

DIREITO CIVIL EM PERSPECTIVA

REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DOS
DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Stefânia Fraga Mendes
Antônio Leonardo Amorim
Anderson Rocha Rodrigues
Paulo Eduardo Elias Bernacchi

(Organizadores)



**DIREITO CIVIL EM PERSPECTIVA:
REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS**



Stefânia Fraga Mendes, Antônio Leonardo Amorim,
Anderson Rocha Rodrigues e Paulo Eduardo Elias Bernacchi
(Orgs.)

**DIREITO CIVIL EM PERSPECTIVA:
REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS**

1ª Edição

**Quipá Editora
2022**

Copyright © dos autores e autoras. Todos os direitos reservados.

Esta obra é publicada em acesso aberto. O conteúdo dos capítulos, os dados apresentados, bem como a revisão ortográfica e gramatical são de responsabilidade de seus autores, detentores de todos os Direitos Autorais, que permitem o download e o compartilhamento, com a devida atribuição de crédito, mas sem que seja possível alterar a obra, de nenhuma forma, ou utilizá-la para fins comerciais.

Revisão e normatização: dos autores e autoras.

Conselho Editorial:

Adriano Monteiro de Oliveira, Editor-chefe, Quipá Editora

Dra Anny Kariny Feitosa (IFCE) / Dra. Elaine Carvalho de Lima (IFTM) / Dra. Érica P. C. L. Machado (UFRN) / Dra. Harine Matos Maciel (IFCE) / Dra. Patricia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza (TCE-SE/UNIT).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito civil em perspectiva : reflexões críticas acerca dos desafios / Organizado por Stefania Fraga Mendes ... [et al.]. — Iguatu, CE : Quipá Editora, 2022.

153 p. : il.

ISBN 978-65-5376-027-1
DOI 10.36599/qped-ed1.145

1. Direito civil. I. Mendes, Stefania Fraga. II. Título.

CDD 347

Elaborada por Rosana de Vasconcelos Sousa — CRB-3/1409

APRESENTAÇÃO

Queridos leitores e leitoras, é com grande satisfação que os professores do Curso de Direito da UNEMAT (Universidade do Estado de Mato Grosso), lançam em formato de livro digital as pesquisas realizadas por seus orientados de trabalho de conclusão de curso.

Os professores organizadores, autores e autoras, responsáveis pela realização de pesquisa crítica, científica e democrática, apresentam seus dados em formato de artigo científico, validando o aprendizado e dando publicidade a toda comunidade jurídica e sociedade das pesquisas realizadas na Universidade Pública e Gratuita.

O livro “DIREITO CIVIL EM PERSPECTIVA: Reflexões críticas acerca dos desafios contemporâneos” é uma obra coletiva que apresenta temas relevantes na órbita do Direito Civil abordados com olhares diversos a partir da valiosa contribuição dos professores com os respectivos orientados. Sua realização é uma atividade acadêmica indispensável para que professores e alunos interajam suas pesquisas teóricas.

A diversidade dos temas, característica de um veículo plural de divulgação de trabalhos científicos, visa atender as diversas expectativas do mundo acadêmico.

A obra pretende contribuir para a reflexão sobre os desafios contemporâneos no campo do Direito Civil a partir de discussões profícuas sobre temas candentes para os quais existe um vasto caminho a ser percorrido.

A obra contempla capítulos de livro em formato de artigo científico, que representam a participação dos *campus* de Alto Araguaia/MT, Vila Rica/MT e Aripuanã/MT, na pesquisa científica.

Desde já, fica registrado o agradecimento a todos aqueles que contribuíram para a consecução dessa obra.

Desejamos a todas e todos uma excelente leitura.

Cuiabá/MT, 20 de maio de 2022.

Stefânia Fraga Mendes

Antônio Leonardo Amorim

Anderson Rocha Rodrigues

Paulo Eduardo Elias Bernacchi

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO 1 **07**

A INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MÉDICO

Rafael Urbano Ferreira dos Santos
Stefânia Fraga Mendes

CAPÍTULO 2 **24**

DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Denise Teresinha Stoffel
Aldo A. Nunes Filho

CAPÍTULO 3 **37**

DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS: INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL E ACESSO À DIREITOS FUNDAMENTAIS

Suennia Resende Fraga Magela
Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 4 **51**

O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL E OS REFLEXOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Ayanesara Souza Santana Brizola
Stefania Fraga Mendes

CAPÍTULO 5 **63**

ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Ana Carolina Cavalcante Batista
Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 6 **76**

A SEGURANÇA JURÍDICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS E SEUS BENEFÍCIOS EM RELAÇÃO A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

Leila Lima de Moura
Anderson Rocha Rodrigues

CAPÍTULO 7 **89**

A EFETIVIDADE DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC) DE ALTO ARAGUAIA/MT

Maria Madalena Cardoso Macedo Gomes
Stefânia Fraga Mendes

CAPÍTULO 8 **105**

ADOÇÃO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA ADOÇÃO

Leandra Trindade de Almeida
Itamara Lopes Gonçalves

CAPÍTULO 9 **117**

A MULTIPARENTALIDADE E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Danila Moraes Brito
Itamara Lopes Gonçalves

CAPÍTULO 10 **129**

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLADORA DE DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: ANÁLISE A PARTIR DO MERCOSUL

Richelly Pereira Santos
Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 11 **143**

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLADORA DE DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: ANÁLISE A PARTIR DO MERCOSUL

Stefânia Fraga Mendes

SOBRE OS AUTORES **152**

CAPÍTULO 1

A INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MÉDICO

THE INCIDENCE OF OBJECTIVE CIVIL LIABILITY OF THE DOCTOR

Rafael Urbano Ferreira dos Santos¹
Stefânia Fraga Mendes²

Resumo: O presente trabalho analisa as nuances da responsabilidade civil decorrente de erro médico, não só pelo viés do direito privado, mas também pelo direito público. A responsabilidade civil, considerando o erro médico, foi dividida em objetiva e subjetiva. A primeira corrente, em suma, não discute o dolo ou culpa, mas sim a relação entre o nexo de causalidade e o dano. Já a segunda corrente debate acerca da existência de dolo ou culpa, bem como a relação entre nexo causal e dano. O médico, quando atua na esfera pública, tem sua apuração de responsabilidade modificada, uma vez que passa a agir como agente público. Os danos decorrentes dessa relação passam a ser Estado-paciente, ao invés de médico-paciente como ocorre na seara privada, o que acarreta a responsabilidade civil objetiva do Estado. Todavia, em se provando que o agente agiu com dolo ou culpa, sobrevém o direito de regresso do Estado. O estudo em comento utilizou-se da análise bibliográfica, tendo por cerne a origem da responsabilidade civil e do erro médico no Brasil e como o ordenamento jurídico pátrio desenvolveu esses institutos jurídicos. Assim, abordou-se essa temática pela sua importância no cotidiano da sociedade. Além disso, de forma a compreender o modo como as vítimas podem pleitear suas reparações, considerando-se as diferentes formas de apuração da responsabilização, que ora vai girar em torno do próprio profissional e ora da Administração e como tem sido os vieses das decisões dos tribunais com relação às ações reparatórias.

Palavras-Chave: Erro médico. Responsabilidade civil. Responsabilidade do Estado.

Abstract: The present work analyzes the nuances of civil liability resulting from medical error, not only from the point of view of private law but also by public law. Civil liability, considering medical error, was divided into objective and subjective. The first stream, in short, does not discuss intent or fault, but rather the relationship between the causal link and damage. The second current debate about the existence of intent or guilt, as well as the relationship between causal nexus and injury. When the doctor acts in the public sphere, his assessment of responsibility is modified, since he starts to act as a public agent. The damages resulting from this relationship become the State-patient, instead of the doctor-patient as in the private sector, which causes the State to be strictly liable. However, in proving that the agent acted with intent or negligence, the State's right of recourse arises. The study in question used the bibliographic analysis, having as its core the origin of civil liability and medical error in Brazil and how the national legal system developed in these legal institutes. Thus, this theme was studied due to its importance in the daily life of society. In addition, in order to understand how victims

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: rafaeurbanos@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Professora da Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: stefania.mendes@unemat.br.

can claim their reparations, considering the different ways of ascertaining accountability, which will sometimes revolve around the professional itself and sometimes the Administration and how the biases of the decisions of the courts in relation to remedial actions.

Keywords: Medical error. Civil responsibility. State responsibility.

INTRODUÇÃO

A origem da responsabilidade civil no Brasil adveio da inspiração desse instituto no Direito Romano. O seu ponto de partida esteve em grande parte ligado à vingança, em virtude da autonomia privada dada as partes para reparação do prejuízo causado.

Desse modo, o dano, dava origem as mais variadas formas de reações das vítimas, pois as limitações no tocante à reparação eram frágeis no tocante a intervenção estatal. Somente com a elaboração da Lei das Doze Tábuas, esse cenário de arbítrio das partes passou a receber mitigações pelo Estado, tendo em vista que este, intentando manter a ordem e a garantia de direitos passou a intervir em algumas relações.

A partir desse ideário, surgiu a chamada *Lex Aquilia*, a qual estabeleceu uma sanção pecuniária a favor vítima. Dessa premissa surgiu a faculdade da vítima cobrar do autor a reparação da obrigação em dinheiro como penalidade.

Essa lei deu origem a responsabilidade aquiliana, para albergar situações de reparação de danos, causados por parte sem vínculo contratual, ou seja, ainda que não houvesse relação contratual, o causador do dano por ato ilícito teria o dever de reparar. Com a instituição do Código Civil de 2002, tal instituto foi mantido e, portanto, aplicado até então.

No âmbito do direito civil, além da responsabilidade subjetiva, tem-se a responsabilidade objetiva, as quais constam nos arts. 187 e 927 do Código Civil de 2002, respectivamente.

Essa observação histórica acerca da reparação civil é fundamental para a compreensão desse instituto no campo da responsabilidade civil por erro do médico. Esse profissional desempenha um papel fundamental na vida das pessoas, qual seja, buscar empregar as variadas técnicas da medicina de modo eficiente a fim de conduzir a cura ou a recuperação das enfermidades dos seus pacientes.

Nos primórdios, a atuação do médico era direcionada à recuperação da saúde dos seus pacientes, tal como hoje. Todavia, pairava uma espécie de irresponsabilidade pelos atos médicos, de tal sorte que eventual falha sequer era investigada, já que se atribuía a fenômenos sobre-humanos.

Hoje, os erros médicos têm gerado muitos danos às pessoas, sendo que alguns são passíveis de reparação pela via judicial, muito embora ocorram outros impossíveis de serem reparados, tal como a morte. Para a discussão desse tema é imprescindível que seja compreendida a relação jurídica existente entre o médico e o paciente.

Para a construção do trabalho foi realizado o levantamento bibliográfico, bem como a pesquisa jurisprudencial pontual buscando julgados que corroborassem com a temática apresentada. Em um primeiro momento, buscou-se analisar a responsabilidade civil do ponto de vista histórico, sobretudo em um contexto em que imperava a vingança privada. Em um segundo momento, no segundo tópico, procurou-se compreender a responsabilidade civil do médico e ainda, foi delineada a relação jurídica existente entre médico-paciente. Além disso, foram apresentados institutos do Código de Defesa do Consumidor, principalmente sobre a inversão do ônus da prova nessa relação e, também, foi estabelecida a distinção entre obrigação de meio e de resultado no âmbito da atuação médica.

Em continuidade, abordou-se a responsabilidade civil objetiva do Estado, constante no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal. Menciona-se a responsabilidade civil objetiva do Estado diante do erro do médico que atua como agente público. Por fim, apresentou-se uma nuance relativamente recente das formas de reparação civil, qual seja, a perda de uma chance diante do erro médico, a qual adentrou não apenas na doutrina, mas também na jurisprudência pátria e tem sido consolidada ao longo dos julgados.

BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente é fundamental observar os aspectos gerais atribuídos à responsabilidade civil, bem como analisar seu surgimento para que se possa compreender como tem se dado sua aplicabilidade atualmente. Considerando sua

amplitude no campo do Direito, é necessário restringir sua concepção à luz do Direito Civil.

A responsabilidade civil é vista num viés retrospectivo, visto que na órbita do direito civil, há a preocupação em fazer com que a vítima retorne à situação econômica ou moral tal qual vivia antes de sofrer o dano pois assim o autor “terá responsabilidade pelo prejuízo que causou, indenizando-o. Logo, seus bens ficarão sujeitos à reparação do dano patrimonial ou moral causado” (GONÇALVES, 2019, p. 231).

Considerando tais premissas, compreende-se que a responsabilização tem o propósito de fazer com que o seu autor restaure o status anterior do lesado, de modo que torne as condições mais parecidas como as de antes.

No início das civilizações o modo como o ofendido reagia diante do dano era praticamente instantânea ao fato. Sendo assim, “nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito.” (GONÇALVES, 2019, p. 24).

Contudo, algum tempo depois, se percebeu a necessidade de que os danos sofridos não acarretassem novos danos sob a justificativa de reparar o primeiro, dando surgimento a Lei das XII Tábuas, no século V a.C, em Roma. Havia certa inspiração da Lei de Talião, por conta do tratamento tarifado dado a reparação: “o Estado passou a ocupar a posição da vítima, suprimindo a sua vontade ao dosar a pena a ser paga pelo agente ofensor, substituindo a composição voluntária por uma composição obrigatória e, inclusive, tarifada” (BONHO, et al., 2018, p. 18).

Com os avanços desse instituto jurídico no Direito Romano, surge a *Lex Aquilia*, sendo um grande marco para a história do direito, com o propósito de abordar a responsabilidade civil. Considerando esses apontamentos é possível compreender a evolução histórica acerca da responsabilidade civil, a qual sempre teve por cerne que o dano fosse de algum modo reparado, deixando claro o intuito do Estado em manter a ordem e assegurar os direitos das pessoas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No Brasil, o Código Civil de 2002, apresenta a responsabilidade civil no art. 186 (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”) e no art. 927. No tocante ao primeiro artigo há a consagração da responsabilidade subjetiva, ao passo que o parágrafo único do segundo artigo cuida da responsabilidade objetiva.

Assim, o Código Civil de 2002 consagrou a responsabilidade civil subjetiva presente no Código Civil de 1916, e trouxe à adesão a responsabilidade civil objetiva. Em matéria de responsabilidade civil, há no Brasil um sistema de normas que cuidam desse instituto tal como a Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e Leis especiais com a finalidade de tratar acerca da reparação dos danos causados a terceiros.

