em razão disso.

Vale ressaltar que o objetivo do pedido da antecipação da tutela não é antecipar a tutela apresentada na inicial, mas tão somente seus efeitos práticos, na intenção de proteger e garantir a realização do direito do requerente. Conforme aponta Neves (2016, p.439):

A antecipação é dos efeitos práticos que seriam gerados com a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor e não da tutela jurisdicional em si. Portanto, não se antecipa a tutela constitutiva ou declaratória da mesma forma não se antecipa a tutela condenatória, mas sim os efeitos que essas tutelas geram no plano dos fatos.

O legislador determina que, para efetivação da estabilização sejam cumpridos, alguns requisitos estão elencados nos artigos 303/304 do Código de Processo Civil. Esses dispositivos especificam que o autor deve requerer, na petição inicial, durante o curso do processo ou até mesmo em fase recursal a tutela antecipada antecedente, e demonstrar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Por outro lado, quando o pedido for solicitado na petição inicial, o autor da ação não poderá demonstrar o intuito em dar prosseguimento ao feito depois de concedida a tutela antecipada antecedente, visto que, conforme conceitua Silva (2017, p. 121/122) “[...] o réu precisa saber de antemão a intenção do autor. Se o autor expressamente declara a sua opção pelo benefício do art. 303, parágrafo 5º, subtede-se que ele estará satisfeito com a estabilização da tutela, caso ela ocorra”.

É adequado ser proposto quando a urgência do caso é antecedente à propositura da ação. Logo, o requerente deverá demonstrar a urgência que justifique a concessão da tutela antecipada antecedente, ou seja, a iminência de perigo ou perigo existente (artigo 303 do CPC/15).

Para tanto, é necessário analisar as particularidades deste instituto a fim de compreender o procedimento jurídico. Como mencionado anteriormente, é possível solicitar exclusivamente a tutela antecipada na petição inicial, contudo apresentando qual será o pedido principal. A inovação trazida pelo CPC/2015 é que este pedido principal não será transmitido a outra ação, mas será peticionada em seguida nos mesmos autos.

Há dois caminhos processuais a serem seguidos quando é concedida a tutela: Primeiramente o autor deverá aditar a inicial no prazo de 15 dias, para finalizar sua alegação, reunir novos documentos e/ou apresentar provas para corroborar o pedido da tutela final. (art. 303 parágrafo 1, I). Depois de preenchido todos os requisitos, o réu será citado e deverá participar da audiência de conciliação ou sessão de mediação.

Caso haja acordo, acontecerá o julgamento do mérito, pois o juiz irá proferir a sentença homologando o acordo, dessa forma a tutela provisória não terá mais eficácia e o feito será extinto, se não houver acordo, abre-se o prazo para contestação. Nesse aspecto Didier Jr. (2008, p. 684) complementa:

É necessário que se observe, contudo, que o prazo de resposta do réu não poderá começar a ser contado antes da sua ciência inequívoca do aditamento da petição inicial do autor, para que se garanta a ele, réu, o lapso temporal mínimo de quinze dias para resposta à demanda do autor em sua inteireza.

Na hipótese de o autor do processo deixar de aditar a inicial, de prontidão ocorrerá a extinção do feito sem a resolução do mérito (artigo 303, parágrafo 2º). Contudo, a tutela provisória continua produzindo seus efeitos e somente para de produzir efeitos se houver interposição de recurso, ou nova ação. Se a tutela for indeferida, o autor terá o prazo de cinco dias para emendar a inicial, caso não o faça o processo será extinto sem a resolução do mérito (art. 303, parágrafo 6º)

Salienta-se que, apenas a tutela antecipada antecedente terá a possibilidade em ser estabilizada. A estabilização ocorrerá quando o réu não impugnar a decisão que concedeu a tutela, com isso o processo será extinto e estabiliza-se a decisão antecipatória que permanecerá produzindo efeitos. Nesse seguimento, Wambier e Talamini (2016, p.891) afirmam em sua obra que “[...] se o réu não interpuser recurso contra a decisão que, em primeiro grau, concede a tutela antecipada antecedente, essa estabilizar-se-á”.

O objetivo da estabilização é resolver um litígio, que pela sua própria natureza é caracterizado como urgente e, também, produzir efeitos em decorrência da inércia do réu. Por conta da estabilização da tutela, o processo judicial será extinto e a partir da ciência da decisão que extinguiu o feito,

as partes terão o prazo de dois anos para ingressar com nova ação para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada antecedente estabilizada. (artigo 303 parágrafo 5º Código de Processo Civil)

Apesar de a lei dispor que a estabilização acontece quando não for interposto o respectivo recurso, ainda utiliza-se mesmo que esporadicamente, o conceito que qualquer manifestação do réu impede a estabilização da tutela. Nesse sentido, a revelia seria o pressuposto da estabilização, ou seja, se o réu não apresentou recurso e sim contestação, a tutela antecipada não se estabiliza.

Para Didier Jr. (2015, p.608/609), a revelia não é pressuposta para a estabilização. No entanto, o grande embate está relacionado à estabilização da tutela satisfativa e a coisa julgada. Afinal, se a tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente, ao gerar estabilização, consequentemente gera coisa julgada ainda é uma discussão sem ponto final.

O intuito desse artigo é demonstrar que, por se tratar de uma modalidade nova no âmbito do processo civil, ainda é cercada de inúmeras controvérsias que, somente com o tempo e aplicação do instituto, poderá trazer respostas sólidas acerca do questionamento.

Para autores como Silva (2017, p. 125) a estabilização da tutela satisfativa não tem relação com a coisa julgada, por que, por mais que os efeitos se tornem estáveis não se confunde com a coisa julgada material “Por essa razão, não caberá ação rescisória da decisão que concedeu a tutela provisória, mesmo após transcorrido o prazo de dois anos para ajuizamento da ação mencionada. Art. 304 parágrafo 4º”

Para Didier Jr., a estabilização da tutela não se confunde com a coisa julgada, pois não se pode dizer que houve julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada, frisa-se aqui os requisitos para a coisa julgada, expostos acima.

Esse autor explica que, após o decurso de dois anos, os efeitos da decisão antecipatória concedida são estabilizados. Já a coisa julgada recai sobre o conteúdo da decisão, não os seus efeitos. Nesse sentido, se não houve reconhecimento judicial do direito do autor, leia-se tutela definitiva, logo o autor não pode retirar da estabilização um efeito da coisa julgada.

Com o mesmo sentido, agrega-se que, a tutela, uma vez concedida, fará com que o autor obtenha o direito requisitado, desse modo, este se torna detentor de tal, podendo fazer uso do que lhe foi concedido, nas medidas estabelecidas no momento concessório.

Apesar de o direito exigido ser emergencial, muitas vezes trata-se de direito necessário por tempo prolongado, com isso, não havendo manifestação contrária por parte do réu, se extingui o feito, mantendo-se o direito adquirido pelo autor.

Nesse mesmo pensamento, Sica (2015 p.187) alega que passado dois anos da decisão extintiva do feito, é produzida uma estabilidade qualificada que não pode ser confundida com a coisa julgada.

Para o autor, parece mais coerente defender que a explicação para o que acontece com a estabilização está ligada com a decadência, da mesma forma como ocorre a ação rescisória, do que exclusivamente se tratar de coisa julgada.

Já em sentido contrário, Greco (2015, p.119) sustenta que depois de transcorrido o prazo de dois anos da intimação da tutela satisfativa estabilizada, haverá a decadência do direito de propor à ação revocatória, sobrevindo, de fato, a coisa julgada.

Como mencionado, a nova regulamentação representa uma alternativa para a atual morosidade processual, permitindo as partes uma resolução mais rápida e, na teoria, mais efetiva da demanda requerida. Resta saber se no direito Brasileiro essa novidade vai trazer essa efetivação ou vai continuar sendo objeto de debate sem um posicionamento estável.

Conclusão

A efetivação da tutela provisória mostrou-se um instrumento eficaz frente à problemática da morosidade processual, pois favorece a análise de forma urgente, de uma lide, na qual exista direito a ser requerido de imediato. Nesse sentido, após a sua concessão, não havendo contrariedade da parte diversa, não há argumento plausível que sustente uma não criação de estabilização, ou seja, efeitos de coisa julgada.