A configuração do dano depende da presença de elementos para que seja devidamente reparado, e que sejam capazes de distinguir a responsabilidade objetiva da responsabilidade subjetiva.

Partindo dessa premissa pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: a) conduta humana; b) culpa genérica ou *lato sensu*; c) nexo de causalidade; d) dano ou prejuízo (TARTUCE, 2020, p. 386). Ademais, a ação como comportamento voluntário e consciente pode ser positivo e a omissão como negativo sendo que “ambos serão idôneos para justificar a responsabilidade civil, com obrigação de indenizar. A omissão será relevante quando houver o dever de agir, que decorre da lei, do contrato ou dos costumes sociais” (VALENTE, 2016, p. 288).

Na caracterização da culpa poderão incidir a imprudência, que é a culpa por ação (*culpa in comitendo*); a negligência, que é a culpa por omissão (*in omitendo*) e a imperícia, que é a falta de um cuidado técnico, profissional” (CASSETARI, 2019, p.404).

O nexo de causalidade é o elemento que possui certa complexidade na sua análise, posto que avalia se a conduta do indivíduo de fato causou o dano, sendo esta revelada, se examinará ainda se ele tinha capacidade de entendimento e se era possível agir de modo diverso:

O conceito de nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito (VENOSA, 2020, p. 496).

Desempenha papel essencial na apuração da responsabilização visto que “é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo ‘causar’, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar” (GONÇALVES, 2019, p. 54).

O dano é causado por ação ou omissão do sujeito, o qual em razão de uma destas condutas lesiona um interesse que é tutelado pelo direito.

O dano é a violação sofrida pela própria pessoa, no seu corpo ou em seu âmbito moral, ou em seu patrimônio, sem causa lícita. Significa perda ou valor a menos do patrimônio, na dimensão material, ou violação de direitos da personalidade, ou comprometimento do projeto de vida, na dimensão extrapatrimonial. O dano, normalmente, está presente na configuração da responsabilidade civil (LÔBO, 2020, p. 334).

Diante do exposto, é perceptível que a partir da constatação da existência dos elementos da responsabilidade civil, aliados à caracterização do nexos de causalidade e conduta ensejará a obrigação de reparar.

O Código Civil brasileiro, em regra, é adepto da Responsabilidade Civil Subjetiva, vislumbrada no dolo e culpa. A responsabilidade civil que se configura independentemente do elemento subjetivo é a denominada responsabilidade objetiva, ou seja, não depende da aferição de culpa do autor do dano, posto que esta possuirá previsão legal, ou será oriunda de uma atividade com riscos excepcionais.

Em regra, o Brasil adota a teoria da responsabilidade civil subjetiva, contudo excepcionalmente aplica a responsabilidade civil objetiva, a qual está fundada na teoria do risco.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O médico possui notável importância e responsabilidade, e daí decorre a expectativa gerada de que seus atos levem a realização de um serviço eficiente. Assim “a ele cabe acolher seus semelhantes fragilizados pela doença ou dúvida, examiná-los

com rigor, orientá-los em busca da cura e acompanhá-los em sua recuperação” (LIMA, 2012, p.7).

Nesse prisma, será visto desdobramentos importantes para a observação da responsabilidade pelos erros cometidos pelos profissionais da medicina e as possíveis causas advindas desses erros.

Os médicos no exercício da sua profissão devem ter uma atuação profissional pautada na diligência e cuidado, de modo a respeitar os princípios constantes no Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina. Ademais, a relação médico-paciente atualmente é marcada pelos avanços tecnológicos como sendo um instrumento aliado a cura e recuperação dos enfermos. Nesse percurso o médico está sujeito às falhas e erros nessa trajetória pela busca da cura, tendo em vista a inexatidão da ciência e a falibilidade inerente aos seres humanos.

Com o propósito de facilitar a defesa dos pacientes tem-se a inversão do ônus da prova, a qual ocorre quando a critério do juiz, a alegação do paciente for verossímil ou for considerado hipossuficiente, será atribuído ao médico o dever de provar que ele agiu corretamente. Ainda sobre a temática da responsabilidade subjetiva e o emprego da inversão do ônus probante:

[...] a responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, 4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito as orientações técnicas aplicáveis. (...) a inversão do ônus da prova não implica a procedência do pedido; significa apenas que o juízo de origem, em face dos elementos de prova já trazidos aos autos e da situação das partes, considerou presentes os requisitos do art. 6º do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), cometendo ao médico o ônus de demonstrar que exerceu sua profissão dentro dos protocolos técnicos aplicáveis. (STJ, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AgRg no Ag 969015 SC 2007/0244421-0. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti.DJ: 07/04/2011).

Levando-se em consideração esses aspectos, tem-se que a regra da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, todavia em se tratando de profissionais liberais, como é o caso do médico, aplica-se excepcionalmente a responsabilidade civil subjetiva.

UMA BREVE MENÇÃO SOBRE ERRO MÉDICO NO BRASIL

No Brasil, o erro médico pode ser compreendido como o dano provocado no paciente pela ação ou omissão do médico “trata-se de acepção bastante ampla do termo “erro”, aqui compreendido como “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão de um profissional” (GIOSTRI apud MORAES, et. Al., 2016, p.47). Assim a conduta profissional pode ser considerada inadequada quando se faz presente, por exemplo, a imprudência, imperícia ou negligência.

De fato, a prestação de serviços médicos não consiste em uma operação matemática, em que o profissional pode afirmar, de forma peremptória, que curará o indivíduo, dada a sua condição, em regra, de obrigação de meio. Por isso, a prova do elemento anímico (culpa) é tão importante quanto a da conduta humana equivocada, no que diz respeito aos deveres gerais como cidadão e aos específicos da atividade profissional (FILHO e GAGLIANO, 2019, p. 289).

Algumas pesquisas indicam que tem sido crescentes as ações na justiça com fundamento na reparação gerado por erros médicos “todo ano, dos 19,4 milhões de pessoas tratadas em hospitais no Brasil, 1,3 milhão sofre pelo menos um efeito colateral causado por negligência ou imprudência durante o tratamento médico” (FIORAVANTI, 2020, p. 2).

A esse respeito “segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2017 foram pelo menos 26 mil processos sobre essa temática no Brasil” (PAIVA, 2021). Nesse cenário “percebe-se claramente que a comunidade médica está se sentindo acuada pelo empoderamento dos cidadãos e o “fortalecimento” da participação social, fatores que têm contribuído para despertar nos indivíduos a noção de direitos” (CUSTODIO; MENDONÇA, 2016, p. 143).

No atinente a responsabilização impende salientar a forma de responsabilização pela via do poder judiciário e a responsabilização perante os conselhos de medicina.

O erro médico pode ser arguido sob duas formas de responsabilidade: a legal e a moral. A responsabilidade legal é atribuída pelos tribunais, podendo comportar, entre outras, as ações penais e civis. A responsabilidade moral é da competência dos Conselhos de Medicina, através de processos ético disciplinares, segundo estipulam o artigo 21 e seu parágrafo único da Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958 (FRANCA, 2020, p. 295).

Em virtude dos fatos mencionados, nota-se que o erro médico tem refletido negativamente nas relações entre médico-paciente, seja pelos danos causados aos pacientes ou inclusive pelos efeitos nocivos para “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL,1988, art. 196), em seu aspecto socioeconômico.

CONSIDERAÇÕES GERAIS RELATIVAS À OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Na obrigação de meio o devedor sustenta que haverá o emprego das suas habilidades técnicas com a propósito de entregar um determinado resultado, todavia, sua responsabilidade se destina aos meios empregados e não ao resultado. Dito isso em se tratando de médico, sua atuação traduz-se no tratamento dos pacientes, utilizando-se dos seus conhecimentos científicos, sem, contudo, se obrigar a curar.

A esse respeito “exemplo clássico é a prestação de serviços médicos. Feito o diagnóstico e prescrita a orientação, o profissional cumpre a obrigação. Essa, portanto, não fica na dependência da cura pretendida pelo paciente (NADER, 2019, p. 54).

Em regra, no atendimento médico “o profissional não se obriga a curar o paciente, mas a empregar diligência, cautela e conhecimento técnico postos ao alcance da ciência médica com vistas a curá-lo” (TEPEDINO, 2020, p.186). Ao analisar a obrigação de resultado é possível compreender que esta resulta de uma relação na qual o devedor se compromete a entregar um dado resultado pretendido pelo credor. Essa percepção na área médica é possível de se verificar nos casos de cirurgias estéticas, nas quais se verifica a incidência dessa obrigação.

Portanto numa relação entre o médico em que “o paciente não sofre de moléstia nenhuma e a finalidade procurada é obter unicamente um resultado estético favorável, entendemos que se trata de obrigação de resultado” (VENOSA, 2020, p. 601).

Por tais razões, a obrigação do médico é em regra de meio, salvo os casos de reparação estética, posto que nesta a obrigação é de resultado. Por este prisma incidirá a responsabilidade que será subjetiva quando a obrigação no caso em tela for de meio ao passo que será objetiva nos casos em que versar sobre resultado.

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

O sentido da expressão agentes públicos “significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica” (FILHO, 2020, p. 641).

Nesse aspecto as pessoas jurídicas “que adotarem o regime de direito público e também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos devem responder pelos danos que seus agentes causarem aos particulares” (CAMPOS, 2018 p. 512).

Os atos danosos advindos dessas pessoas jurídicas, prestadoras de serviços públicos provocam a responsabilidade civil objetiva a qual está alicerçada na noção de risco administrativo.

A teoria objetiva, também chamada de teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista, afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público e fundamenta o dever de indenizar na noção de RISCO ADMINISTRATIVO (art. 927, parágrafo único, do Código Civil). Quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo. Assim, a responsabilidade prescinde de qualquer investigação quanto ao elemento subjetivo (MAZZA, 2018, p. 443).

Embora o Estado possua o dever legal na adequada prestação “os serviços de saúde, portanto, não são privativos do Estado: o Estado tem o dever constitucional de prestá-los, mas não exclusividade em sua prestação” (BARCELLOS, 2020, p. 240).

Em matéria de saúde, quando se fala em prestação estatal, é possível citar o SUS (Sistema Único de Saúde) o qual “nos termos do texto constitucional, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo” (MENDES, 2018, p. 720).

O propósito dessas pessoas jurídicas é externalizados pelas ações dos seus agentes públicos isto porque “para a realização dos seus fins, depende de recursos materiais e humanos (...). Os segundos são os agentes públicos, pessoas físicas que personalizam o Estado, a fim de que a abstração não impossibilite o cumprimento dos seus objetivos” (COUTO, 2019, p. 996).

Consoante o exposto é preciso ressaltar, todavia que o Estado responsabilizado civilmente por erro dos seus agentes “após indenizar a vítima, tem o dever de cobrar, regressivamente, o valor desembolsado perante o respectivo agente público, causador efetivo do dano, que agiu com dolo ou culpa” (OLIVEIRA, 2020, p. 757)

O MÉDICO COMO AGENTE PÚBLICO

A partir das noções elencadas acerca da responsabilidade civil do médico e a responsabilidade civil do Estado, é possível compreender a forma de responsabilização quando se tem esse profissional atuando como servidor público e a partir dessa vertente já percebe as implicações jurídicas advindas do seu erro.

No que tange ao conceito de servidores tem-se que “todos os indivíduos que estão em serviço civil remunerado das pessoas jurídicas de direito público: União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...) e das respectivas autarquias, incluídas as fundações públicas com natureza autárquica” (NETO, 2014, p. 317)

O Supremo Tribunal Federal possui importante precedente acerca de quem irá figurar no polo passivo da demanda judicial no âmbito da responsabilidade civil do Estado por erro de agente público.

[...] A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato. (STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 0001053-2010.8.26.0607 SP - SÃO PAULO 0001053-92.2010.8.0607. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 14/08/2019, 2019).

Nesse sentido, é preciso elencar os elementos necessários para a ação de regresso em face do agente, quais sejam, a condenação da Administração Pública e a comprovação que o servidor agiu com dolo ou culpa, pois nesse âmbito a responsabilidade do servidor é subjetiva. Assim é possível afirmar que esses elementos são cumulativos sem os quais não é cabível o direito de regresso.

Destarte, o erro do médico que atua como agente público de instituição pública de saúde poderá ensejar, em um primeiro momento, a responsabilidade civil objetiva do Estado, fazendo com que este suporte o ônus de indenizar. Por outro lado, caso o Estado, após a condenação judicial, consiga evidenciar provas de que o seu médico agiu

com dolo ou culpa, terá os requisitos necessários para ingressar com ação de regresso em face deste.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E A PERDA DE UMA CHANCE

A temática na vertente da responsabilidade civil tem passado por notórias mudanças dentro do ideário da reparação de danos. Hodiernamente, para além dos danos morais, danos materiais, surgiu a chamada perda de uma chance.

A chamada perda de uma chance é recente no Brasil, todavia os tribunais vêm interpretando que tal chance necessita ter reais possibilidades de realização naquele contexto e que por conta da perda da oportunidade a vítima faz jus a uma indenização proporcional ao que poderia ter conseguido se não lhe tivessem retirado a oportunidade.

Essa perspectiva no âmbito da responsabilidade civil por erro médico ocorre pelo rompimento da oportunidade de meios de cura ou progresso para a saúde do paciente. O Superior Tribunal de Justiça assinalou a seguinte lição:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA. (...) 3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. 4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. (STJ, RECURSO ESPECIAL: REsp 0005015-92.2003.8.26.0438 SP 2015/0307558-0.Relator: Ministra Nancy Andriahi. DJ: 12/12/2017).

Cumprido assinalar que inicialmente a doutrina brasileira era relativamente acanhada na produção de obras sobre o tema, todavia nos últimos anos houve uma efervescência em relação a essa teoria perda de uma chance, na qual se passou a reconhecer a sua aplicabilidade para fins reparatórios.

A complexidade do tema, em grande parte pela incerteza em mensurar os desdobramentos práticos, oportunizou que se buscasse formas de obtenção de algum grau de precisão na mensuração dessa reparação.

A impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do réu faz com que o operador do

direito passe a lançar mão de estimativas e probabilidades. Como tais estimativas podem ser medidas com certo grau de precisão, a ciência jurídica vem aceitando a reparação da perda de uma chance. (SILVA,2013, p. 115).

A perda de uma chance vem sendo utilizada como meio de apuração da responsabilidade civil advinda de erro médico. Além disso, no que tange a responsabilidade subjetiva do médico, ou seja, a apuração de dolo ou culpa, não é flexibilizada por conta dessa aplicação.