Dentro desse cenário, os objetivos do presente trabalho foram alcançados, visto que se demonstrou a importância da Tutela Provisória para a concretização de uma antecipação, que assegure ao autor o direito, não apenas após longo tempo, mas de forma veloz e efetiva.

De modo semelhante, a hipótese confirmou-se, eis que a Tutela Provisória, quando concedida, passa a insurgir efeitos imediatos, porém não permanentes. Diante disso, caberá ao autor completar após sua concessão seus pedidos, bem como, exaurir suas teses de mérito, sendo que, somente após essa ação, poderá a parte contrária exercer seu direito de defesa.

Todavia, se a parte contrária se mantiver inerte, irá insurgir no feito os efeitos da revelia, sob semelhante argumento, caso a parte diversa, use de meios incorretos, apesar de certas divergências quanto a este posicionamento, devera insurgir a estabilização. Com a aplicação da estabilização, firma-se uma decisão que não poderá mais sofrer alteração, ou seja, mesmo que não se de coisa julgada propriamente, seus efeitos se assemelham de forma idêntica.

Referências

ASSIS, Carlos Augusto de. **Tutela provisória no novo CPC : dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015** – coordenação de Cassio ScarpinellaBueno...[et al.] – São Paulo : Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília. DF: Senado Federal. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONTEÚDO JURÍDICO. **A tutela provisória no Novo Código de Processo Civil e a possibilidade da tutela de urgência satisfativa**. Brasil, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-tutela-provisoria-no-novo-codigo-de-processo-civil-e-a-possibilidade-de-estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-589299.html>>. Acesso em 22 agosto 2018

CONTEÚDO JURÍDICO. **Coisa Julgada Civil: Conceito, espécies e funções**. Brasil, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,coisa-julgada-civil-conceito-especies-e-funcoes,46366.html>>. Acesso em 25 agosto 2018

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. V. 2. Salvador: Jus Podium, 2008.

DIREITO NET. **Estabilização da tutela antecipada antecedente**. Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10783/Estabilizacao-da-tutela-antecipada-antecedente>>. Acesso em 15 agosto 2018.

FIDELIS, Aline Pereira. **Estabilização da tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente**. Brasil, 2018. Disponível em: <<https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4761/Artigo%20Cient%C3%ADfico%20-%20overs%C3%A3o%20final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 10 agosto 2018.

GRECO, Leonardo. **Desvendando o novo CPC** – Darci Guimarães Ribeiro, Marco Féliz Jobim, “organizadores”. Alexandre Freitas Câmara... [et al.]. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, Ed. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela Jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização**. Revista de Processo. Ano 30. n. 121. Março de 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JUS.COM . **Estabilização da tutela de urgência antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Brasil, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57812/estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-antecipada-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 28 agosto 2018.

JUS.COM. **A diferenciação da natureza jurídica da estabilização frente a coisa julgada**. Brasil, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55760/a-diferenciacao-da-natureza-juridica-da-estabilizacao-da-tutela-provisoria-frente-a-coisa-julgada>>. Acesso em 20 agosto 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 8ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCARPELLI, Natália Cançado. **Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente**, do Curso de Mestrado em direito sub-área direito processual civil 2016. 186 f. Tese de mestrado.

SICA, Heitor Vitor Mendonça, **Doze problemas e onze soluções quanto á chamada “Estabilização da tutela antecipada”**. Novo CPC doutrina selecionada, v. 4. Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório – coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Jus Podivm, 2015.

SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no Novo Código de Processo Civil**–
Jaqueline Mielke Silva. – 3. Ed. Revista e atualizada. – Porto Alegre: Verbo Jurídico,
2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil:
cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela
provisória)**.16.ed. 2.v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Os provimentos provisórios na nova óptica processual civil e a concessão da tutela provisória de urgência antecipada nas ações que versam sobre o direito à saúde

*Carina Lopes de Souza*¹
*Tassia Aparecida Gervasoni*²

1 Introdução

O Código de Processo Civil conferiu aos provimentos provisórios uma nova sistemática, reunindo-os sob um título específico dentre as disposições da lei. A concessão da tutela provisória de urgência, em especial, encontra-se adstrita a observância de requisitos jurídicos objetivos.

Nesse contexto, o presente artigo analisará as questões relativas ao deferimento da tutela provisória de urgência antecipada nas demandas judiciais que versam sobre o direito à saúde. Abordar-se-á a interação existente entre a tutela satisfativa e a salvaguarda do direito fundamental à saúde.

Para tanto, dividiu-se o artigo em três segmentos. Inicialmente, procura-se conceituar os provimentos provisórios à luz da legislação processual civil vigente, com destaque para a previsão legal e hipóteses de cabimento. Examina-se o sistema classificatória adotado pelo Código de Processo Civil. Busca-se ainda, distinguir as tutelas de urgência cautelar e

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo Pesquisa Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade, vinculado ao CNPq. E-mail: adv.carinalopes@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Ciência Política na Faculdade Meridional - IMED. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado na Faculdade Meridional - IMED. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade, vinculado ao CNPq. E-mail: tassia.gervasoni@imed.edu.br.

antecipada. Por fim, trata-se em específico da tutela provisória de urgência antecipada e sua interface com a proteção do direito fundamental à saúde.

Em um segundo momento, aborda-se a trajetória jurídica do direito à saúde no Brasil, sobretudo após o advento da Constituição de 1988. Discorre-se acerca do núcleo conteudístico desse direito fundamental, analisando a natureza defensiva e prestacional que o integra. Explora-se também o dever estatal para com a proteção e promoção das condições indispensáveis ao exercício desse direito fundamental. Nessa perspectiva, atenta-se para a crescente busca judicial pela efetivação do direito à saúde.

No terceiro tópico, analisar-se-á o entendimento jurisprudencial acerca da matéria. Atenta-se para a comprovação dos requisitos necessários à concessão da tutela de urgência antecipada nas ações que pleiteiam a concessão de fármacos, procedimentos cirúrgicos e demais prestações de cunho material ligadas à saúde.

O presente artigo empregou o método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral dos contornos dos provimentos provisórios e do direito à saúde no cenário brasileiro para, posteriormente, examinar o entendimento jurisprudencial acerca da matéria. Utilizou-se ainda, o método de procedimento monográfico. Por fim, como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos e artigos e estudo jurisprudencial.

2 Os provimentos provisórios à luz do Código de Processo Civil

A morosidade na prestação jurisdicional apresenta-se como uma das questões que desperta discussão no que diz respeito à atuação do judiciário brasileiro³. Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 inaugura

³ O Relatório Justiça em Número do CNJ analisa o tempo médio de tramitação processual. As maiores faixas de duração estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na fase de execução, que chega, na Justiça Estadual, a duração de 6 anos e 9 meses (CNJ, 2018).

uma nova lógica processual, contemplando os chamados provimentos provisórios.

A tutela definitiva corresponde ao provimento que compõe o conflito de direito material de modo exauriente, produz, em regra, resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2017). Compreende, portanto, o objeto precípua da demanda judicial. Algumas situações concretas carecem de maior celeridade no que se refere à prestação da atividade jurisdicional, uma vez que a espera pela composição do conflito pode gerar prejuízos às partes. Diante disso, verificou-se a necessidade de criação de mecanismos que assegurem a fruição do direito requerido pelas partes, minimizando os possíveis danos decorrentes da longa duração do processo. Nessa seara, tem-se as tutelas diferenciadas, meios de regulação provisória da questão processual apresentada pelos litigantes (JÚNIOR, 2016).

O Código de Processo Civil elenca sob o título “Tutelas Provisórias” as tutelas de urgência e de evidência, prestáveis em complemento e aprimoramento à tutela principal que solucionará em definitivo a lide (JÚNIOR, 2016). Dessa forma, as chamadas tutelas provisórias, a partir da nova óptica processual tratam-se, em regra, de incidentes no processo⁴. Não há que se falar em demandas autônomas, uma vez que a dicotomia do processo principal e cautelar não subsiste no nova legislação. De fato, o procedimento fora simplificado, podendo-se inclusive cingir em uma única peça processual o pedido principal e a tutela provisória perquirida.

As tutelas provisórias, em geral, visam combater possíveis riscos de dano ou injustiça decorrentes da longa duração do processo. Logo, caracterizam-se como provimentos imediatos, que de algum modo buscam

⁴ Necessário esclarecer que a partir da nova lei processual civil tem-se a possibilidade de requerimento das tutelas de urgência em caráter antecedente e incidental.

atenuar os inconvenientes sofridos pela parte na busca pela proteção de determinado direito (JÚNIOR, 2016). Cabe aqui destacar que o curso normal do processo poderia obstar a plena fruição do direito requerido pela parte, tendo em vista o risco de vê-lo perecer até o momento da obtenção de uma tutela definitiva por meio de sentença.

Compreendida a essencialidade desses provimentos judiciais à preservação do direito dos litigantes, mostra-se oportuno abordar a classificação adotada pelo Código Processual Civil acerca das tutelas provisórias. A legislação vigente utiliza um sistema classificatório que divide as tutelas provisórias em tutelas provisórias de evidência e tutelas provisórias de urgência (JÚNIOR, 2016).

A tutela de evidência, como o próprio nome indica, tem por finalidade “combater a injustiça suportada pela parte que, mesmo na evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva fruição, diante da resistência abusiva do adversário” (JÚNIOR, 2016, p.611). A tutela de evidência, portanto, confere proteção a um direito incontestado, suficientemente provado, de modo que a respectiva proteção judicial possa ser concedida de imediato, independente do trâmite processual, e mesmo, sem a necessidade de achar-se, o direito, sujeito a risco de dano iminente (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Muito embora a proximidade procedimental existente entre a tutela de evidência e a tutela de urgência - ambas se tratam de provimentos provisórios - há um traço distintivo muito claro e que merece atenção. A tutela de urgência tem por escopo a proteção de determinado direito verossímil contra o perigo de dano decorrente da demora na prestação jurisdicional. A tutela de evidência, por sua vez, encontra-se alicerçada por um conjunto probatório sólido, sustentador do direito pretendido pela parte, de tal sorte que o elemento *periculum in mora* - urgência - não se apresenta como requisito indispensável à concessão dessa medida judicial.

Sendo assim, a tutela provisória de evidência viabiliza a antecipação dos efeitos da decisão que definirá o mérito do processo, mesmo que inexista urgência (ROSSI, 2016).

A tutela de evidência, portanto, não se funda na proteção de determinado direito diante do perigo de dano, mas no fato de a pretensão se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte (JÚNIOR, 2016). Mostra-se possível, assim, conferir liquidez e certeza ao direito pretendido, mesmo que provisoriamente, pois já se acham reunidos os elementos de convicção suficientes ao juízo de mérito. Essa medida, em regra, é comum aos procedimentos especiais como por exemplo ações possessórias, a ação monitória, o mandado de segurança, entre outros.

As hipóteses de cabimento da tutela provisória de evidência encontram-se devidamente previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil. O inciso I estabelece que a tutela de evidência será concedida se caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte. Não obstante, o inciso II autoriza a concessão da tutela de evidência quando as alegações do fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. O inciso III, por sua vez, disciplina que é cabível a tutela de evidência diante do pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Por fim, a tutela de evidência pode ainda ser concedida quando a petição inicial estiver instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Delineados os contornos da tutela provisória de evidência, atenta-se para as tutelas provisórias de urgência cautelar e antecipada. A tutela cautelar visa “assegurar o direito afirmado pelo autor e garantir a sua

satisfação caso venha a ser reconhecido no processo de conhecimento” (ROSSI, 2016, p.10). A tutela antecipada, por seu turno, satisfaz provisoriamente o direito alegado pelo autor – daí a nomenclatura satisfativa adotada pela doutrina majoritária.

Muito embora a existência de espécies distintas de tutelas de urgência - cautelar e antecipada- o deferimento de qualquer uma delas compreende a verificação dos mesmos requisitos (ROSSI, 2016). A concessão das tutelas cautelar e antecipada têm por fundamento os elementos jurídicos do *fumus boni iuris* - probabilidade do direito - e do *periculum in mora* - perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A configuração do *fumus boni iuris* não exige prova cabal da existência do direito material em risco, mesmo porque tal comprovação somente mostrar-se-á possível ao final do trâmite processual (JÚNIOR, 2016). Diante disso, necessário demonstrar o interesse que justifica o direito de ação, não se trata de um juízo de certeza, mas da verossimilhança do direito pretendido pela parte. Notadamente, importa esclarecer que não se pode tutelar todo e qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se revelam passíveis de tutela processual (JÚNIOR, 2016).

O *periculum in mora*, por sua vez, caracteriza-se a partir da verificação de fundado temor de perecimento do direito ora tutelado. A parte deverá demonstrar que a longa tramitação processual que conduzirá à tutela definitiva pode representar um risco de deterioração, mutação ou desvio das pessoas, bens ou provas indispensáveis à constituição do provimento definitivo (JÚNIOR, 2016). Logo, o perigo de dano encontra-se atrelado ao interesse processual em obter a adequada composição do litígio, preservando-se os elementos jurídicos necessários ao convencimento do julgador. Especialmente no âmbito da tutela de urgência cautelar o perigo de dano deve ser iminente.

Elencados os requisitos jurídicos essenciais à concessão de ambas as tutelas de urgência, passa-se à análise da cautelar. Este provimento provisório consiste em uma medida tendente a assegurar a fruibilidade do direito perquirido pelo autor, mas nunca a satisfazê-lo. Nesse sentido, “o que é satisfeito na tutela cautelar é o direito à cautela, o direito à segurança do direito, mas nunca o próprio direito protegido” (RAATZ; ANCHIETA, 2015, p. 279).

A tutela cautelar pode ser classificada de acordo com a doutrina como assecuratória de bens, pessoas ou provas (JÚNIOR, 2016). O Código de 1973 diferenciava as medidas cautelares em típicas e atípicas, delineadas sobretudo por procedimentos distintos, ou seja, as ações nominadas – especiais à determinada circunstância – e as ações inominadas – derivadas do poder geral de cautela.

A lei processual civil vigente não contempla essa divisão prevista no código revogado. Muito embora o artigo 301 do Código de Processo Civil mencione algumas medidas cautelares como o arresto, sequestro e o arrolamento de bens, não há que se falar aqui em um procedimento diferenciado (JÚNIOR, 2016). Nesse sentido, o artigo 798 do Código de Processo Civil dispõe que o magistrado pode determinar as medidas que julgar adequadas à efetivação da tutela provisória. Dessa forma, não se verifica sob a nova óptica processual, uma preocupação em distinguir a natureza das medidas cautelares como típicas ou atípicas.

Analisados os contornos da tutela de urgência cautelar, abordar-se-á então a tutela de urgência antecipada. Esse provimento provisório merece especial atenção, sobretudo porque os tópicos seguintes do presente artigo tratam da concessão da tutela antecipada nas demandas que pleiteiam a efetivação do direito à saúde por meio do fornecimento de medicamentos.

A tutela de urgência antecipada visa neutralizar os possíveis riscos ao direito afirmado pelo autor, assegurando a sua satisfação antes mesmo do

final do processo. Nesse aspecto, a tutela antecipada apresenta-se como um mecanismo capaz de atenuar os efeitos do tempo. A satisfação do direito ora pretendido trata-se do elemento central para distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar - que constitui uma forma de proteção que ainda não satisfaz, mas apenas assegura a futura satisfação do direito (RAATZ; ANCHIETA, 2015). Dessa forma, entende-se que satisfazer um direito significa realizá-lo faticamente.

Notadamente o Código de Processo Civil de 2015 traz em seu bojo inúmeras inovações, especialmente no que se refere aos provimentos provisórios, a exemplo disso tem-se a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. A lei processual de 1973 somente admitia que a tutela antecipada fosse proferida de maneira incidental, no curso do processo de conhecimento, em face de pedido formulado pelo autor na petição inicial (RAATZ; ANCHIETA, 2015). Atualmente, é possível ao autor formular o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, indicando o pedido de tutela final em momento posterior.

A concessão da tutela antecipada, seja em caráter antecedente ou incidental, é comum às demandas que envolvem o direito à saúde. Dessa forma, para compreender as questões ligadas à aplicação da tutela provisória de urgência antecedente no tocante ao fornecimento de medicamentos e demais prestações, mostra-se necessário analisar a trajetória de afirmação e reconhecimento do direito à saúde no Brasil.