Tendo em consideração ao que foi exposto, a perda de uma chance foi inserida como uma possibilidade de indenização na órbita da responsabilidade civil. Em que pese inexistir dispositivo legal, o uso pela doutrina e jurisprudência tem sido aplicado a casos concretos. Assim a probabilidade de chance do paciente em obter a cura ou melhora da sua enfermidade enseja a aplicação da perda da chance ante o erro médico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o que foi apresentado no presente trabalho, foi possível compreender os desdobramentos da responsabilidade civil, pelo viés da responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. Nesse sentido ganhou destaque o erro médico, bem como os elementos que o constituem e, sobretudo seus deveres e obrigação de reparação dos danos à luz do Direito privado e do Direito público.

O tema é notadamente relevante tendo em vista o direito constitucional a saúde como direito de todos e dever do Estado, ao lado do direito de reparação dos danos por erro médico na órbita da relação médico-paciente, que no âmbito privado enseja a responsabilidade subjetiva, a qual é alicerçada na comprovação do dolo ou culpa e na esfera pública provoca responsabilidade civil objetiva, para a qual a culpa é prescindível, sendo o bastante o seu estabelecimento pela norma jurídica.

É cediço que os médicos em geral, possuem obrigação de meio e de resultado. A primeira consiste no uso dos meios técnicos possíveis com o propósito de alcançar o resultado. Já a segunda, está intimamente ligada ao médico que assume o compromisso de entregar determinado resultado, muito presente nas cirurgias estéticas.

Os médicos, a depender da obrigação estipulada, em regra arcam com seus atos pela via subjetiva, todavia, excepcionalmente poderão contrair a via objetiva, caso em que atuem em relação de obrigação de resultado.

Do mesmo modo o Estado também será responsabilizado pelo erro médico advindo dos atos do médico que atua como agente público. Assim se faz necessária a presença da conduta do dano e do nexo de causalidade para incidir o dever objetivo de reparação. Sob o mesmo ponto de vista o médico também responderá. Nessa perspectiva será pelo viés subjetivo, cabendo ao Estado o chamado direito de regresso, se comprovado que o agente agiu com dolo ou culpa. A ideia nesse aspecto é que o erário seja ressarcido.

Juntamente com as formas de reparação conhecidas como dano moral e material, tem se alargado o uso da perda de uma chance, importante instituto previsto pela doutrina, o qual, nos últimos anos tem sido acolhido pela jurisprudência pátria em relação ao erro médico.

Observando o fenômeno do erro médico e a responsabilidade civil, que são temáticas comumente presentes na realidade brasileira, sobretudo nas redes de saúde, nas quais se faz presente a relação obrigacional entre médico e paciente, tem sido levado ao poder judiciário como uma reação do paciente diante do dano sofrido. Em que pese não se pretender esgotar o tema, este trabalho sugere a possibilidade de mudança de alguns comportamentos visando minimizar as ocorrências desses erros, partindo de uma perspectiva de prevenção.

Com isso, o médico é um ator fundamental nesse cenário, do qual se espera a mudança no seu comportamento, principalmente em relação a diagnósticos. Ao atender o paciente, deve ser ouvida toda a narrativa dos problemas de saúde que o levaram a procurar apoio médico. Feita tal narrativa, o médico de forma ponderada, prudente e pautada em exames, realize o diagnóstico. Isso para evitar que no afã do cotidiano médico, não incorra na realização de um diagnóstico precoce incorreto. A desatenção nesse caso, além de ensejar retrabalho do médico, pode gerar danos graves a saúde do paciente.

Por fim, é fundamental que o paciente tenha ciência dos seus direitos tanto diante da rede pública de saúde como na rede privada. O empoderamento dessas informações, não põe em risco o exercício da atividade médica, pois não retira a autonomia técnica do médico no emprego dos meios disponíveis da medicina, contudo a atividade lida com os bens jurídicos vida e saúde e por isso as falhas devem receber um olhar preventivo e repressivo. Preventivo porque o ser humano pode errar e a partir

disso receber os alertas para traçar meios para não se tornar uma prática reiterada, mas algo a ser evitado. Repressivo, porque daí deverá se deparar com a responsabilização jurídica pelo erro, como meio de reparar o dano causado, bem como também uma prevenção a fim de que aquele dado erro, não se torne uma prática reiterada nas instituições de saúde

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989774/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BERGESTEIN, Gilberto. **A Informação na Relação Médico-paciente**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 9788502203082. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203082/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

CAMPOS, Ana Cláudia. **Direito Administrativo Facilitado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530983819. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983819/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

CASSETARI, C. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553617586. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617586/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553615919. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615919/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

FIORAVANTI, Carlos. **Um diagnóstico do erro médico. Estudos recentes dimensionam as falhas das equipes de hospitais e mostram como superá-las**. Edição

287. Jan.2020. <https://revistapesquisa.fapesp.br/um-diagnostico-do-erro-medico/> / . Acesso em: 23 nov. 2021.

FRANCA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530992316. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 24 nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo S. ; FILHO, Rodolfo .P. **Novo curso de direito civil 3 - responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553617708. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617708/>. Acesso em: 15 Nov 2021.

GONÇALVES, Carlos. R. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**, 8ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Responsabilidade civil do médico em: Direito e Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo horizonte: Del Rey, 2000, p. 133-180.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788597026443. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026443/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

MENDONÇA, Vitor silva; CUSTÓDIO, Edna Marconi. **Nuances e desafios do erro médico no Brasil: as vítimas e seus olhares**. Rev. Bioét. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788597024913. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

MORAES, Maria C.B et al. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 Nov 2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. 9788530986650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986650/>. Acesso em: 24 nov. 2021.

NETO, Diogo de F. Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. 978-85-309-5372-0. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989460. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989460/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

PAIVA, Mikaella. **Erro médico. Pesquisa analisa atos de negligência, imperícia e imprudência que foram parar na Justiça**. Ago. 2021. Disponível em:
<https://www.fap.df.gov.br/erro-medico/> /. Acesso em: 23 nov. 2021
SILVA, Caio M. P. da. **Responsabilidade Civil, 12ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530980320. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 15 Nov 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989323. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989323/>. Acesso em: 15 Nov 2021

TEPEDINO, Gustavo et. al. **Fundamentos do Direito Civil - Responsabilidade Civil - Vol. 4**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530989941. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989941/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

VALENTE, Rubem. **Direito Civil Facilitado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. 9788530973971. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973971/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788597024678. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024678/>. Acesso em: 15 Nov 2021.

CAPÍTULO 2

DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

SPOUSE AND COMPANION SUCCESSORY RIGHTS

*Denise Teresinha Stoffel*³
*Aldo A. Nunes Filho*⁴

Resumo: Após a inconstitucionalidade de artigo de lei infraconstitucional, procuramos esclarecer se existe igualdade no Direito Sucessório obituário brasileiro para o cônjuge sobrevivente e para o companheiro supérstite em consonância com os princípios constitucionais. A partir do procedimento bibliográfico da doutrina, jurisprudência e legislação, aplicando o método dedutivo, evidenciamos os conceitos elementares da sucessão *causa mortis*. Em destaque o julgamento acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2.002, a modulação de efeitos imposta pelo Supremo e os pontos que não foram discutidos.

Palavras-chave: Sucessão. Cônjuge. Casamento. Companheiro. União estável.

Abstract: After the unconstitutionality of an article of an infraconstitutional law, we seek to clarify whether there is equality in the Brazilian Succession Law for the surviving spouse and for the surviving partner in line with constitutional principles. From the bibliographic procedure based on research in doctrine, jurisprudence and legislation, applying the deductive method, we highlight the elementary concepts of succession *causa mortis*. Highlighting the judgment on the unconstitutionality of art. 1,790 of the Civil Code of 2002, the modulation of effects imposed by the Supreme Court and the points that were not discussed at the time.

Keywords: Succession. Spouse. Wedding. Partner. Stable union.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho buscamos analisar se há realmente tratamento jurídico igualitário e a devida proteção constitucional sendo conferido pela legislação ordinária brasileira ao cônjuge sobrevivente e ao convivente sobrevivente, que não dispõe de registro civil de casamento, no tocante ao direito das sucessões.

³ Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: denise.stoffel@unemat.br

⁴ Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Doutorando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso. Advogado e membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. E-mail: aldofilho@outlook.com.

Objetivamos identificar se há realmente o respeito aos princípios constitucionais de igualdade, pluralidade familiar e afetividade que evidencie se realmente há uma equiparação da união estável ao casamento.

Para tanto, abordaremos os reflexos da atual legislação no direito sucessório e familiar, especificamente em relação aos arranjos familiares sem a ocorrência de casamento ou formalização de união estável.

Adotamos os métodos de procedimento bibliográfico e documental, buscando analisar a doutrina e a legislação referentes à questão sucessória. Quanto ao método de abordagem, aplicamos o método dedutivo e a importância do presente estudo está em buscar o aprofundamento das relações havidas entre as uniões sem a formalização legal e o Direito das Sucessões e suas consequências práticas na efetivação da transmissão de bens e direitos hereditários.

A relevância social é evidenciada pelo grande número de famílias em que o casal apenas convive maritalmente consideramos pertinente a presente pesquisa para esclarecer questionamentos acerca dos direitos do companheiro supérstite.

Percebemos que a sociedade em geral crê que o direito hereditário é igualitário independente do regime de bens ou da ausência da formalidade matrimonial. Assim, entendemos ser relevante a presente pesquisa para elucidar se esta crença é confirmada no ordenamento jurídico legal brasileiro.

HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO

Ao realizar uma análise histórica, percebe-se que a primeira Constituição brasileira, datada de 1.824, trouxe apenas disposições acerca dos interesses da coroa quanto ao casamento da nobreza, o regime dos dotes e aos civis a obediência ao casamento religioso católico, religião oficial do país à época. O Decreto de 03 de novembro de 1.827 reproduzia a obrigatoriedade do casamento religioso, como sacramento a cargo do Arcebispado da Bahia sob as determinações do Concílio de Trento, inexistindo casamento civil na acepção do termo.

A partir de 1.850 com a abertura para as imigrações e a chegada de imigrantes que professavam religiões diversas do catolicismo repercutiu a ausência legislativa acerca do casamento civil. Em 1.861 foi sancionado o Decreto 1.144 estendendo efeitos

civis aos casamentos, nascimentos e óbitos de não católicos, bem como as formalidades a serem seguidas pelos pastores para praticarem estes atos com efeitos civis.

O Decreto 181 de 1.890 regulamentou o casamento civil e o vinculou à instituição familiar e também trouxe os requisitos essenciais para sua formalização. Continha a regulamentação sucessória em que a mulher viúva só poderia suceder ao marido falecido se fosse a primeira união dela e se não estivessem separados quando da morte daquele, com a condição de que se não contraísse nova união até a consecução do inventário e período não inferior à 10 meses da morte do sucedido, sob pena de perder seu direito.

Na legislação pré-codificada, o cônjuge supérstite só era chamado a suceder após descendentes, ascendentes e colaterais de até o 10º grau, de forma que apenas o fisco estava em posição inferior ao consorte. A lei 1.839 de 1.907 elevou o cônjuge sobrevivente na ordem da vocação hereditária para terceiro lugar, após os descendentes e ascendentes, antes dos colaterais, limitando o direito destes ao 6º grau.

Clóvis Beviláqua foi organizador do 1º Código Civil brasileiro com influências filosóficas e jurídicas do direito alemão reproduzindo a disposição espacial dos títulos do Código Civil germânico, apesar de ter sido construído para conformar as tradições brasileiras e a realidade local. Seu propósito dirigia-se ao futuro e as revisões demonstraram-se suficientes, sendo um código que regulou as relações privadas por quase um século, mesmo que tivesse a visão do liberalismo econômico com vistas à manutenção da elite de grandes proprietários e produtores rurais.

Continha regras gerais de transmissão hereditária, testamentária, inventário e partilha com a perspectiva de manutenção de fortunas da aristocracia rural e com forte influência religiosa aceitando apenas a família 'legítima', desta forma considerada aquela que estivesse sob as bênçãos de Deus e do Estado. Os demais núcleos familiares eram denominados de concubinato. Havia o concubinato puro, em que não havia impedimento para a união conjugal com intuito de formar família e o impuro, ao qual não restavam direitos assegurados, nem aos filhos destes casais, por serem 'ilegítimos'. Entre as diversas disposições, havia a proibição, por exemplo, de doações ou benefícios testamentários do homem casado com a concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

O Decreto-Lei 9.461 de 1.946 reduziu a vocação hereditária dos colaterais ao 4º grau, limite mantido pelo atual Código Civil. Para legislador constituinte de 1.967 havia apenas uma família, a legítima, oriunda do casamento com todas suas formalidades. Somente esta família constituída pelo casamento estava amparada pelo Estado, como dispunha o artigo 167 do texto constitucional.

Somente com o advento da Constituição da República de 1.988 a expressão concubinato foi suprimida, alçando a União Estável sob a proteção do Direito brasileiro, como entidade familiar base da sociedade, não sendo mais adequada a denominação de união de fato tecida pela doutrina à época.

A lei 8.971 de 1.994 passou a regular o direito sucessório dos conviventes, incluindo o direito a alimentos ao convivente separado e necessitado, como dever de assistência material, estabelecendo um tempo mínimo de convivência de 05 anos ou prole comum para a caracterização da união estável. Previa também a sucessão causa mortis, que na ausência de descendentes e ascendentes do falecido, ao convivente sobrevivente, desde que mantido o relacionamento ao momento da abertura da sucessão, podendo herdar a totalidade do acervo hereditário, bem como o direito de usufruto dos bens do companheiro falecido até a consumação de nova união.

Em 1.996 foi promulgada a Lei 9.278 para regulamentar o art. 226, §3º da CRFB/1.988 ampliando o conceito de união estável para todo relacionamento entre homem e mulher que seja público, contínuo e duradouro, sem estabelecimento de tempo mínimo de conjugalidade para sua configuração. Estabeleceu o direito real de habitação do convivente acerca do imóvel de residência do casal ao tempo da abertura da sucessão.

O Código Civil de 2.002 surgiu após alguns projetos que visaram superar o arcaísmo do Código de Beviláqua, iniciados nas décadas de 1.960 a 1.980, mas que não tiveram o devido processo legislativo ou que foram rechaçadas ou esquecidas pelo legislador no período ditatorial brasileiro.