3 Os contornos do direito à saúde na ordem jurídica brasileira

A Constituição Federal de 1988, de forma pioneira na história constitucional brasileira, consagrou os chamados direitos sociais como direitos fundamentais, ao inseri-los, expressamente, no catálogo de direitos e garantias fundamentais (KELBERT, 2011). O caráter fundamental atribuído aos direitos sociais denota a preocupação do poder constituinte em efetivar

condições de igualdade, sobretudo, no que diz respeito à igualdade material. Nesse sentido, os direitos sociais estruturam um conjunto de liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, assegurando-lhes condições de pleno desenvolvimento (BULOS, 2010), a exemplo disso destaca-se o direito à saúde.

Tratando-se em específico do direito à saúde, o texto constitucional vigente, consoante à evolução constitucional contemporânea e às elaborações normativas internacionais, conferiu-lhe tutela jurídica (SARLET, 2007), consagrando-o assim como um direito fundamental social. Dentre os direitos elencados no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal, verifica-se a previsão expressa de um direito à saúde, muito embora trate-se de uma previsão dotada de certo grau de generalidade. Para além desta menção genérica à saúde, os artigos 196 a 200 da Constituição Federal buscaram instrumentalizar uma série de normativas que visam definir os contornos legais deste direito fundamental.

A partir do reconhecimento e positivação da saúde na ordem jurídica brasileira, mostra-se necessário explorar a dupla fundamentalidade, formal e material, conferida a esse direito social. Nessa perspectiva, a fundamentalidade formal corresponde justamente à posição hierárquica superior assegurada aos direitos fundamentais, importante destacar que os direitos sociais, inclusive a saúde, somente foram reconhecidos como direitos fundamentais e alcançam força normativa com advento da Constituição de 1988. No sistema vigente, essa proteção formal se dá, em especial, por meio da limitação do poder de reforma, sobretudo a partir das cláusulas pétreas instituídas no artigo 60 da Constituição Federal (FIGUEIREDO, 2007), bem como, pela previsão constitucional de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A fundamentalidade em sentido material, por sua vez, está ligada intimamente à relevância do bem jurídico protegido, importante referir que a saúde é dotada de suficiente relevância e essencialidade jurídica, portanto, goza de normatividade reforçada, especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos. (SARLET; TIMM, 2013). A tutela constitucional conferida ao direito à saúde justifica-se ainda em decorrência da sua relação intrínseca com os direitos à vida e à integridade física e corporal, cujo amparo constitucional mostra-se indiscutível. Diante disso, a ordem jurídica brasileira reconhece, expressamente, o caráter fundamental deste direito social, seja em sentido formal como material.

Desvelados os elementos estruturantes da chamada fundamentalidade do direito à saúde, cabe aqui explorar algumas questões pontuais no que se refere à aplicabilidade deste direito. Verifica-se que por força do artigo 5º, §1º da Constituição Federal as normas definidoras de direitos fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata. A despeito de uma pequena parcela da doutrina que entende ser possível uma interpretação restritiva da referida norma, limitando a aplicabilidade imediata aos direitos individuais e coletivos previsto no artigo 5º da Carta Magna, prepondera uma interpretação sistemática do texto constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Sendo assim, a aplicabilidade imediata alcança todas as normas definidoras de direitos fundamentais, abrangendo o direito fundamental social à saúde positivado no artigo 6º da Constituição Federal.

A previsão legal contida no artigo 5º, §1º da Constituição Federal assegura aos direitos fundamentais a chamada força normativa autônoma, desse modo, a carência de uma elaboração normativa concretizadora por parte do legislador não obsta a produção de efeitos e fruição destes direitos. (FIGUEIREDO, 2007). No entanto, verificam-se ainda divergências

doutrinárias quanto ao reconhecimento da aplicabilidade direta aos direitos sociais. Muito embora prevaleça o entendimento que as normas definidoras de direitos fundamentais gozem de aplicabilidade imediata, os direitos sociais ainda são concebidos como normas de caráter programático. Importante esclarecer que a norma programática é dotada de aplicabilidade mediata, vinculando a produção de efeitos jurídicos à elaboração normativa posterior (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Nesse sentido, os direitos sociais, em especial a saúde, são direitos fundamentais, o que importa dizer que estão sujeitos ao regime jurídico previsto no artigo 5º §1º da CF, dessa forma, não se mostra possível classificá-los como normas meramente programáticas.

Compreendidas as linhas gerais da aplicabilidade do direito à saúde, cabe aqui registrar que o artigo 196 da Constituição prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas [...]” (BRASIL, 1988). Verifica-se, portanto, que o texto constitucional cuidou de conferir à saúde a condição de direito fundamental de ampla fruição, assim como, atribuiu ao poder público um dever de proteção e efetivação deste direito. Nesta dicotomia direito-dever, observa-se que não só o Estado assume o compromisso de salvaguardar o direito à saúde, como também o particular em geral se vê obrigado a tanto, na condição de destinatário das normas de direitos fundamentais (SARLET, 2007). Logo, entende-se que sem o reconhecimento deste dever jurídico por parte das entidades estatais e do particular, o direito à saúde acabaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação.

Nesta seara, cumpre tecer algumas considerações acerca da natureza defensiva e prestacional do direito à saúde. Historicamente adotou-se um sistema classificatório que subdivide os direitos fundamentais em

dimensões⁵, a saúde, por sua vez, integra a chamada segunda dimensão de direitos, marcada essencialmente pela presença ativa do Estado, como garantidor (SILVA; VITA, 2014). Partindo desta análise, necessário esclarecer que este direito fundamental social abrange um complexo de posições jurídicas, exercendo, simultaneamente, a função de direito de defesa e de direito prestacional (SARLET, 2007). Nessa dupla dimensão cuida-se primeiramente, enquanto direito de defesa, de garantir a não interferência estatal e privada no exercício de um direito fundamental à saúde, em segundo momento, na condição de direito prestacional, busca-se assegurar que as prestações materiais indispensáveis à consecução deste mesmo direito sejam oferecidas pelo Estado.

Nesse sentido, oportuno rememorar que os direitos prestacionais demandam do Estado um papel ímpar no que diz com a articulação de mecanismos capazes de garantir prestações de natureza jurídica e material ao indivíduo. Canotilho (2003) revela que os direitos a prestações sociais, em sentido estrito, instrumentalizam uma prerrogativa do particular a obter algo através do Estado. Nessa perspectiva, o direito à saúde confere ao indivíduo o condão de exigir do poder público prestações materiais na esfera da assistência médica e hospitalar. Dessa forma, constata-se que o exercício deste direito fundamental depende intimamente da manutenção de uma estrutura material mínima por parte dos órgãos estatais.

A questão latente no que diz respeito à natureza prestacional do direito à saúde corresponde justamente à limitação da prestação reclamada pelo particular perante o Estado, cuida-se de saber se os poderes públicos são efetivamente devedores de toda e qualquer prestação

⁵ Nesse ponto, adotou-se a nomenclatura “dimensões de direitos”, justamente porque o termo “gerações de direitos” conduz a uma compreensão equivocada no sentido que os direitos fundamentais encontram-se subdivididos em categorias específicas. Diferente disso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos sistematicamente a partir de dimensões integradas (SARLET, 2007).

jurídica ou material atrelada à saúde (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Muito embora o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Antecipação de Tutela nº 175, no sentido de que a saúde assume um caráter de direito subjetivo, inclusive a prestações (GERVASONI; LEAL, 2012), a discussão em torno do reconhecimento de um dever precípua do Estado no que diz com a efetivação deste direito fundamental social ainda permeia o judiciário brasileiro.

Nesse ponto é que se revela a problemática central do presente artigo, ao Estado compete a promoção e articulação de condições que viabilizem o exercício do direito à saúde. Todavia, a deficiência do poder estatal em prover tais condições conduz à busca judicial pela efetivação do direito à saúde. Daí o crescente número de demandas judiciais que exigem do Estado o fornecimento de medicações, tratamentos assistenciais, cirurgias, entre outras prestações ligadas à saúde. A concessão da tutela antecipada nestas situações se dá, justamente, em virtude da extrema relevância do bem jurídico tutelado. Ora trata-se aqui da saúde, direito fundamental social positivado na Constituição brasileira.

4 A concessão da tutela provisória de urgência antecipada nas ações que versam sobre o direito à saúde

A tutela da saúde representa uma importante demanda no judiciário brasileiro, sobretudo a partir do advento da Constituição de 1988 (CÂMARA, 2018). Muito embora o direito à saúde ter alcançado o status de direito fundamental, o Estado não dispõe de meios capazes de prover uma estrutura mínima que atenda todas as necessidades da população no tocante à saúde.

Justamente em virtude dessa deficiência, o Poder Judiciário é acionado para examinar inúmeros pedidos de condenação dos entes federados

ao fornecimento de medicamentos, tratamentos e terapias. Tais demandas, em regra, pleiteiam a concessão da tutela provisória de urgência antecipada, tendo em vista que a morosidade na composição da lide poderia representar a perda do direito ou prejuízo irreparável ao requerente (CÂMARA, 2018).

A fim de compreender as repercussões pragmáticas das mudanças proporcionadas pelo Código de Processo Civil no que refere à tutela de urgência antecipada, em especial no âmbito do direito à saúde, necessário verificar o tratamento conferido pelos intérpretes jurisdicionais à matéria.

Nesse sentido, a Primeira Turma Recursal da Fazenda Pública, em decisão unânime, não concedeu provimento o agravo de instrumento nº 71007596638. O recurso fora interposto por Alex André Torbesz Petersen, em face da decisão que indeferiu, em sede de tutela provisória, o fornecimento do medicamento Risperidona para tratamento de retardo mental moderado.

A relatora Thais Coutinho de Oliveira esclarece que não fora demonstrada a impossibilidade de substituição da medicação requerida pelas alternativas de tratamento disponibilizadas pelo SUS, tampouco a urgência na administração do fármaco (BRASIL, 2018a). Ausente, portanto, a demonstração dos requisitos contidos no artigo 300 do Código de Processo de Civil a autorizar o deferimento da liminar perseguida.

No mesmo sentido, a Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública negou provimento ao agravo de instrumento nº 71007589591. O referido recurso fora interposto por Helena Maria Ferreira, contra decisão que indeferiu a tutela provisória de urgência antecipada, por meio da qual a agravante buscava a dispensação do fármaco Cloridrato de Memantina, para tratamento de depressão.

Na ocasião, a relatora Rosane Ramos de Oliveira Michels, atentou para as mudanças substanciais introduzidas pelo Código de Processo Civil

vigente, especialmente no tocante aos provimentos provisórios. O artigo 300 cuidou de elencar requisitos objetivos autorizadores da tutela de urgência – probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil, explorados anteriormente. A verificação desses elementos no caso em comento não se fez presente dada a inconsistência do conjunto probatório apresentado pela agravante.

Michels assevera que “os documentos juntados aos autos do processo originário, por ora, não se mostraram aptos a comprovar a probabilidade do direito da agravante e a urgência na disponibilização do medicamento pleiteado” (BRASIL,2018b). Cabe aqui esclarecer que os laudos médicos acostados tratavam-se de simples prescrições, indicando a correta administração do fármaco. Não se observa assim, qualquer menção aos riscos decorrentes da não administração do medicamento, sequer da impossibilidade de utilização de alternativas medicamentosas disponíveis na rede pública de saúde.

Diante disso, verifica-se que ambos os acórdãos denegam a concessão da tutela de urgência antecipada em virtude do não preenchimento dos requisitos objetivos elencados no artigo 300 do Código de Processo Civil. Ora, a nova legislação processual civil veio disciplinar uma matéria de extrema relevância – os chamados provimentos provisórios – delineando um rito procedimental distinto, que pressupõe observância de requisitos jurídicos específicos.

No tocante à tutela provisória de urgência antecipada e sua interface com a proteção do direito à saúde, compreende-se que a existência de um mecanismo jurídico capaz de garantir o exercício desse direito fundamental de forma prévia ao provimento definitivo resguarda a parte de eventuais prejuízos decorrentes da morosidade processual. Ocorre que o deferimento da tutela de urgência antecipada deve estar respaldado por um conjunto probatório que efetivamente ateste a probabilidade do direito

e o risco ao resultado útil do processo. Ausentes tais requisitos não se pode proporcionar a satisfação prévia da aludida pretensão.

Em outra oportunidade a Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública deliberou pelo provimento do agravo de instrumento nº 71007601032, também atinente ao direito à saúde. A agravante Michele Provensi, buscou por meio do mencionado recurso a realização de procedimento cirúrgico, para tratamento de patologias ligadas aos discos lombares.

Os requisitos do artigo 300 encontram-se devidamente comprovados no caso em tela, uma vez que o laudo médico atesta a patologia que acomete a agravante, bem como, a necessidade do procedimento cirúrgico - probabilidade do direito. Não obstante, faz-se presente a urgência na realização da cirurgia, tendo em vista as possíveis sequelas neurológicas irreversíveis - perigo de dano. (BRASIL, 2018c).

Do mesmo modo, deliberou a referida turma recursal pelo provimento do agravo de instrumento nº 71007596836, interposto por Orientalino Peixoto da Silveira, em face da decisão que indeferiu a tutela provisória de urgência antecipada, por meio da qual o agravante buscava a dispensação dos fármacos Bromidrato de Citalopram, Alprazolam e Op-tive, para tratamento de transtornos depressivos.

A relatora, consoante a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, referiu que:

[...] os documentos juntados aos autos do processo originário são aptos a comprovar a probabilidade do direito do agravante e a urgência na disponibilização dos medicamentos pleiteados, não havendo, neste momento processual, elementos novos que infirmem a conclusão adotada àquela oportunidade (BRASIL, 2018c, p.)

Veja-se aqui que ambos os acórdãos fundamentam a concessão da tutela provisória de urgência no preenchimento dos requisitos objetivos contidos no artigo 300 do Código de Processo Civil. Entende-se que a tutela provisória tem por finalidade conferir efetividade à função jurisdicional, assegurando que os efeitos do tempo não obstem a realização fática do direito (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2017). Dessa forma, a satisfação imediata da pretensão do requerente, pressupõe a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou comprometimento ao resultado final do processo.

Em que pese a saúde tratar-se de um direito fundamental, digno de proteção, a concessão da tutela de urgência antecipada não pode respaldar-se unicamente na relevância do bem jurídico tutelado. O deferimento dessa medida judicial compreende a verificação de requisitos objetivos. Na esfera prática, “quanto mais denso é o *fumus boni iuris*, com menor rigor se exige o *periculum in mora*, por outro lado quanto mais denso é o *periculum in mora*, exige-se com menor rigor o *fumus boni iuris*” (COSTA, 2011). Ao cabo, é necessária a verificação de ambos os requisitos, mesmo que em graus de valoração distintos.

Por derradeiro, oportuno aqui consignar que o deferimento da tutela de urgência antecipada, mediante a cumprimento dos requisitos legais, tem especial significado quando se trata da saúde. Notadamente, a satisfação prévia da pretensão – tratamentos médicos, fornecimento de fármacos, realização de procedimentos cirúrgicos, entre outros - assegura a fruição do direito à saúde.

Conclusão

Ao reunir os provimentos provisórios sob um título específico, a lei processual civil conferiu-lhes contornos procedimentais bem definidos. O deferimento da tutela provisória de urgência antecipada, a exemplo disso,

somente se mostra possível a partir da verificação dos elementos jurídicos elencados no artigo 300 da referida lei.

Nessa perspectiva, verificou-se que a tutela de urgência antecipada satisfaz previamente o direito do requerente, dessa forma está intimamente relacionada a realização fática da pretensão jurídica. Analisou-se assim a concessão dessa medida judicial nas ações que versam sobre o direito a saúde. Observou-se que esse direito fundamental, dada a sua relevância jurídica demanda do Estado proteção efetiva. No entanto, diante da deficiência estrutural e financeira dos entes estatais evidencia-se a crescente busca judicial pela efetivação do direito à saúde. Justamente aqui é que se revela o ponto de intersecção existente entre a disciplina dos provimentos provisórios e a proteção do direito à saúde.

A tutela de urgência antecipada é comumente requerida pela parte litigante a fim de garantir-se a realização prática do direito à saúde. Dessa forma, ao deferir tal medida judicial proporciona-se ao requerente as prestações de cunho material pleiteadas- fornecimento de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos, entre outros - de forma prévia ao provimento definitivo.