Uma comissão formada por professores juristas de relevo nacional e nomeada pelo Ministro da Justiça em 1.969, levando em consideração as revisões e manifestações dos projetos anteriores, concluiu o anteprojeto do novo código em 1.972. A supervisão de Miguel Reale com sua visão filosófica acerca do direito buscou deixar o código mais aberto e dinâmico para acompanhar as tendências éticas da sociedade atual que além da

cláusula geral de boa-fé, trouxe princípios como a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Miguel Reale⁵ menciona que a aplicação da igualdade absoluta entre os cônjuges e os filhos é o traço mais importante a ser mencionado em direito de família, a estender-se também ao direito das sucessões. Cabe ressaltar que o companheiro foi reconhecido como herdeiro regular, o que, ainda que em desvantagem em relação ao cônjuge, foi um avanço, pois no Código anterior isto não era previsto. Apesar disto, o art. 1.790 do Código Civil em comento reproduziu desequiparação entre cônjuges e conviventes ao não reconhecer o direito a meação acerca dos bens onerosamente adquiridos na constância da união, concorrência com ascendentes e colaterais na vocação hereditária.

As relações sociais brasileiras, por inúmeros prismas, têm sua especificidade e não admitem soluções legislativas de outras nações, de forma que são necessárias reflexões na ciência do direito e no processo legislativo que levem em consideração as peculiaridades nacionais para lidar com as novas necessidades que se apresentam no direito sucessório.

FORMAS DE SUCESSÃO

A sucessão tratada neste estudo, em sentido estrito, é a decorrente do falecimento da pessoa e define como será realizada a passagem da titularidade do patrimônio aos sucessores após o falecimento do titular. E o objeto é o direito hereditário concedido ao cônjuge que oficializou sua união e realizou a escolha de regime de bens e bem como direito dispendido ao convivente que viveu uma união estável sem nenhuma formalização.

Atualmente, a Lei 13.105/2.015 – Código Civil, no seu último livro, em semelhança ao aspecto cronológico da vida humana, é que regulamenta a transmissão de bens *causa mortis*. Leis especiais tratam da sucessão de bens e direitos, de acordo com a natureza diferenciada destes, como por exemplo, saldos de Conta de Fundo de Garantia por tempo de Serviços – FGTS; PIS/PASEP, restituição de tributos e, até, sobre previdência (pública e privada) e a obtenção seus benefícios pelos herdeiros.

5 REALE, Miguel. Prefácio. **Novo Código Civil brasileiro** – Estudo comparativo. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 9-19

A sucessão legítima é aquela determinada em lei, de ordem pública onde o legislador presumiu ser conforme a última vontade do falecido em destinar a seus entes familiares com quem mantinha relação de afeto mais próximas, suas obrigações e seus direitos.

O Código Civil de 2.002 elevou o cônjuge à condição de herdeiro necessário concorrendo com descendentes e ascendentes. No código anterior, estava em terceiro lugar e poderia ser afastado da sucessão pelo testamento.

Importa distinguir que há a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Na sucessão testamentária, o autor da herança dispõe de seus bens da forma que lhe aprouver, no limite da legítima, ou seja, pode testar de forma livre até a metade do seu patrimônio. A legítima é a determinação legal de que 50% (cinquenta por cento) dos bens do autor da herança devem ser direcionados aos seus familiares herdeiros, em ordem de prioridade descrita na lei. Apesar de a sucessão legítima ser subsidiária da sucessão por testamento em que o *de cuius* designa seus herdeiros, o testamento não exclui a sucessão legítima na qual a lei designa uma parte dos bens aos herdeiros necessários.

Até a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucional o Art. 1.790 do Códex, o companheiro supérstite só poderia receber a totalidade dos bens do falecido se este não tiver deixado parentes colaterais de até 3º grau, um contraponto em relação ao cônjuge, que tem preferência sobre os parentes mais distantes.

Em 27 (vinte sete) artigos que tratam da sucessão legítima, o termo companheiro aparece apenas no Art. 1.844 que trata da herança jacente, em que o patrimônio hereditário é devolvido ao Município ou a União, por inexistência de herdeiros ou de testamento.

O testamento é um negócio jurídico unilateral por ser a manifestação da vontade do indivíduo e de sua liberdade com uma finalidade e conteúdo específico, no qual a produção de efeitos só ocorre após sua morte, também conhecido pelo termo negócio *mortis causa*.

Entre suas características encontra-se a necessidade de ser o testador indivíduo capaz e o testamento só pode conter bens lícitos. É unilateral, pois depende apenas da vontade do indivíduo, não se subordina ao do consentimento dos legatários, em que a aceitação ou a renúncia dos beneficiários é irrelevante.

Conforme preceitua o Art. 1.850 do Código Civil em vigor, o testamento pode excluir da sucessão os herdeiros colaterais, bastando que o testador que não tem herdeiros necessários, disponha de todos os seus bens sem os contemplar. Desta forma, o testamento poderia ser uma forma de os conviventes estipularem em vida os bens que deixariam para seu companheiro em caso de morte, de forma a garantir a assistência ao supérstite.

Porém, o Art. 1.801, inciso III, da legislação civilista faz uma distinção que entendemos injusta por afastar a possibilidade do companheiro ser herdeiro legatário do outro, *in verbis*: “o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”.

Por este ângulo, é excessivo o prazo legal imposto para que seja possível realizar testamento favorecendo o atual companheiro após a separação de fato sem a devida dissolução da sociedade conjugal, situação em que a ausência de acordo acerca da divisão de bens premiará com a herança o então ex-cônjuge em detrimento de companheiro no caso deste ser o motivo do fim do casamento.

Neste sentido, leciona Gonçalves:⁶

“A fixação do prazo de cinco anos para o afastamento da vedação conflita com o disposto no art. 1.723 do mesmo diploma de 2.002, que não estabelece prazo para a configuração da união estável, bem como o art. 1.830, que não reconhece direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, estava separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Portanto, utilizar-se do Testamento para garantir a assistência e a manutenção de bens com o companheiro também tem suas limitações legais, já que além de ter que reservar o percentual para compor a parte legítima, ainda esbarra no lapso temporal da separação de fato. Neste ponto, a legislação tende a premiar o ex-cônjuge que não concorda ou dificulta a conclusão do divórcio, sendo que a legítima será em parte destinada ao ex-cônjuge.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 7: direito das sucessões. – 12 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018 p.82

DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Como fundamento de todo Ordenamento Jurídico pátrio, a Constituição Federal traz a expressa vedação de distinção entre pessoas, conforme caput do Artigo 5º, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” No sentido da divergência de tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro elucida o Ministro Alexandre de Moraes⁷ “de forma clara que não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas a pessoa humana e sua dignidade”.

Como bem leciona sobre o núcleo familiar na sociedade atual, trazemos o apontamento do advogado e Mestre Rolf Madaleno:⁸

O Direito de Família vive em constante ebulição, como decorrência natural da inquietação do homem em sua incessante busca pela felicidade pessoal e familiar, direito fundamental de qualquer pessoa como indivíduo e como integrante de uma entidade familiar, de todos os matizes, afastados dissociados preconceitos e deixada para trás aquela noção passada e superada de uma família superior, legitimada pela lei e pelo patrimônio.

Entre os vários pontos de discussão, destacamos o tocante ao dilema da introdução do sistema de concorrência sucessória que envolve o cônjuge e o companheiro, em relação a descendentes, ascendentes e colaterais. Outro ponto de divergência é o tratamento sucessório diferenciado entre cônjuge e companheiro sendo o ponto de arguições de inconstitucionalidade e que desde a entrada em vigor do atual Código Civil é tema controvertido na doutrina.

Importa frisar que não se visualiza elementos divergentes entre uma família constituída a partir do casamento e aquela que se constitui pela união estável. Para elucidar, trazemos ao tema em discussão, os conceitos desta formação familiar pela doutrina. Para Washington de Barros Monteiro⁹, sobre uma definição para união estável:

[...] é a ausência de casamento para aqueles que vivam como marido e mulher. O conceito generalizado de união estável tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, com aparência de casamento. Muito embora a união estável seja uma entidade familiar monogâmica equiparada ao casamento, assim reconhecida no plano constitucional (Const. Federal, art. 226, § 3o), sua constituição e dissolução diferem da formação e extinção do matrimônio. Isso porque a união estável tem natureza fática, formando-se e extinguindo-se no plano dos fatos, sem a obrigatoriedade de sua formalização por um ato solene e de sua desconstituição por outra providência formal. O

7 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016 p. 106

8 MADALENO, Rolf. **Direito de família** / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018 p.13.

9 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito de Família. 43 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

casamento, por outro lado, constitui-se e extingue-se por meio de atos solenes, com todas as formalidades exigidas em lei.

O contorno de uma vida comum, levando em conta o elemento intencional e o afeto coloca cônjuge e o convivente na mesma situação no instituto família. A garantia constitucional é devida à família em sentido amplo e não há distinção entre os tipos de famílias que serão protegidas. A diferença formal da configuração de constituição da união não afasta o dever de solidariedade familiar e o fundamento de continuidade patrimonial em favor do núcleo familiar.

Entre os doutrinadores da disciplina de Direito Civil chamou-nos a atenção Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim que esclarece acerca da União Estável como entidade familiar:¹⁰

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar, se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

O instituto da União Estável que é o termo jurídico do núcleo familiar dos tidos companheiros (ou conviventes) e foi expressamente reconhecido pela Constituição Federal de 1.988, artigo 226, *caput*, traz qual é o bem garantido: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Enquanto o § 3º do mesmo artigo traz, *in verbis*, “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

A hermenêutica esclarece que o devido entendimento acerca da disposição contida na parte final do §3º do art. 226 da Constituição da República seria o fomento legal para a transformação da União Estável em Casamento por ser este último um contrato especial que traz segurança jurídica para os contratantes e para terceiros; mas de forma alguma traz uma ideia de hierarquia.

10 OLIVEIRA, Euclides de. AMORIM, Sebastião. **Inventário e Partilha**. 24 ed. p. 157 – São Paulo: Saraiva, 2016.

Apesar de o texto constitucional ser claro, não era este o entendimento utilizado pela jurisprudência antes da entrada em vigor da lei 8.971/1994 que reconheceu direitos sucessórios aos conviventes, conforme ensina Tartuce:¹¹

“Cabe pontuar que antes da entrada em vigor dessa lei especial, por falta de regulamentação, a jurisprudência superior entendia que o convivente não teria qualquer direito sucessório. Concretizando, como exemplo, se o falecido deixasse uma companheira e colaterais, os últimos deveriam receber a totalidade da herança”.

Desta forma fica evidente a demora na efetivação da proteção do Estado à União Estável como preceituou a Constituição Federal de 1.988, sendo lenta a evolução do direito sucessório concedido aos conviventes. Concomitante à Constituição Federal de 1.988 e a legislação especial 8.971/1994, vigorava o Código Civil de 1.916 que não mencionava o companheiro na vocação hereditária o que se traduzia em palco de controvérsias judiciais em face de um suposto sistema discriminatório entre as entidades familiares.

A inovação do Código Civil contempla direitos concorrentes do cônjuge com os descendentes e ascendentes, mas, não especifica tais direitos inerentes à sucessão dos sobreviventes optantes da união estável. O artigo 1.790 do Código Civil estabelece o direito de suceder ao companheiro sobrevivente apenas se o falecido não houver descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau. De outro lado, companheiro sobrevivente tinha o direito de sucessão assegurado, de forma idêntica, ao estabelecido ao cônjuge em concorrência com os descendentes e ascendentes nas Leis 8.791/94 (regula direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão) e 9.278/96 (regula a união estável).

A doutrina ressalta que a supressão do termo companheiro em alguns artigos da lei civil que trata da sucessão hereditária se justificaria por constar o vocábulo no art. 1.844 do Códex, quanto se refere à ausência de herdeiros sucessíveis na determinação da herança vacante. Há de se ressaltar que este é um entendimento doutrinário que busca a integração da norma à dinâmica social, sem reflexos importantes na jurisprudência.

¹¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.6: direito das sucessões. 11 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 253.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos principais institutos relacionados com o tema deste trabalho nos permitiu compreender melhor a dinâmica que envolve a sucessão *causa mortis* e quais os direitos que atualmente a legislação concede ao viúvo de um relacionamento constituído pelo casamento e os concedidos ao convivente viúvo e identificamos algumas diferenças, não apenas de semântica mas com reflexos na transmissão do acervo hereditário para este último grupo.

Visualizamos como a evolução social ocorrida no último século alterou definitivamente a cultura e o conseqüente afastamento dos ordenamentos jurídicos da influência religiosa refletiu no direito sucessório.

Compreendemos que o tema das sucessões obituárias necessita de regulamentação legislativa clara e ampliada para abarcar de maneira mais assertiva a vontade do autor da herança que não deixou testamento e que não realizou em vida o registro formal de uma união conjugal, apesar de tê-la constituída de fato.

Nesse viés, encontram-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que anteriormente não estavam relacionados ao direito sucessório, mas que alteraram as feições deste direito que deve abranger novas concepções na contemporaneidade. O instituto testamento não é popular por inúmeras razões e, nem possibilita que se realize a deixa da maior parte patrimônio constituído ao convivente, sendo o indivíduo obrigado a respeitar a parte ‘legítima’, bastante considerável no percentual de 50% (cinquenta por cento) claramente esta obrigação imposta é uma invasão do Estado na autonomia da vontade dos indivíduos. Esta determinação legal impacta no acervo hereditário quando o autor da herança tenha deixado filhos de outro relacionamento diverso daquele convívio informal do momento de seu falecimento.

Desta forma, entendemos que as discussões acerca da necessidade de uma legislação mais clara e ampliada para facilitar o acesso ao acervo hereditário, considerando a segurança jurídica de terceiros que tenham contratado com o falecido que mantinha em vida união estável, é fundamental para minimizar a possibilidade de injustiças na transmissão *causa mortis* e maior aderência aos desígnios da vontade do autor da herança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **O Direito Civil na Constituição**. Revista Juris da Faculdade de Direito, São Paulo, v.7, jan/jun. 2012. Disponível em: <http://estrategica.fAAP.br/ojs/index.php/jurisfaap/article/viewFile/90/59>. Acesso em 15 de maio de 2.021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 20 de maio de 2.021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de maio de 2.021.

BRASIL. **Decreto nº 181**, de 24 de Janeiro de 1.890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm. Acessado em 17 de maio de 2.021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 04 de setembro de 1.942 (LINDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 20 de maio de 2.021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2.002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acessado em 10 de Julho de 2.021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de Abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.441**, de 04 de Janeiro de 2.007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm>. Acessado em 10 de julho de 2.021.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 01 de Janeiro de 1.916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acessado em 10 de julho de 2.021.

BRASIL. **Lei nº 8.971**, de 29 de Dezembro de 1.994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18971.htm>. Acessado em 17 de maio de 2.021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 7: direito das sucessões. – 12 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

IBGE, Censo Demográfico 2010. **Amostra – nupcialidade**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/23/22714>. Acesso em 15 de Maio de 2.021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família** / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 43 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Euclides de. AMORIM, Sebastião. **Inventário e Partilha**. 24 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **REsp. 1.472.945/RJ**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgado em 23 de Outubro de 2014, T3 – Terceira Turma, data de publicação: DJe 19/11/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303350033&dt_publicacao=19/11/2014> Acessado em 06 de julho de 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Agravo Interno No Recurso Especial 1617532**. Brasília DF. Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602009668&dt_publicacao=09/02/2018> Acessado em 06 de julho de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 646.721-RS**, rel. Min. Roberto Barroso, DJE de 11-9-2017. Informativo STF 864. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoLivro/anexo/informativos2017.pdf>>. Acesso em: 10 de Abril de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.6: direito das sucessões. 11 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **STF entende que art. 1.790 do CC é inconstitucional**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/380114976/stf-entende-que-art-1790-do-cc-e-inconstitucional>. Acesso em 10 de Abril de 2019.

CAPÍTULO 3

DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS: INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL E ACESSO À DIREITOS FUNDAMENTAIS

DISJUDICIALIZATION OF CONFLICTS: EXTRAJUDICIAL INVENTORY AND ACCESS TO FUNDAMENTAL RIGHTS

*Suennia Resende Fraga Magela*¹²
*Antônio Leonardo Amorim*¹³

Resumo: O legislador com o passar dos anos, tem buscado alternativas ao conflito judicial, com isso, promove a desjudicialização de ações, bem como pacificação social. Exemplo dessas relações, foi a instituição da mediação e conciliação de conflitos, além de vários outros instrumentos regulados por lei, como é o caso do inventário e partilha extrajudicial. O procedimento de inventário e partilha pela via extrajudicial, indicando quais são os requisitos básicos para que possa ser buscada essa alternativa, e quais os documentos necessários para realizar tal procedimento, promove a diminuição de ações distribuídas junto às varas de família, além de possibilitar a rápida resolução de conflitos. Esse trabalho, tem como objetivo demonstrar os benefícios do uso administrativo do procedimento de inventário, para que assim, seja possível o acesso à direitos fundamentais, com menos burocracias. A promoção do conhecimento a todos, gera, a construção de uma sociedade emancipada, bem como, menos demanda no Poder Judiciário e consequentemente uma maior celeridade nos procedimentos jurisdicionais.

Palavras-Chave: Inventário. Partilha. Lei nº 11.441/2007. Resolução nº 35 do CNJ.

Abstract: Over the years, the legislator has sought alternatives to the legal conflict, thus promoting the de-judicialization of actions, as well as social pacification. An example of these relationships was the institution of mediation and conflict conciliation, in addition to several other instruments regulated by law, such as the case of inventory and extrajudicial sharing. The procedure of inventory and sharing through extrajudicial channels, indicating what are the basic requirements for this alternative to be sought, and what documents are necessary to carry out such procedure, promotes the reduction of actions distributed to the family courts, in addition to enabling the quick conflict resolution. This work aims to demonstrate the benefits of the administrative use of the inventory procedure, so that access to fundamental rights is possible, with less bureaucracy. The promotion of knowledge to all generates the construction of an

12 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: suennia.magela@gmail.com.

13 Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

emancipated society, as well as less demand on the Judiciary and consequently a greater speed in jurisdictional procedures.

Keywords: Inventory, Sharing, Administrative Route, Benefits, Law 11.441/2007, Resolution No. 35 of the CNJ.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (NCPC), pode ser considerado novo devido a sua reformulação integral. Isso porque o antigo Código da década de 70, já havia sido costurado e remendado por diversas vezes em alterações legislativas que incluíram e retiraram artigos. Resultado disso é que desde 2009, o projeto de lei que aguardava no Congresso Nacional por um desfecho acabou sendo finalmente votado e sancionado, depois de diversas discussões e debates, em março de 2015, originado da Lei nº. 13.105/2015.

O principal objetivo dessas alterações e desse projeto que reformou completamente o Código, trazendo mudanças que visam conferir não apenas agilidade processual, mas acima de tudo, a dinâmica do processo como um todo ganhou contornos de novidade e melhorias adequadas à realidade atual. O surgimento do inventário e da partilha só é possível com o fator morte na vida humana. Isso porque, enquanto em vida, os bens e propriedades pertencentes ao ser humano continuam em sua propriedade e só há transferência por sua liberalidade e vontade. Conquanto que, com o advento morte, extrapola-se a lei da vontade do proprietário e este será incluso apenas como de *cujus* no inventário de suas posses.

Sendo assim, com a morte da pessoa natural, é aberta por consequência a sucessão dos bens e direitos do de *cujus* (morto) para que se possa transmitir ou transferir esses bens a quem de direito, herdeiros legítimos e testamentários. É certo que a transmissão dos bens e direitos do falecido, se dá no momento de sua morte, segundo o que ensina a legislação no artigo 1.784 do Código Civil. Sendo que, havendo mais de um herdeiro, formar-se um condomínio de herdeiros com todos os bens, cabendo a cada um a sua parte, ou fração ideal.

Logo, é de se pensar que ao morrer o de *cujus* transmite os bens para seus herdeiros e testamentários automaticamente, no entanto, não é dessa maneira que ocorre. Muito em virtude de seguir procedimentos legais que nesse caso, é o inventário

com a partilha de bens, evitando-se assim, erros ou injustiças. O procedimento de inventário pode ser aberto tanto na via judicial como na administrativa, sendo essa última realizado junto ao cartório extrajudicial. O presente trabalho tem por objetivo apresentar o procedimento de inventário administrativo e esclarecer possíveis dúvidas existentes sobre a matéria.

INVENTÁRIO ADMINISTRATIVO PROPRIAMENTE DITO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES DO INVENTÁRIO ADMINISTRATIVO

Com o advento da Lei n.º 11.441/2007, que alterou a redação do art. 982 do Código de Processo Civil Brasileiro, passou a ser permitido o inventário por vias extrajudiciais. O inventário administrativo é aquele em que os interessados na demanda, recorrem ao foro extrajudicial, para resolverem a partilha dos bens deixados pelo autor da herança, o falecido. O chamado foro extrajudicial é composto por tabeliães e notários.

O inventário extrajudicial não depende de qualquer homologação judicial, sendo efetuado através de escritura pública, conforme art. 982, *caput*, 2ª parte, CPC, “Art. 982 – (...) se todos forem capazes e concordantes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário”.

Então, o inventário pela via administrativa pode ser uma opção adotada entre herdeiros maiores e capazes, que estiverem de acordo com a forma de partilhar os bens deixados pelo falecido. Tal procedimento não é uma imposição, e sim uma faculdade existente para aqueles que desejam uma forma mais simplificada para dirimir tal demanda, visto que o procedimento de inventário é indispensável para a sucessão hereditária.

Se faz mister dizer, que para ser celebrado o inventário na via extrajudicial, todos os interessados devem estar devidamente representados por advogado, onde suas qualificações e assinaturas constarão, obrigatoriamente, da escritura pública. Ademais, para que seja realizado o inventário administrativo, não existe nenhum processo judicial, o que existe é mero ato notarial. Outra diferença existente entre o inventário judicial e o administrativo é que ao contrário do que acontece no procedimento judicial, no administrativo os interessados podem iniciar os procedimentos notariais onde

quiserem, não existindo nenhuma vinculação com o foro de último domicílio do *de cujus* ou mesmo do foro onde se encontram os bens.

EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA O INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Para que os herdeiros optem pela via administrativa no procedimento de inventário eles devem seguir uma série de exigências estabelecidas no texto legal, quais sejam:

- I. Todos os interessados devem ser maiores e capazes, sendo que os emancipados se equiparam a esses, mas, se existir um único incapaz entre os interessados ou se o autor da herança tiver deixado mulher grávida, o inventário deve necessariamente ser requerido na via judicial;
- II. O direito à sucessão dos herdeiros deve se dar por legitimidade e não por testamento, visto que a sucessão testamentária deve ser feita pela via judicial;
- III. Deve existir consenso entre os herdeiros, uma vez que qualquer divergência de interesses levará a demanda para a via judicial;
- IV. No momento de ser lavrada a escritura pública, todos os interessados (ou seus representantes) devem estar presentes, estando todos eles assistidos por advogado, não precisando de mandato para a realização de tal ato, visto que o interessado e o advogado estarão presentes para a celebração do ato notarial.

A escritura de inventário deve conter alguns requisitos, tais como, local e data da celebração do ato; reconhecimento da identidade e capacidade dos interessados; nome de todos os interessados e seus assistentes, bem como qualificação de cada um deles; a expressão de vontade e concordância de todos, frente aos atos realizados; e a assinatura de todos os comparecentes, inclusive do tabelião ou seu substituto legal, para que assim seja finalizado o procedimento de inventário.

PRAZO PARA ABERTURA DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Conforme mencionado, o prazo para abertura do inventário extrajudicial não é expressamente determinado em lei, mas por analogia é aplicado o art. 983 do CPC, onde determina que o prazo para início do inventário é de 60 dias e o término deve ser em 12 meses, conforme expressa o “Art. 983 – O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte” (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2012, p. 433). O fim do

procedimento administrativo de inventário se dará por meio da Declaração de Imposto de Transmissão Causa *Mortis* e Doação (ITCMD).

É válido ressaltar que tal prazo não impede que sejam realizados inventários em que o óbito do *de cuius* tenha ocorrido há mais de 60 dias. A sanção a ser aplicada aos interessados, por terem sido omissos ao prazo estipulado para abertura do inventário, é o mesmo que ocorre no caso de processo na via judicial, que será o pagamento de multa, a ser estipulada pelo Estado-membro, que nesse caso será cobrada junto ao imposto de transmissão (ITCMD).

No inventário pelo procedimento extrajudicial, os interessados devem solicitar na Secretaria da Fazenda a avaliação dos bens a serem partilhados e o imposto a ser pago para a transferência deles, no prazo improrrogável de 60 dias após o falecimento do autor da herança.

INVENTÁRIO NEGATIVO

O inventário negativo é uma modalidade criada pela doutrina e jurisprudência para que o cônjuge sobrevivente comprove o óbito do *de cuius* sem ter deixado herança. Muitas vezes esse procedimento é utilizado por pessoas que ficam viúvas e desse casamento restam filhos menores, assim, para contrair novo matrimônio essa pessoa deve antes de tudo, comprovar ter sido realizada a inventariança.

No ponto de vista de Oliveira e Amorim (2013), em situações excepcionais, o inventário negativo tem por finalidade “comprovar a inexistência de bens a inventariar, objetivando o accertamento de determinada situação pessoal ou patrimonial do viúvo ou de terceiro” (OLIVEIRA; AMORIM, 2013, p. 30). O inventário negativo é um dos tipos de inventário “tem por objetivo provar que o herdeiro não herdou nenhum bem do falecido” (CASSETTARI, 2012, p. 183).

Antes do advento da Lei n.º 11.441/2007, o procedimento de inventário negativo, que vale dizer, não é obrigatório, mas sim uma faculdade atribuída ao cônjuge sobrevivente, que poderia ser feita apenas pela via judicial. Após o advento da citada lei e da Resolução n.º 35 do Conselho Nacional de Justiça, esse procedimento passou a ser autorizada sua feitura também no foro extrajudicial, cartórios notariais, através de

escritura pública. No que se refere à possibilidade de inventário negativo, tem-se que deve ser utilizado apenas em casos específicos, conforme ensina Veloso (2008, p. 31):

No inventário negativo não se vão arrolar bens se, justamente, não há bens! O fato concreto que mais justifica o inventário negativo é a necessidade de viúvos ou viúvas, que têm filhos do extinto casal, e querem casar-se novamente, sem que incida o regime obrigatório da separação de bens (Código Civil, artigo 1.523, I, combinado com artigo 1.641, I). Outro caso seria o do herdeiro, que promove inventário negativo para mostrar que o de cujus não deixou patrimônio para garantir pagamento de suas dívidas.

Na prática existem situações em que se recomenda o processamento do inventário negativo. Isso ocorre, por exemplo, em situação prevista no Código Civil, art. 1.641, inciso I, em conjunto com o art. 1.523, inciso I, a qual impõe o regime de separação de bens no casamento do viúvo ou viúva que tenha filhos do cônjuge falecido. Tal imposição pode ser comprovada se o cônjuge sobrevivente fez inventário e deu partilha aos herdeiros. “se o extinto casal não possuía haveres, nada impede a comunhão pretendida, que vigorará nas segundas núpcias, a não ser que haja pacto antenupcial ao contrário” (DINIZ, 2018, p. 444). Para casos semelhantes a esse, apesar de a lei não dispor sobre o inventário negativo, “a doutrina e a jurisprudência o consideram necessários (RF, 74:31, 130:303, 102:292; RT, 268:300, 488:97), para que o cônjuge viúvo fique isento da penalidade e do impedimento mencionado” (DINIZ, 2018, p. 444).

O procedimento para o requerimento por parte do cônjuge viúvo, segundo Maria Helena Diniz (2018, p. 444) é:

Assim, o consorte viúvo, segundo a praxe, apresentará ao magistrado um requerimento dentro do prazo legal do art. 1.796 do Código Civil; porém, se ultrapassar de muito esse prazo, qualquer interessado poderá exigir que prove suas alegações por meio de testemunhas, instruído com a certidão de óbito, mencionado o nome do inventariado, dia e lugar do falecimento, os nomes, as idades, o estado civil e a residência dos herdeiros, declarando a inexistência de bens por inventariar e partilhar. O magistrado mandará o viúvo afirmar a verdade do conteúdo de sua petição, mediante o respectivo termo, e dar vista dos autos, em curto prazo, aos herdeiros, aos representantes da Fazenda Pública e aos curadores e órfãos e ausentes, se houver herdeiro menor, interdito ou ausente. Ouvido os interessados, estando todos de acordo, o juiz proferirá sentença, proclamando a negatividade do inventário. Essa decisão será trasladada, mediante certidão, aos autos de habilitação do matrimônio.