Oportuno referir que o entendimento jurisprudencial acerca da matéria denota que o deferimento da tutela de urgência antecipada está atrelado à observância dos requisitos objetivos previsto na legislação processual civil. Sendo assim, deve-se comprovar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Referências

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso. **Agravo de instrumento nº 71007596638**. Relatora Thais Coutinho de Oliveira. Julgado em: 28/06/2018a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica>

site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A71007596638&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 21/08/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso. **Agravo de instrumento nº 71007589591**. Relatora Rosane Ramos de Oliveira Michels. Julgado em: 27/06/2018b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A71007589591&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 21/06/2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso. **Agravo de instrumento nº 71007601032**. Relatora Rosane Ramos de Oliveira Michels. Julgado em: 27/06/2018c. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A71007601032&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 21/06/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso. **Agravo de instrumento nº 71007596836**. Relatora Rosane Ramos de Oliveira Michels. Julgado em: 27/06/2018d. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A71007596836&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 21/06/2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10/08/2018.

BRASIL. **Constituição da República de Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30/08/2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Silvana Godoi. O novo CPC e o acesso à justiça: em foco a tutela antecipada antecedente de saúde. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 42, p. 51-66, mar./jun. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**. Brasília: CNJ, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O direito vivo das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER, Fredie Jr. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v.2. ed.12. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GERVASONI, Tássia Aparecida. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Monica Clarissa Hennig. Imposição judicial de serviços público de saúde x Teoria da separação dos poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no estado democrático de direito. **Revista da AJURIS**. v.39. n.126. junho, 2012.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. v.1. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RAATZ, Igor ; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho. 2015.

ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. Tutelas provisórias na lei 13.105/15 – Novo código de processo civil. **Revista Bonijuris**. Julho 2016. Ano XXVIII, n. 632. V. 28, n. 7, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. ed.8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Bahia. n.11. set/out/nov, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. **Revista da procuradoria-geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.25. n.55. p.29-74, 2002.

SILVA, Karina Zanin; VITA, Jonathan Barros. O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica Cesumar**, v.14, n.1, 2014.

Planejamento sucessório e *holding* familiar: uma construção possível

*Tatiani de Azevedo Lobo*¹

1 Introdução

No direito sucessório interessa a transmissão dos bens e obrigações de uma pessoa para depois de sua morte. Com efeito, no Brasil, esse ramo do Direito Civil é permeado por limitações que estreitam sobremaneira a possibilidade de definição individualizada acerca da divisão patrimonial após o falecimento.

A análise legislativa permite afirmar que a preferência é dada ao formato da sucessão legítima em detrimento da testamentária, com raros espaços para estreimar os quinhões em conformidade com a vontade do autor da herança em vida.

Nesse sentido, a presente pesquisa trata especificamente sobre possibilidade de planejamento sucessório por meio da criação de uma *holding* familiar.

O tema é investigado com o intuito de demonstrar ao leitor, primeiramente, o formato processual e as escolhas procedimentais elegíveis pelos interessados quando da abertura da sucessão (inventário e partilha judiciais, inventário extrajudicial e arrolamento).

¹ Mestra em Direito pela UNISC, área de concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, com bolsa Capes. Especialista em Direito Público pela UCS / ESMAFE. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense/UFF. Professora da Escola de Direito da Faculdade Meridional - IMED. Advogada. E-mail tatianilobo@hotmail.com.

No tópico subsequente, aborda-se as limitações de direito material na sucessão legítima e testamentária seguindo a investigação sobre o lugar das empresas familiares na sucessão *causa mortis*.

Para tanto, utiliza-se o método dedutivo aliado às técnicas de pesquisa bibliográfica, pela exploração histórico-legislativa, doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

2 Abertura da sucessão e procedimentos: escolhas possíveis

No Brasil, a sucessão hereditária se abre no momento da morte real do falecido (cessação da atividade cerebral, circulatória ou respiratória da pessoa natural) comprovada por meio de certidão de óbito, independentemente da abertura de processo de Inventário e Partilha e até mesmo do conhecimento dos sucessores de que a morte ocorreu.

Por essa perspectiva, é possível afirmar que o Direito Sucessório brasileiro segue o *medievo droit de la saisine* ou Princípio da Saisine. Tema basilar do Direito Sucessório, tem origem na expressão gaulesa *le mort saisit le vif*, representando que, com a morte, a herança transmite-se imediatamente aos sucessores, independentemente de qualquer ato dos herdeiros (ALVES; DELGADO, 2005).

Hironaka (2008) dispõe que o Princípio da Saisine teve sua origem em uma situação peculiar da história francesa, referente à necessidade de se subtrair a propriedade do vassalo morto das exigências dos senhores feudais, em uma época em que estes eram proprietários de todas as terras submetidas à sua autoridade. Parte dessas propriedades, contudo, eram exploradas pelos vassalos e, quando eles morriam, elas eram devolvidas ao senhor feudal. Diante dessa injustiça, foi criada a ficção jurídica da *saisine*, que admitia pressupor, então, que o vassalo, no momento mesmo de sua morte, teria imitado os seus herdeiros na posse de todos os seus bens.

Outras legislações também adotaram o referido princípio, dentre as quais destacam-se: Código Civil Francês (artigo 718 a 724), Código Civil Italiano (artigo 456), Código Civil Espanhol (artigo 657 a 661), Código Civil Chileno (artigo 955), Código Civil Venezuelano (artigo 986 e 988) e Código Civil Japonês (artigo 964 e 992).

No Brasil, dispõe o artigo 5º, XXX, da Constituição da República "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] XXX - é garantido o direito à herança" (BRASIL, 2020).

O legislador infraconstitucional conserva no artigo 1784 do Código Civil o Princípio da Saisine ao dispor que "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (BRASIL, 2020).

Em interessante julgado sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou diretamente o princípio sob análise ao reconhecer a posse e propriedade da totalidade das ações deixadas pelo autor da herança aos seus herdeiros legítimos, independentemente do julgamento da partilha.

Com o falecimento, a propriedade e posse dos bens do *de cuius* é transmitida imediatamente aos seus herdeiros legítimos. Assim, na espécie, sem a partilha dos bens, todos os herdeiros, em condomínio, são detentores das ações deixadas pelo acionista falecido e possuem eles legitimidade para postular a dissolução da sociedade familiar, pois alegam que esta não cumpre o seu fim social. Não é necessário que as ações tenham sido escrituradas individualmente a cada um dos herdeiros para que atendam ao percentual de 5% estipulado no art. 206, b, da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Pelo Princípio de Saisine, eles são possuidores e proprietários do montante de ações deixadas pelo *de cuius*, que, no caso, representa mais de 5% do capital social da empresa. Concluindo, a Turma conheceu em parte do recurso e, nesta

parte, deu-lhe provimento para afastar a carência da ação e determinar o retorno dos autos à vara de origem para prosseguir no exame da causa como entender de direito (BRASIL, 2020).

Além da morte real, há a possibilidade de reconhecimento da morte presumida para efeitos sucessórios, decorrente: de sentença que declara aberta a sucessão definitiva patrimonial do ausente; ou sem decretação prévia de ausência (queda de aeronave sem possibilidade de encontrar o cadáver, por exemplo). Nessas hipóteses, o juiz fixa a data provável do falecimento, substituindo o assento de óbito.

Diante da morte presumida, aplica-se, a depender do caso concreto, o procedimento da sucessão provisória, disposto no Código Civil, do artigo 26 ao 36. Em síntese, estabelece a legislação civil que “decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão”. A legitimidade para a propositura da demanda é dos seguintes interessados: o cônjuge; os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários; os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte; os credores de obrigações vencidas e não pagas; ou do membro do Ministério Público, em caso de inércia dos demais interessados.

Ressalte-se que a sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada. Ademais, os imóveis do ausente só poderão ser alienados com autorização judicial sob a justificativa de evitar a ruína. Com relação aos frutos e rendimentos dos bens: receberão a totalidade, se os sucessores forem descendentes, ascendentes ou cônjuge; e deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos os demais sucessores, prestando anualmente contas ao juiz competente.

Contudo, se o ausente aparecer e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos. Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitados.

Encaminhando-se ao final do procedimento, a sucessão definitiva poderá ser requerida pelos interessados supracitados dez anos após o trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória. Além disso, tal possibilidade é permitida pelo Código Civil no caso de, simultaneamente, provar-se que o ausente conta oitenta anos de idade e que de cinco datam as últimas notícias dele, conforme os artigos 37 e 38.

Caso ocorra o regresso do ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, receberá somente os bens existentes no estado em que se acharem ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo. No entanto, se nesse prazo o ausente não regressar e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal, na forma do artigo 39 *caput* e parágrafo único do Código Civil.