A situação do cônjuge sobrevivente que tem filhos do *de cujus*, e pretende casar-se novamente, não é a única que concorre para o processamento do inventário negativo,

posto que existem hipóteses nas quais o inventário pode ser útil e servir para dar certeza e segurança às diversas situações, tais como, no caso de “haver o interesse do sucessor na comprovação de que não deixou o falecido com que atender aos seus credores, o que é da maior relevância no plano das responsabilidades, uma vez que o herdeiro somente responde *intra vires hereditatis*” (RODRIGUES, 2006), do divorciado, enquanto não decidida ou homologada a partilha dos bens do casal (art. 1.523, III, do Código Civil), o parágrafo único do art. 1.523, “permite aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas”, se provarem a inexistência de prejuízo para os herdeiros, e uma “das formas de efetuar essa prova será exatamente o inventário negativo, ainda que se lhe empreste outro nome, como justificativa ou escusa da causa suspensiva”; do disposto no art. 1.792, da mesma legislação ordinária, determina que o “herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; porém, é de sua incumbência a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”, também, nesse caso, o interessado poderá comprovar judicialmente a inexistência ou insuficiência dos bens em nome do de cujus. (OLIVEIRA; AMORIM, 2013, p. 279).

O NOTÁRIO NO PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO ADMINISTRATIVO

Pontuam Ferreira e Rodrigues (2020) a origem da atividade notarial é arcaica, podendo ser encontrada na Bíblia conforme está disposto em Deuteronômio 16:18 “Estabelecerás juízes e notários em todas as cidades que o Senhor, teu Deus, te tiver dado”.

Dito isto, Ferreira e Rodrigues (2020) lecionam:

É provável que a atividade notarial seja uma instituição que antecede a própria formação do Direito e do Estado. A necessidade de documentar e registrar certos fatos da vida, das relações e dos negócios deve ter propiciado o surgimento de pessoas que detinham a confiança dos seus pares para redigir os negócios. Surgia assim o notário. Há registros deste profissional desde as civilizações sumérias (de 3.500 a 3.000 a.C.) e egípcia (de 3.200 a 325 a.C.).

Nessa linha, Ferreira e Rodrigues (2020) falam a respeito da função no notório no procedimento de inventariado, e enumeram 3 funções essenciais aos tabelionatos, sendo: a autenticação e a legitimação notarial nas relações de direito privado; o desenrolar na fase de normalidade do direito conforme a vontade das partes e o acordo

entre as partes e compõem o elemento principal; e por fim a natureza declaratória e autenticatória e por vezes tem natureza constitutiva, modificativa ou extintiva (MELO, 2020).

Dito isso, observa-se que, tanto na função notarial como na mediação dos processos, a autocomposição é existente, enquanto que para Diddier (2015, p. 256) a autocomposição é “a solução do conflito construído pelas partes e pelos conflitantes. Eles próprios resolvem o conflito. Um não impõe ao outro, nem é um terceiro que impõe”. Nesse sentido, Sander (2005):

Uma visão mais moderna do direito se fundamenta na noção de que um sistema jurídico, para ser considerado eficiente, deve contar com procedimentos, bem como instituições, que visam prevenir e resolver conflitos levando-se em consideração a real necessidade e, assim, o trabalho dos notários, em alguns de seus aspectos, se assemelham à função do mediador.

De igual modo, Daltoé (2016) explica que “o tabelião exerce função social de grande relevância, exercendo um juízo preventivo e informativo, assegurando a realização voluntária do direito, agindo com imparcialidade, agindo dentro dos ditames legais e atendendo de forma igualitária as partes”. No inventário administrativo, o Tabelião exerce função de delegado, para fiscalizar o feito e as partes. Ele é o responsável por todos os atos, inclusive pela fiscalização do recolhimento de taxas e multas.

Deve também o notário fiscalizar as partes em si, podendo se negar a lavrar a escritura de inventário, se perceber que alguma das partes tem dúvidas sobre a partilha dos bens ou ainda se suspeitar que existe má-fé entre os interessados, estando ele resguardado pelo art. 32 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, que no art. 32 – O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito” (RESOLUÇÃO N 35 DO CNJ, 2007).

Vale ressaltar que o notário pode se recusar a lavrar o inventário, se observar a existência de indícios de fraude quando da declaração de vontade dos herdeiros, desde que fundamentado por escrito.

O INVENTÁRIO ADMINISTRATIVO E A RESOLUÇÃO Nº 35 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Resolução de n.º 35 do CNJ foi editada para regulamentar o procedimento de inventário e partilha extrajudicial, introduzido na lei processual civil brasileira, pela Lei n.º 11.441/2007. Tal resolução disciplina a aplicação da Lei em comento, com o intuito de uniformizar os serviços notariais e de registro.

Em seu artigo 1º, a Resolução nº 35, determina que o inventário por via extrajudicial não precisa seguir as normas de competência territorial, sendo que os interessados podem escolher o tabelião de notas que entenderem ser melhor para o seu pleito ou algum de sua confiança, ao dispor que “Art. 1º - Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/2007, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de Competência de Processo Civil” (CNJ, RESOLUÇÃO nº 35, 2007).

Já no artigo 3º da Resolução em comento, vem determinado o poder conferido ao tabelião ou notário, uma vez que estabelece não precisar de homologação judicial o ato realizado em cartório, foro extrajudicial:

Art. 3º - As escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, etc.). (CNJ, RESOLUÇÃO nº 35, 2007).

Em se tratando da competência territorial, o artigo 29 da Resolução em análise, veda a lavratura de escritura pública de inventário e partilha de bens localizados fora do Brasil, quando menciona que “Art. 29 – É vedada a lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no exterior” (CNJ, RESOLUÇÃO nº 35, 2007).

Como mencionado no item 3.1, o art. 11 da presente Resolução, determina que assim como no inventário judicial, na via administrativa, é obrigatória a nomeação do inventariante, mas, diferente da primeira modalidade, nesse caso, não se faz necessário seguir a ordem dos interessados, de acordo com a determinada no art. 990 do Código de Processo Civil (2012, p. 433):

Art. 990 - O juiz nomeará inventariante:

- I. o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;
- II. o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados;
- III. qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio;
- IV. o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados;
- V. o inventariante judicial, se houver;
- VI. pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial.

De acordo com o artigo 16 da Resolução em comento, “o inventário administrativo, pode ser requerido por cessionário¹⁴ de direito hereditários, mesmo que não seja cessionário do todo, mas apenas de parte do acervo, desde que todos os herdeiros estejam presentes e de acordo” (JÚNIOR, 2012, p. 230).

No caso dos companheiros, na união estável, o que sobreviver terá direito a buscar a via administrativa para requerer o processamento do inventário, desde que exista outro sucessor, podendo também ser reconhecida sua meação, por escritura pública, uma vez que todos os herdeiros estejam de acordo, conforme artigos 18 e 19 da Resolução de número 35, CNJ de 2007:

Art. 18 – O (a) companheiro (a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável.

Art. 19 – A meação de companheiro (a) pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo.

Em se tratando de sobrepartilha¹⁵ e retificação de partilha, os artigos 25 e 13 da presente Resolução nº 35 do CNJ de 2007 determinam:

Art. 25 – É admissível a sobrepartilha por escritura pública, ainda que referente a inventário e partilha judiciais já findos, mesmo que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito ou do processo judicial.

Art. 13 – A escritura pública pode ser retificada desde que haja o consentimento de todos os interessados. Os erros materiais poderão ser corrigidos, de ofício ou mediante requerimento de qualquer das partes, ou de seu procurador, por averbação à margem do ato notarial ou, não havendo espaço, por escrituração própria lançada no livro das escrituras públicas e anotação remissiva.

14 Cessionário: aquele que se beneficia ou que é adquirente de alguma cessão.

15 Sobrepartilha: partilha adicional feita nos autos de um inventário para atingir novos bens surgidos após o término do inventário ou arrolamento.

De acordo com o determinado na Resolução nº 35 do CNJ, “os interessados podem recorrer à via extrajudicial, mesmo quando já tiver ingressado com processo na via judicial, desde que ainda não tenha sido a demanda julgada por sentença”. E, conforme o art. 9º e parágrafo único dessa Resolução, o tabelião deverá constar em escritura o local onde corre a ação judicial, devendo no prazo de 30 dias comunicar à autoridade judicial da lavratura de escritura pública de inventário e partilha (JÚNIOR, 2012, p. 229).

Se faz de grande importância a observação dos documentos necessários para que seja processado o inventário extrajudicial. Existe ainda a possibilidade para aqueles que optarem pela demanda judicial, mas que preenchem os requisitos para requerer a abertura de inventário pela via extrajudicial, de converter o inventário judicial em extrajudicial, conforme disciplina o art. 2º da Resolução nº 35 do CNJ, ao dispor que “Art. 2º - É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para a promoção da via extrajudicial” (RESOLUÇÃO N 35 DO CNJ, 2007).

Assim, pode-se perceber, que a Lei n.º 11.441/2007 veio instituir o procedimento de inventário administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, e, por sua vez, a Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça detalhou os procedimentos a serem seguidos pelos tabeliães ou notários, no ato de lavrar escritura pública de inventário e partilha.

A DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS – O INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COMO PROMOTOR DE ACESSO À JUSTIÇA

O termo desjudicialização refere-se à possibilitar às partes resolverem seus conflitos por meios alternativos fora das competências dos tribunais, segundo Mota (2010, p.130) “[...] desjudicializar é retirar da esfera de competência dos tribunais os atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades e salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional”, trazendo mais celeridade e duração razoável ao processo e como forma de facilitar o acesso à justiça, uma vez que a tramitação habitual dos tribunais é considerada morosa.

O principal objetivo da desjudicialização é a celeridade na resolução das demandas e, não somente a busca pela resolução de alguns processos autorizados pela legislação, tendo em vista que com a realização desses procedimentos na esfera extrajudicial o Poder Judiciário terá mais tempo para análise dos procedimentos que necessitem de fato de sua análise mais demorada.

A premissa essencial de todos os procedimentos realizados nos cartórios extrajudiciais é, sem dúvida, a concordância entre as partes envolvidas, caso contrário, a única solução será por via judicial. Acerca do inventário extrajudicial, a Lei 11.441 de 2007 trouxe formas de desjudicialização adotadas no ordenamento jurídico brasileiro permitindo que através dela os processos consensuais de inventário, divórcio e separação, realizados através do tabelionato de notas, tornaram-se mais céleres, garantido aos interessados o acesso efetivo à justiça e a duração razoável do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que o inventário administrativo é um procedimento extrajudicial que foi adotado pelos legisladores brasileiros, para que com isso seja possível uma resolução mais simplificada, célere e menos onerosa das demandas no Direito Sucessório.

É válido lembrar que o inventário pela via administrativa pode ser requerido por qualquer interessado, desde que sejam todos capazes, não exista testamento deixado pelo *de cuius* e ainda se todos os sucessores forem concordes a respeito da inventariança. O inventário pela via administrativa pode ser invocado pelas partes tanto na abertura do procedimento de inventário como posteriormente, de acordo com o estabelecido no art. 2º da Resolução nº 35 do CNJ, mesmo que no início tenha sido adotada a via judicial pelos herdeiros.

Para administrar o processo de inventário na via extrajudicial, deve também, assim como na via judicial, ser nomeado um inventariante, mas, por sua vez, não existe uma ordem a ser seguida para tal nomeação, podendo ser escolhido aleatoriamente entre os herdeiros. Assim como o inventariante, não existe uma regra para determinar qual será o tabelião que deverá ser escolhido pelos herdeiros para celebrar o processo de inventário, podendo então os herdeiros escolherem ao seu bel prazer em qual cartório desejam processar o inventário.

O inventário administrativo traz vários benefícios para aqueles que o adotam, mas infelizmente, mesmo após aproximadamente seis anos de sua implantação no Brasil, a opção pela via administrativa ainda é ínfima. Assim, o que deve ser feito no Brasil, é uma política de conscientização da população, para apresentar aos interessados quais são os benefícios que a via administrativa pode trazer em um processo de inventário. E, conscientizar também os cidadãos que buscarem essa via, de que, com sua adoção, não serão só eles os beneficiados, mas também toda a sociedade, pois ocasionará uma menor demanda no Poder Judiciário, possibilitando que a via judicial para outras demandas possa ser mais ágil. Com a conscientização dos direitos fundamentais de toda população, é possível que nossa sociedade se emancipe socialmente e, perca a mentalidade litigiosa que ainda existe, visto que com meios alternativos de disputas, como é o caso do inventário extrajudicial as relações humanas se humanizarão.

Por fim, e na esteira do que já foi colocado anteriormente, se todos os envolvidos em um procedimento de inventário, que preencherem os requisitos legais, estiverem conscientes de que podem buscar o tabelião/notário, na via extrajudicial, para resolver sua lide e assim o fizerem, o cidadão, a sociedade e o Poder Judiciário serão beneficiados com tal atitude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 19. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005.

CASSETARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 35 de 24 de abril de 2007. Disciplina a aplicação da Lei no 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf . Acesso 07/10/2013;

DALTOÉ, B. L. **Breves considerações acerca do papel do tabelião no Inventário Extrajudicial**. JusBrasil.com, Rio Grande do Sul, 7 de novembro de 2016. Não paginado. disponível em <https://bernardoldr.jusbrasil.com.br/artigos/402263785/breves-consideracoes-acerca-do-papel-do-tabeliao-no-inventario-extrajudicial> Acesso em abril de 2021.

DIDIER JUNIOR, F. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil, Volume III, Procedimentos especiais**. 44ª Edição. Editora Forense;

Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em 20/03/2021;

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das sucessões**. 26. ed. refv e atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANDER, T. **O Notário como Instrumento de Mediação do Direito e como Agente da Paz Social**. 2005. não paginado. Artigo Científico. Boletim jurídico. Uberaba, Minas gerais, 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-notarial-e-registral/663/o-notario-como-instrumento-mediacao-direito-como-agente-paz-social> Acesso em abril de 2020;

VELOSO, Zeno. Lei número 11.441. de 04.01.2007: **aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais**. Belém, 2008.

CAPÍTULO 4

O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL E OS REFLEXOS DA GUARDA COMPARTILHADA

THE INSTITUTE OF PARENTAL ALIENATION AND THE REFLECTIONS OF SHARED CUSTODY

Ayanesara Souza Santana Brizola¹⁶
Stefania Fraga Mendes¹⁷

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo abordar a Síndrome da Alienação Parental (SAP) no Brasil, a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e os reflexos da guarda compartilhada. Inicia-se com um esboço histórico da Lei do divórcio até a criação do poder familiar, anteriormente denominado de pátrio poder. Cita-se a promulgação da Lei 12.318/10 (Lei da alienação parental) que tem contribuído para a proteção dos filhos. Busca-se refletir quais as possíveis soluções para diminuir os casos de alienação parental. Aponta-se o instituto da guarda compartilhada como um instrumento eficaz no combate à alienação parental - ambos os pais passam a ter laços de proximidade e convivência com o filho, participando ativamente de sua vida, contribuindo de forma positiva para sua formação social e intelectual. Almeja-se, com isso, preservar o melhor interesse do filho, que, diante do cenário da alienação parental, é o mais afetado e prejudicado. Pontua-se, ainda, como a pandemia da Covid-19 tem corroborado para a incidência da alienação parental. Frise-se que o isolamento social tem sido utilizado para impedir o filho de ter convívio com o outro genitor.

Palavras-Chave: Alienação parental. Poder familiar. Guarda compartilhada.

Abstract: The present work aims to address the Parental Alienation Syndrome (SAP) in Brazil and its applicability in the Brazilian legal system and the reflexes of shared custody. It begins with a historical foreshortening of the Divorce Law until the creation of family power, formerly called patriot power. The enactment of Law 12.318/10 (Parental Alienation Law) is mentioned, which has contributed to the protection of children. It seeks to reflect on the possible solutions to reduce cases of parental alienation. The shared custody institute is pointed out as an effective instrument in the fight against parental alienation - both parents start to have ties of proximity and coexistence with the child, actively participating in their life, contributing positively to their social and intellectual formation. It is intended, therefore, to preserve the best interest of the child, who, in the face of parental alienation, is the most affected and harmed. It is also pointed out how the Covid-19 pandemic has corroborated the incidence of parental alienation. It should be noted that social isolation has been used to prevent the child from having contact with the other parent.

Keywords: Parental alienation. Family power. Shared guard.

¹⁶ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: ayanesara_15@gmail.com
¹⁷ Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Professora da Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: stefania.mendes@unemat.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a alienação parental e sua repercussão na sociedade. A alienação parental vem ocorrendo com maior frequência e a maioria dos casos tem sido levados ao Poder Judiciário tendo em vista que os alienadores não conseguem, por si só, uma solução amigável para o conflito.

Apesar de haver respaldo legal objetivando dissuadir essas práticas, sabe-se que a alienação parental é muito comum e busca-se analisar e esclarecer quais as maneiras mais eficazes para se combater esse mal que vem crescendo gradativamente e ainda, como fazer com que esse processo diminua os danos causados ao menor.

Em um primeiro momento, menciona-se a lei do Divórcio, o poder familiar e como ele atuava na formação das famílias antigamente e ainda, as modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em um segundo momento, expõe-se como surgiu a alienação parental e suas características. Por fim, examina-se a guarda compartilhada como a possível solução para a diminuição dos casos de Alienação Parental no Brasil. E, ainda, reflete-se como a pandemia da Covid-19 tem afetado este instituto e aumentado os casos de alienação parental.

Sabe-se que mesmo com a dissolução do casamento, o poder familiar é mantido, pois não há alteração na relação existente entre pais e filhos, ou seja, o poder familiar de ambos os pais continuam a ser exercido conjuntamente, somente com a diferença que agora um dos pais é responsável pela guarda do menor.

A Síndrome da Alienação Parental (SAP), geralmente, ocorre em uma separação conjugal conflituosa. É comum ser desencadeada por uma das partes que não consegue aceitar o fim do relacionamento. Dessa forma, um dos pais, que geralmente é o que detém a guarda do menor, tenta mudar a percepção que a criança tem de seu outro genitor.

A primeira característica do menor alienado é a rejeição por aquele que não detém a sua guarda. A criança ou o adolescente está tão acostumado a ouvir coisas negativas que passa a acreditar que aquilo que lhe é dito pelo alienador é verdadeiro e, muitas vezes, se afasta ou se nega a estar com o genitor.

O Poder Judiciário brasileiro é muito criticado por sua lentidão nos andamentos processuais, atentando que a demanda de processos é grande. Uma maneira mais célere de solucionar os conflitos da SAP seria a mediação, por exemplo. Por ser um meio extrajudicial, se torna mais barato e ágil na solução de determinados conflitos.

Todavia, vê-se que a guarda compartilhada tem se destacado cada vez mais como um meio de enfrentar a alienação parental. A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda existente no ordenamento jurídico e foi instituída através da promulgação da Lei nº 13.058/14, e tem sido a mais recomendada dentre os magistrados dos Tribunais.

Essa modalidade de guarda permite que ambos os pais decidam de forma igualitária sobre os questionamentos relacionados a criança ou adolescentes envolvidos. Permite também uma maior convivência entre todos, ajudando assim na formação do caráter social e psicológico do menor. Portanto, é a mais indicada nos casos de alienação parental.

Frise-se que, com o enfrentamento contra o coronavírus, as demandas referentes a regularização de visitas aumentaram no judiciário, levando em conta que está ocorrendo grandes conflitos entre os pais quanto ao convívio com os menores, devido as orientações da OMS para o isolamento social.

A LEI DO DIVÓRCIO E O PODER FAMILIAR

Antes da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 não existia divórcio no Brasil, havia apenas a “separação de corpos”. Essa lei veio como um grande avanço, apresentado o divórcio. Anteriormente, as pessoas podiam apenas se “desquitar”. Havia o rompimento do casamento, mas a sociedade conjugal era mantida.

Antes da sanção da Lei do divórcio, o poder familiar era totalmente concedido ao marido e ele tinha total poder sobre a vida da esposa e dos filhos. As mulheres eram completamente subordinadas ao marido. Havia o pátrio poder. O Estatuto da Mulher casada (Lei 4.121/62) apresentava a figura da mulher como colaboradora do marido (art. 233 da referida lei: O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos).

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a igualdade entre o homem e a mulher. A isonomia entre o casal mudou não somente o papel da mulher na sociedade,

mas também foi necessário haver mudanças na maneira como o casal se relacionava, principalmente no que tange a criação dos filhos.

[...] a concretização do princípio da igualdade entre homens e mulheres passa também, necessariamente, pelo estabelecimento de uma nova forma de relacionamento entre pais e filhos, em que o papel do pai não seja mais o de um simples coadjuvante, dividindo, sim, com a mãe, as funções de criação e educação dos filhos (KARAN, 1998, p. 186).

A expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar” no Código de 2002. De acordo com Maria Helena Diniz trata-se de “um conjunto de direitos e obrigações, quanto a pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho (DINIZ, 2004, p. 514).

Importante frisar que um dos principais objetivos a serem alcançados por intermédio do exercício do poder familiar é o desenvolvimento sadio e equilibrado do menor por meio de uma adequada formação, tanto do ponto de vista da educação formal obtida na escola como, também, da formação humana obtidas em todos os grupos sociais que a criança ou adolescente participa, notadamente no seio familiar (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011, p. 14).

O art. 1634 do Código Civil apresenta um rol de deveres que os pais têm para com os filhos menores, de forma que possam ser defendidos os seus direitos e também serem assegurados e protegidos, possibilitando assim uma forma de vida melhor.

O exercício do poder familiar pertence a ambos os pais. Os pais são fundamentais para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Mesmo com a dissolução do casamento, o poder familiar é mantido, pois não há alteração na relação existente entre pais e filhos, ou seja, o poder familiar de ambos os pais continua a ser exercido conjuntamente.

O poder familiar é irrenunciável e intransferível, e tem por característica ser inalienável ou indisponível. O Código de menores, ora revogado, indicava a possibilidade de delegar o poder familiar, mas com a promulgação do ECA, esse entendimento foi superado. Tem-se hoje o instituto da guarda para suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis conforme preconiza o art. 33, § 2º do ECA.

O INSTITUTO DA GUARDA E SUAS MODALIDADES

Após a dissolução do casamento, os genitores podem deliberar sobre a guarda dos filhos. A guarda compartilhada foi instituída pela Lei 11.698/08, decorrente da alteração dos artigos 1583 e 1584, do Código Civil. A deliberação sobre a guarda deve ser feita visando o bem-estar da criança e do adolescente e não o que for mais conveniente aos pais.

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar a cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não sintam objeto de vingança, em face do ressentimento dos pais (DIAS, 2010, p. 433).

É importante que os filhos se sintam bem acolhidos em ambos os lares. A guarda é proposta visando o melhor interesse do menor, e, cabe ao outro genitor o direito de conviver com o filho.

A guarda unilateral já foi a mais usual – um dos genitores era responsável pela guarda do menor e o outro o visitava em dias e horários pré-estabelecidos. Esta modalidade de guarda é facilmente acolhida quando o detentor da guarda não atrapalha o convívio do menor com o outro genitor. Além da guarda unilateral pode-se buscar a fixação da guarda compartilhada.

Com o decorrer do tempo notou-se a guarda unilateral era insuficiente para a convivência do menor com o genitor que não detinha a sua guarda – almejava-se maior participação na rotina e convivência com o filho. Além disso, havia a preocupação nos casos de suspeita de alienação parental - a falta de convívio do filho com o genitor alienado dificultava que ela conseguisse distinguir o que era verdadeiro e o que era criado pelo alienador. Surge, assim, a modalidade da guarda compartilhada.

A modalidade de guarda compartilhada permite que ambos os pais decidam sobre o que é melhor para o filho. Ambos os genitores ajudam nos cuidados diários e a criança ou o adolescente pode alternar os dias em que vive na casa de cada genitor.

A alienação parental poderá acarretar a perda da guarda, podendo ser alterada a forma da guarda conforme o art. 7º da Lei 12.318/10.

A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

A Síndrome da Alienação Parental (intitulada pela sigla SAP), ocorre, muitas das vezes, em uma separação conjugal conflituosa, em que uma das partes não consegue aceitar o fim do relacionamento. Um dos genitores – geralmente aquele que detém a guarda do filho - tenta mudar a percepção que a criança tem de seu outro genitor, para que possa rejeitá-lo. Objetiva-se afastar o filho do genitor.

[...] resta evidenciada a alienação parental promovida por um dos pais quanto a pessoa do outro, ou mesmo com relação a determinado parente, na qual busca o genitor alienante o afastamento do convívio da pessoa alienada, v.g., a mãe do menor, que busca por todos os meios possíveis evitar que seu filho visite a avó paterna, restringindo o seu contato com o menor (FIGUEIREDO E ALEXANDRIDIS, 2011, p. 31).

No Brasil, com a popularização da SAP, os casos judiciais aumentaram, pois a sociedade passou a ter mais conhecimento sobre ela.

A SAP pode ser considerada uma espécie de bullying familiar - o alienador tenta inserir o filho em uma zona de conflito. Isso traz sofrimento para o filho e para o genitor.

Quando a criança ou o adolescente está vivenciando o conflito entre os pais, geralmente se posiciona do lado daquele que tem uma convivência mais próxima, que no caso é aquele que detém a guarda. Dessa forma, o filho refuta aproximações com o outro genitor. O filho tendo a ser manipulada insistentemente, de modo que acredita que a mentira é a realidade, não conseguindo separar o que é criado pelo alienador.

O sintoma primário é que ela recusa ou resiste ao contato com um dos genitores ou tem contato com o genitor irracional ou desestabilizado. O sintoma principal é a ansiedade e hostilidade direcionada ao genitor rejeitado. Isto pode acontecer em função da preferência por um dos genitores, ou como resolução frente ao conflito entre os pais (CALÇADA, 2014, p. 95).

Identificada a Síndrome da Alienação Parental, é preciso tomar providências, vez que é extremamente prejudicial ao filho. Nesse sentido, Maria Berenice Dias adverte:

Flagrada a presença da síndrome da alienação parental, é indispensável a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Mister que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. Sem haver punição as posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará

aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável (DIAS, 2012, s/p).

As sanções devem ocorrer de forma a levar o alienador a compreender que a criança e o adolescente estão em formação e que os danos podem ser irreversíveis.

CONSEQUÊNCIAS DA SAP À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

O término de um relacionamento e a má condução do seu fim, afeta diretamente os filhos que estão intrinsecamente ligados a relação. Caso a relação seja conturbada e conflituosa, pode gerar consequências graves aos filhos que estão em processo de formação, construção social e intelectual e amadurecimento.

(...) os pais que não superaram seus conflitos ou que iniciam o processo característico da síndrome da alienação parental tendem, por anos a fio, estabelecer péssimas rotinas com seus filhos, que, ao vivenciarem experiências ruins, mudanças imprevisíveis, ambiente instável e interrupções no seu processo normal de desenvolvimento, passam a ter uma visão distorcida do mundo, sendo frequente o medo do abandono – emoção mais fundamental do ser humano – a ansiedade e, em especial, a angústia, que podem gerar diversas fobias na fase adulta (MADALENO, 2017, p. 69).

No campo psicológico, os danos podem ser preocupantes. Os filhos de pais alienadores podem se tornar dependentes emocionalmente, ansiosos e inseguros. Pode, ainda, ter reflexos nas suas relações sociais, tendo dificuldade de se relacionar com as outras pessoas.

Na área psicológica, também são afetados o desenvolvimento e a noção do autoconceito e autoestima, carências que podem desencadear depressão crônica, desespero, transtorno de identidade, distúrbios alimentares, incapacidade de adaptação, consumo de álcool e drogas e, em casos extremos, podem levar até mesmo ao suicídio (MADALENO, 2013, p. 69).

Com o passar do tempo, o filho alienado pode sentir-se culpado por ter se afastado do seu genitor. É comum que só tem a percepção disso ao atingir a maioridade.

A MEDIAÇÃO COMO UMA FORMA EFICAZ NOS CASOS DE SAP

O Poder Judiciário brasileiro é criticado por sua lentidão nos andamentos processuais e os meios alternativos para solução dos conflitos têm sido uma fuga para isso. Por ser um meio extrajudicial, se torna mais barato e ágil na solução de determinados conflitos.

[...] os meios alternativos de solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômico e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e suas soluções são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito (CAETANO, 2002, p. 104).

Destaca-se a mediação que é um mecanismo de pacificação de conflitos, definida como uma forma de autocomposição. As partes decidem a devida solução do conflito – ambos os envolvidos deliberam para encontrar o que melhor lhes atende. Uma das características da mediação é a voluntariedade, em que os envolvidos não são obrigados a mediar ou entrar em um acordo.