Definidos juridicamente os momentos da transmissão do patrimônio do falecido aos herdeiros (Princípio da Saisine) e da abertura da sucessão (morte real ou presumida), resta considerar o procedimento adequado para determinar a totalidade do patrimônio deixado pelo autor da herança, pagamento das dívidas, divisão dos quinhões dos herdeiros e cálculo dos impostos.

Considerando os critérios legais e jurisprudenciais estabelecidos, conforme a complexidade da demanda, presença ou não de testamento², consensualidade e capacidade dos envolvidos, há possibilidade de utilização do procedimento de inventário e de partilha (artigos 610 a 658 do CPC), arrolamento (artigos 659 a 667 do CPC) ou inventário extrajudicial (artigo 610, parágrafos 1º e 2º do CPC e Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça).

Diante disso, observa-se que, apesar de certa margem de escolha procedimental, a legislação brasileira traz limitações significativas na disposição patrimonial para após o falecimento. Consequentemente, medidas que objetivam a conservação patrimonial vêm sendo experimentadas pelos operadores do Direito, especialmente a que constitui o propósito deste estudo, qual seja, a *holding* patrimonial familiar.

3 Limitações materiais e planejamento sucessório: as *holding* familiares

Com a abertura da sucessão *causa mortis*, a herança é transferida imediatamente aos herdeiros legais e testamentários, sem necessidade de qualquer formalidade. Esta universalidade de direito, bem imóvel para efeitos legais, é considerada coisa indivisa até a partilha entre os herdeiros.

O autor da herança pode decidir em vida, de acordo com o Princípio da Liberdade de Testar e desde que não ofenda regras de ordem pública, a quem caberá a herança ou o bem individualizado (denominado de legado). Assim, o testamento é o instrumento para o exercício de tal faculdade, sendo necessária sua confecção em conformidade com os tipos legais: testamentos ordinários podem ser público (forma mais segura), cerrado e

² O STJ, interpretando sistematicamente as leis federais aplicáveis ao tema, decidiu pela validade da realização de inventário extrajudicial mesmo havendo testamento do autor da herança, no Recurso Especial 1.808.767 - RJ: "Assim, de uma leitura sistemática do caput e do § 1º do art. 610 do CPC/2015, c/c os arts. 2.015 e 2.016 do CC/2002, mostra-se possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogado, desde que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja a expressa autorização do juízo competente" (BRASIL, 2019).

particular (artigo 1862 do CC); e testamentos especiais são classificados em marítimo, aeronáutico e militar (artigo 1886 do CC).

No entanto, quando alguém morre sem deixar testamento, dispendo apenas de parte de sua herança em testamento, com testamento inteiramente revogado, deixando testamento declarado judicialmente como inválido, nulo, caduco ou rompido, incidirá a sucessão legal ou legítima, conforme a ordem de vocação hereditária definida no artigo 1829 do CC.

A legislação civilista dispõe que os herdeiros legítimos são: descendente, cônjuge ou companheiro sobrevivente, ascendente e colateral (até o quarto grau). A ordem de vocação hereditária foi determinada pelo legislador obedecendo ao princípio de que os parentes mais próximos em classe e grau excluem os mais remotos, salvo o direito de representação e admitida a concorrência de classes.

Outrossim, é possível a concorrência entre descendente e cônjuge ou companheiro, a depender do regime de bens adotado no casamento. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a concorrência entre descendente e ascendente ou entre descendente e colateral. Admite-se concorrência entre cônjuge (independentemente do regime de bens do casamento) ou companheiro e ascendente, mas não com colateral.

Elencadas as limitações de direito processual e material, a margem para inovações no campo sucessório é estreita. A despeito disso, ainda é possível criar mecanismos válidos de planejamento sucessório.

Cardoso (2014) define planejamento sucessório como o conjunto de atos, pesquisas, instrumentos jurídicos que visam a atingir determinados objetivos, tendo em vista a preocupação com o momento morte do titular de certa gama patrimonial. São exemplos de planejamento sucessório: doação de bens em vida, formulação de testamentos e transferência dos bens para a chamada *holding* patrimonial.

Particularmente, enseja maiores discussões e reflexões neste ensaio a formação de *holding* patrimonial familiar com o objetivo de planejamento sucessório. Trata-se da transferência do patrimônio de uma pessoa a uma *holding*, com antecipação da quota-parte dos futuros herdeiros do transferidor, mas com o gerenciamento dos bens e direitos permanecendo sob responsabilidade do futuro autor da herança até que ocorra seu falecimento.

Destaque-se que, segundo Mamede (2018), a constituição de uma sociedade pode ter como principal referência o mútuo reconhecimento entre seus sócios. São sociedades *intuitu personae*, isto é, sociedades contratadas em função das pessoas. É o caso, por exemplo, das chamadas empresas familiares, ou seja, da sociedade *intuitu familiae*, em que a constituição da pessoa jurídica tem por objetivo abrigar pessoas de uma mesma família para a condução de suas atividades econômicas, como a *holding* familiar, por exemplo. Já nas sociedades *intuitu pecuniae*, ou seja, sociedades focadas no aporte do capital e não na pessoa dos sócios, a identidade do sócio não tem tal relevância, mas sim o aporte de capital.

O Código Civil não explicita essa distinção, mas prevê normas que dão às sociedades contratuais uma caracterização *intuitu personae*, prevendo que o sócio não pode ser substituído no exercício das suas funções sem o consentimento dos demais sócios (artigo 1.002), bem como limitando a cessão total ou parcial de quota à modificação do contrato social, o que demanda aprovação unânime dos sócios (artigos 997, 999 e 1.003). Essa limitação terá efeitos sobre a penhora de quotas (artigo 1.026) e mesmo sobre a sucessão *causa mortis* (artigo 1.028). Na sociedade limitada, por exemplo, embora de forma menos rígida, o sócio tem o direito de ceder sua quota a estranho se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social (artigo 1.057). Em oposição, as sociedades

por ações (sociedade anônima e sociedade em comandita por ações) são, por essência, sociedades de capital.

Ainda nas lições de Mamede (2018), o contrato não deve apenas definir qual o valor total do investimento na sociedade (capital), mas igualmente a participação que cabe a cada sócio, ou seja, o valor subscrito por cada sócio, além do tempo e do modo de integralização, ou seja, da disponibilização efetiva dos valores. Portanto, é preciso esclarecer se a integralização se fará no ato de constituição ou em momento futuro, bem como a maneira como se fará: pagamento em dinheiro, transferência de bens ou crédito, prestação de serviços para a sociedade, quando possível. O ato de integralizar, entretanto, não é privativo do sócio, podendo ser feito por outrem, em nome e a bem do sócio: uma agência de fomento, uma organização não governamental, um benfeitor (parente, amigo, desconhecido) etc. Não há vedação legal de que o investimento seja feito por um terceiro, onerosamente ou gratuitamente: doação, *inter vivos* ou *causa mortis*.

Assim sendo, Bergamini (2003) apresenta a *holding* familiar como a controladora do patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, ou seja, ao invés de as pessoas físicas possuírem bens em seus próprios nomes, passam a possuí-los através de uma pessoa jurídica, que geralmente se constitui na forma de sociedade limitada, com a seguinte denominação social: Empreendimentos ou Participações Ltda.

Para Prado (2011), com esse novo formato facilita-se a administração dos bens e a sucessão hereditária, garantindo-se a manutenção das empresas em nome dos descendentes do sucessor, resultando em maiores benefícios fiscais e proteção patrimonial.

Barros (2013), por sua vez, aduz que o controlador poderá doar aos seus herdeiros as quotas-partes da companhia, gravando-as com cláusula

de usufruto vitalício em favor do doador, assim como de incomunicabilidade, inalienabilidade, reversibilidade e impenhorabilidade. O autor adverte que o doador das quotas da *holding* familiar não poderá ficar insolvente após as doações, sob pena de anulação da doação por fraude a credores, bem como, as transferências dos ativos patrimoniais devem ser feitas à sociedade antes do ajuizamento de ações, execuções e inscrição em dívida ativa, a fim de não configurar fraude à execução

A procura pelo planejamento sucessório com a utilização desse modelo de *holding* familiar se intensificou com a apresentação ao Senado da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 96, no ano de 2015.

Com efeito, a PEC 96/2015 objetiva autorizar a instituição de um adicional ao imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD) incidente sobre grandes riquezas, a ser administrado pela União, a ser denominado Imposto sobre Grandes Heranças e Doações. Os autores e as autoras da proposta justificam-na alegando, primeiro, que as grandes fortunas transmitidas sofrem incidência de alíquotas bastante inferiores às praticadas no restante do mundo. Além disso, que a Resolução nº 9, de 1992, do Senado Federal estabelece a alíquota máxima de 8% para os fatos geradores do ITCMD e que somente quatro Estados a praticam em seu limite, de maneira progressiva (Ceará, Bahia, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), revelando um subaproveitamento do potencial arrecadatório desse tributo (BRASIL, 2015).

Por essa perspectiva, a nova redação constitucional seria a seguinte:

Art. 153-A. A União poderá instituir adicional ao imposto previsto no inciso I do art. 155, a ser denominado Imposto sobre Grandes Heranças e Doações, de forma a tributar a transmissão *causa mortis* e doação, de bens e direitos de valor elevado.

§ 1º O produto da arrecadação do adicional de que trata o caput será destinado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, para o financiamento da política de desenvolvimento regional.

§ 2º O adicional de que trata o caput terá alíquotas progressivas em função da base de cálculo, e sua alíquota máxima não poderá ser superior à mais elevada do imposto de renda da pessoa física.

§ 3º Não se aplica ao adicional de que trata o caput o disposto no inciso IV do § 1º do art. 155, e no inciso IV do art. 167.

A proposta segue em análise no Senado e, em caso de aprovação nos termos apresentados, autoriza o aumento significativo da alíquota atualmente praticada: de 8% para 27,5%, máximo praticado na tributação do imposto de renda das pessoas físicas.

Demonstrado o interesse social no tema em discussão, retoma-se a análise das principais características da *holding* familiar: com ela administra-se patrimônio próprio ou da família; possibilidade de manter a administração sob o controle do fundador; seu capital social é integralizado através da incorporação de bens móveis, imóveis, dinheiro e outros direitos; a sociedade passa a auferir as rendas decorrentes dos ativos transferidos; a sociedade não deve participar de atividades de risco (FERREIRA; PEREIRA, 2005).

No que tange aos objetivos da *holding* familiar, tem-se justamente: a segurança patrimonial; o planejamento tributário, com redução da carga fiscal; organização do patrimônio familiar/da sucessão. No entanto, por certo, o uso dessa faculdade jurídica, não pode ser optado por motivações ilegais, ou seja, com vistas a burlar direitos sucessórios, direitos de credores, regimes de casamento ou quaisquer outros (FERREIRA; PEREIRA, 2005).

A fim de analisar um caso de aplicação do instituto, apresenta-se o caso da Holding Silvio Santos Participações S/A. Aqui destaca-se que a

Família Abravanel é proprietária de 100% das ações, que administra o Grupo Silvio Santos, formado por 34 empresas de ramos de atividades distintos, tais como o SBT (telecomunicações e entretenimento), Jequití Cosméticos (*beauty care*) e o Baú da Felicidade (financiamento). A escolha desse modelo de sociedade permitiu a concentração do patrimônio na família Abravanel, filhas e sobrinhos, como também mantém o controle da administração com o genitor e dono de todo o patrimônio. O ideal dessa *holding* familiar mostra uma alternativa nos negócios familiares para: alavancar os investimentos; manter o controle e administração centralizados; direcionar o crescimento do grupo; economizar, sem riscos para os sócios, com a incidência de menos tributos e maiores vantagens para o empresário e sua família expandirem seus negócios (DAMASCENO, 2018).

Outra *holding* familiar brasileira é a pertencente à família Marinho, as Organizações Globo Participações S.A. Os pilares da *holding* são as estações de sinal aberto no Rio de Janeiro (RJ) e em São Paulo (SP), sedes principais, além das de Recife (PE), de Brasília (DF) e de Belo Horizonte (MG). Também constituem a empresa negócios impressos (O Globo, Extra e Editora Globo, por exemplo) controlados pela empresa Infoglobo e o Sistema Globo de Rádio, dentre outros. Com a reestruturação da *holding*, iniciada em 2020, as empresas TV GLOBO, GLOBOSAT, SOM LIVRE, GLOBO.COM, GLOBOPLAY e DG CORP. serão integradas em uma única, chamada de GLOBO, e a terceira geração da família controladora ingressará na direção do grupo (SÁ, 2020).

Exemplificando essa espécie de empresa no âmbito internacional, há a *holding* da família Walton, chamada de Walton Enterprise possui metade do Walmart. No ano de 2018, a parte societária que a família detém da varejista garantiu cerca de US\$ 3 bilhões em dividendos. A terceira geração

de Walton controla as empresas do grupo, que foi fundado nos anos de 1940, nos Estados Unidos (FURLANI, 2019).

Assim sendo, constata-se que a liberdade do titular do patrimônio para disposição dos bens após o falecimento pode ser realizada por meio da criação de uma empresa familiar, dividindo-se, inclusive, as quotas sociais entre os futuros herdeiros.

Conclusão

A morte de uma pessoa faz com que seus familiares recolham sua herança. O legislador instituiu a conservação do patrimônio com seus familiares, sendo permitidas certas liberalidades testamentárias nos limites das garantias dos eventuais herdeiros necessários. Com isso, fica harmonizada a sucessão legítima em coexistência com a testamentária, reservados por lei os direitos sucessórios dos herdeiros necessários.

A discussão apresentada possibilita reconhecer que as *holding* familiares são efetivas na proteção patrimonial da família controladora, combinando administração facilitada, segurança dos investidores e incidência tributária inferior aos métodos tradicionais

Diante disso, espera-se ter contribuído para cumprir o papel que cabe à academia, qual seja, acirrar o debate, refutar determinados mitos e teses equivocadas, explicitar as divergências, tudo com base em um pensamento crítico alternativo.

Referências

ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Método, 2005.

BARROS, Tiago Pereira. Planejamento sucessório e holding familiar/patrimonial. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3529, 28 fev. 2013. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/23837> >. Acesso em: 5 setembro 2020.

BERGAMINI, Adolpho. Constituição de empresa Holding Patrimonial como forma de redução de carga tributária da pessoa física, planejamento sucessório e retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação. **Revista Jus Vigilantibus**, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >; Acesso em 31 de agosto de 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 96**. Disponível em : < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4341747&ts=1593920739782&disposition=inline> >. Acesso em 02 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.808.767 - RJ (2019/0114609-4)**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado em 15 de outubro de 2019. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=103942888&num_registro=201901146094&data=20191203&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em 03 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 650.821-AM**, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Publicado em 27 de março de 2007. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=%04ocod%03D%027315%027&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=21> >. Acesso em 31 de agosto de 2020.

CARDOSO, Simone Tassinari. Algumas peculiaridades dos instrumentos tradicionais de planejamento sucessório. *In O Direito no lado esquerdo do peito: ensaios sobre direito de família e sucessões*. Org. DA ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Maria Busnello. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2014.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes; PEREIRA, Carolina Fagundes Leitão. A holding patrimonial familiar e seus incentivos: uma análise à luz da law and economics. **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios**, ISSN: 2526-9348, São Leopoldo,

v. 3, n. 2, 2019, p. 42-67. Disponível em: < <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/issue/view/844> >. Acesso em: 03 de setembro de 2020.

FURLANI, Bruna. Uma cifra impressionante: fortuna dos Waltons, clã por trás do Walmart, cresce cerca de US\$ 100 milhões por dia. **Seu Dinheiro**, [S. l.], 10 ago. 2019. Disponível em: < <https://www.seudinheiro.com/2019/bilionarios/cla-do-walmart-tem-fortuna-que-cresce-100-milhoes-por-dia/> >. Acesso em: 4 set. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: Parte Especial – Do Direito das Sucessões (arts. 1784 a 1856). volume 20. Ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Fred John S. A holding como modalidade de planejamento patrimonial da pessoa física no Brasil. **Jus Navigandi**. 2011, p. 87. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/18605> >. Acesso em: 22 de abril de 2013.

SÁ, Nelson de. Globo junta cinco empresas em uma, inclusive TV aberta e paga. **Folha de São Paulo**, [S. l.], p. página inicial, 8 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/11/globo-junta-cinco-empresas-em-uma-inclusive-tv-aberta-e-paga.shtml>. Acesso em: 4 set. 2020.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org

contato@editorafi.org