Caso as partes entrem em acordo, será oficializado tal acordo. O instituto da mediação familiar, procura minimizar os efeitos que a separação ou divórcio trazem, buscando uma maior celeridade na resolução desses conflitos processuais.

A GUARDA COMPARTILHADA COMO UMA SOLUÇÃO NOS CASOS DE SAP

Objetiva-se com a guarda compartilhada que os pais entrem em acordo nas decisões diárias da vida do filho. É importante frisar que a dissolução da união não implica na dissolução da vivência entre pais e filhos. A concessão da guarda compartilhada traz consigo uma série de responsabilidades que deverão ser executadas de forma conjunta.

A guarda compartilhada tem como objetivo a continuidade do exercício comum da autoridade parental. Dito de outra forma, a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de efetividade, direitos e obrigações recíprocos, não prevalecendo contra eles a desunião dos pais, pois, mesmo decomposta, a família continua biparental (WERNECK, 2005, p. 24).

Os pais decidem de forma igualitária, possuem a guarda física do filho ao mesmo tempo e exercerão a mesma responsabilidade perante a criança. Permite-se uma maior convivência entre todos, o que contribui para a formação social e intelectual do filho.

Conforme prevê o art. 6º da Lei 12.318/2010, inciso V, uma das formas de inibir a alienação parental é a reversão da guarda unilateral pela guarda compartilhada. O convívio frequente do filho alienado com o genitor inibializaria a tentativa deliberada do alienador de levá-lo a acreditar em suas mentiras.

Em um contexto, no qual grande parte das práticas de alienação parental ocorre pela imposição de guarda unilateral, em que a criança/adolescente ficará com apenas um dos genitores, restando ao outro genitor apenas o direito de visitas, ou seja, uma menor aproximação para com seus filhos, defende-se que a guarda compartilhada seria o ideal para inibir a alienação parental, pois não haveria disputa entre os genitores com relação aos filhos. Com esta guarda, os filhos teriam sempre a presença de ambos os pais, o que diminuiria a influência de apenas um genitor sobre a prole dificultando, assim, a alienação parental. (RODRIGUES E ALVARENGA, 2014, p. 335)

Para que a guarda compartilhada seja possível é necessário o consenso entre os pais e que haja um bom relacionamento para que seja executada de forma eficaz e em benefício do menor. A guarda compartilhada permite ao filho compartilhar as suas vivências do dia a dia com ambos os genitores de forma igualitária, diminuindo os impactos oriundos do rompimento.

É importante para os filhos a presença dos genitores para sua devida formação e a conseqüente construção de uma relação harmônica. A guarda compartilhada tem demonstrado ser eficaz no combate à alienação parental. Ambos os pais têm direitos e deveres sobre os filhos, devendo sempre primar pela proximidade e boa convivência com ambos os genitores.

REFLEXOS DA PANDEMIA COVID-19 E O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Durante a pandemia as famílias têm sofrido de várias formas. A violência doméstica aumentou, pois o tempo em que os homens estão em casa é maior, muitas vezes desempregado. Além disso, o isolamento social foi utilizado como artifício para inviabilizar o contato do filho com seu genitor, geralmente daquele que não detém a guarda.

Sabe-se da importância do isolamento social e do cuidado que se deve ter com a saúde, mas isso não significa que o filho tem que perder o contato físico.

Com o enfrentamento contra o coronavírus, as demandas referentes a regularização de visitas aumentaram no Poder Judiciário, levando em conta que estão ocorrendo grandes conflitos entre os pais quanto ao convívio com os menores.

Para quem já usa o expediente da alienação parental, parece que o isolamento social obrigatório virou uma desculpa perfeita para retirar completamente da vida do filho a presença de um dos pais. A questão é muito sensível e merece especial atenção. É preciso verificar se esse afastamento específico é realmente necessário para preservar a saúde do menor ou não. Em caso positivo, deve ser utilizada toda a tecnologia disponível para minimizar a

distância (internet, smartphones etc) entre pais e filhos, bem como precisam ser verificadas futuras compensações. (NEGRELLI, 2020, s/p).

O ideal é manter o convívio dos filhos com genitor, priorizando o bem-estar e a saúde dos filhos. É necessário que se analise de forma minuciosa cada caso, para verificar se realmente se trata de alienação parental ou apenas uma proteção do filho e dos que convivem com ele na mesma casa. É importante analisar a intenção do detentor da guarda, para que não seja um artifício para a alienação.

É imprescindível que as crianças sejam protegidas visando o seu melhor, todavia, deve-se atentar para a importância da convivência com ambos os genitores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promulgação da Lei que instituiu a Alienação Parental traz grandes benefícios e avanços para a legislação brasileira. Trata-se de lei esclarecedora e explicativa, facilitando assim a sua aplicabilidade. Traz, ainda, melhorias quanto á solução destes conflitos.

Observa-se também que o filho alienado é a maior vítima e o maior prejudicado nos casos de alienação parental, pois até que ele tenha idade suficiente para perceber todas as mentiras contadas pelo alienador já pode ser tarde, muitos anos se passaram, e muitas oportunidades de convivência foram perdidas.

A mediação seria uma medida mais célere a ser tomada, com o intuito de desafogar o sistema judiciário, porém ela não demonstra ser muito eficaz, tendo em vista que a maioria dos pais que se encontram em casos de alienação parental estão em litígio. A mediação se tornaria algo inviável ou muitas vezes pouco proveitosa, por ser muito alcançar um acordo por ambas as partes.

A modalidade da guarda compartilhada tem uma ligação direta nos casos de alienação parental. Através desse instituto pode-se desmentir o que é contado para a criança, pois através do convívio com o genitor alienado, essas mentiras são desfeitas, trazendo uma maior clareza para a criança, que na maioria das vezes fica confusa com o que está sendo dito, e muitas vezes implantado em suas memórias.

A guarda compartilhada visa a ajuda mútua entre os pais, tanto nos direitos quanto nos deveres. Ambos os pais têm proximidade, convivência e poder de decisão na

vida do filho. A cessação abrupta de contato com um de seus genitores gera uma série de conflitos que muitas vezes são irreversíveis e de difícil correção.

Com o advento da Pandemia da Covid-19, alguns pais usaram o isolamento como artifício para afastar o filho do outro genitor, tornando assim mais fácil a prática da SAP. As práticas de condutas que configuram a alienação parental trazem sequelas drásticas aos menores envolvidos. Sendo assim, deve-se sempre almejar o melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 20 set. 2021.

_____. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 25 set. 2021.

CAETANO, Luiz Antunes. Arbitragem e Mediação: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002, p. 104.

CALÇADA. A. Perdas Irreparáveis – Alienação Parental e Falsas acusações de Abuso Sexual – Rio de Janeiro, 2014.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos de Direito de Família**. Curitiba-PR. 2003, p. 12.

DIAS, M. B. **Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_504\)1__sindrome_da_alienacao__parental_o_que_e_isso.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_504)1__sindrome_da_alienacao__parental_o_que_e_isso.pdf)> acessado em 09/04/2019.

_____. **Alienação Parental e suas consequências**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_500\)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_500)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf)> acessado em 10/04/2019

_____. **Guarda compartilhada dos pais e duplo domicílio dos filhos.** Disponível em: <[http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2_13106\)Guarda_compartilhada_dos_pais_e_duplo_domicilio_dos_filhos.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_13106)Guarda_compartilhada_dos_pais_e_duplo_domicilio_dos_filhos.pdf)> acessado em 02/08/2021

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 22 ed. rev. E atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5.

FARIAS, C. C. **Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão).** In: PEREIRA, R. C. (Coord.) Afeto, ética, família e o novo Código Civil. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004. p. 110.

FONSECA, P. **Síndrome da Alienação Parental** – artigo publicado na Revista do CAO Cível nº 15. Disponível em: <http://www.priscilafonseca.com.br/?page_id=463> acessado em 03/06/2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

KARAN, M. L. **A superação da ideologia patriarcal e as relações familiares.** In: Silveira, P. (Org.) Exercício da paternidade. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998. p. 186.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais.** 4ª edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada.** 08 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>> Acesso em: 20/08/2020.

WERNECK, C. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo.** Rio de Janeiro: WVA, 2005.

CAPÍTULO 5

ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

ANALYSIS ON THE INSTITUTE OF PARENTAL ALIENATION

*Ana Carolina Cavalcante Batista*¹⁸
*Antônio Leonardo Amorim*¹⁹

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade objetivo discutir a responsabilidade jurídica da pessoa que comete alienação parental. Há que se destacar a relevância do tema, tendo em vista sua incidência no direito de família, sendo criado um sistema de proteção para resguardar as relações familiares. Dessa maneira, sob o ponto de vista jurídico, a alienação parental é um comportamento disfuncional que compromete o desenvolvimento saudável da criança, infringindo direitos fundamentais dos filhos. Para fundamentar melhor a abordagem científica, é necessário trazer à baila o embasamento legal, jurisprudencial e teórico (doutrinário) a respeito do assunto, fazendo comparativos a partir dos pontos de vistas convergentes e divergentes.

Palavras-chave: Alienação Parenta; Direito da Criança e Adolescente; Direitos Humanos; Família.

Abstract: This work aims to discuss the legal responsibility of the person who commits parental alienation. The relevance of the theme must be highlighted, in view of its impact on family law, with a protection system being created to safeguard family relationships. Thus, from a legal point of view, parental alienation is a dysfunctional behavior that compromises the healthy development of the child, violating the children's fundamental rights. To better support the scientific approach, it is necessary to bring up the legal, jurisprudential and theoretical (doctrinal) basis on the subject, making comparisons from the converging and divergent points of view.

Keywords: Parental Alienation; Children and Adolescents' Rights; Human rights; Family.

18 Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), e-mail: cavalcantebatistaa@gmail.com.

19 Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O trabalho se concentra em explorar as disposições acerca da alienação parental com base na legislação civil. Cediço é que o ordenamento jurídico tutela a família como seio da sociedade e por essa lógica dispensa tratamento diferenciado.

Nesta senda, o direito civil ao regular as relações de direito de família, estabelece a guarda como mecanismo de exercício do poder familiar quando os pais estão em situação de separação ou divórcio com prole em idade inferior a 18 anos.

Para alcançar os objetivos propostos, utiliza a pesquisa bibliográfica, com abordagem exploratória, sem olvidar do estudo comparativo com base na evolução dos principais diplomas normativos que tutelam a matéria.

Tudo isso, contextualizando com o direito civil e a lógica estabelecida pela legislação para o direito de família, não se esquece da jurisprudência como fonte de parâmetro para estudo.

A GUARDA E A ALIENAÇÃO PARENTAL

O artigo 226, da Constituição Federal de 1988, dispõe a família como base da sociedade, tem especial proteção do Estado, e, ainda, o artigo 227 consagra os direitos de crianças e adolescentes como direitos fundamentais e de proteção integral, afirmando-os como sujeitos de direitos, trazendo um norte de igualdade extremamente determinante para as relações entre filhos-pais.

Assim, a Alienação Parental não é um assunto atual, contudo, só atualmente vem sendo analisada, por decorrência de estudos da área social psicologia e jurídica e pelo avanço no número de genitores os quais almejam exercer a função de pai, apesar da separação entre os cônjuges.

Ainda exista esse aumento, não é proporcional a conscientização de que a função paterna ou materna não se anula com a separação conjugal, que o vínculo com o filho não poderá se romper. Apesar disso, pela não concordância da separação, por mágoa, frustração ou por medo de perder o amor de seus filhos, ocasionalmente, o genitor que, geralmente, tem a guarda da criança ou do adolescente passa a desvalorizar o outro genitor.

Gera ocasiões para impedir a visitação, oculta informações sobre os filhos, o

desqualifica e o põe como ameaça, sem reais razões, inventando uma falsa imagem para a criança ou adolescente e, por consequência, elementos que se constituem em uma realidade que tende a coisificar as relações sociais, inclusive, as relações afetivas, tendo muitas vezes como configuração a alienação parental.

Vale destacar, ainda, que essa campanha de desconfiança não ocorre tão abertamente, sendo uma ação de difícil identificação e de desconstrução. Normalmente, a difamação de um dos genitores ao outro, na presença dos filhos, se torna normal e não são levadas em conta e seus efeitos para a criança, a qual é levada a se separar de um dos genitores para não “trair” o outro que possui a sua guarda, distinguindo, portanto, uma relação de poder a qual enfraquece os desejos da criança e do adolescente e o colocam como posse de seus genitores.

O EXERCÍCIO DA GUARDA

O Código Civil de 1916 trazia a expressão pátrio poder para designar a atribuição dada ao componente da família responsável por administrá-la. Isso incluía todas as decisões que envolviam os filhos. Com o advento do Código Civil de 2002, a expressão foi modificada, cabe dizer que para atribuir um novo valor semântico, o legislador quis fazer clara alusão a igualdade constitucionalmente estabelecida para todos os fins de direito.

Maria Helena Diniz (2007, p. 61) destaca que “o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”.

Inicialmente cabe conceituar a guarda no intuito de compreendê-la e assim passar a considerações mais substanciais sobre o tema, como destaca Diniz (2007, p. 61):

[...] instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Para além, a guarda legal é aquela que não necessita de uma interferência judicial para ser estabelecida. É inerente ao poder familiar, pois é justamente este poder que confere aos pais o direito de ter o seu filho em sua companhia e guarda, e de

reclamá-lo, de quem ilegalmente o detenha, o que explica a razão de seu conceito se confundir com a própria definição do poder familiar (DINIZ, 2007).

Dessa maneira a guarda possui caráter duplo, sendo direito e dever, nesta senda, Silvio Rodrigues (1995, p. 44) ensina:

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.

A legislação civil reconhece enquanto direito dos pais sobre os filhos menores um rol constante no art. 1.634, II e VI, do Código Civil, compreendendo o atendimento de todas as demandas e interesses dos filhos, sobretudo diante da situação fática e jurídica de não poder defender diretamente seus interesses.

No que concerne aos deveres expõe um conjunto de artigos, dos quais se exprimem: a) não abandonar pessoa que está sob cuidado, guarda vigilância ou autoridade, sob pena de incursão no crime de abandono de incapaz (art. 133, CP); b) prover a instrução primária de filho em idade escolar, sob pena de responder pelo crime de abandono intelectual (art. 246, CP); c) prover a subsistência de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, sob pena de caracterização do crime de abandono material (art. 244, CP).

A situação de discutir a guarda dá-se, sobretudo diante da dissolução do casamento pelo divórcio, em linhas práticas, os pais, que não manterão a coabitação resolvem entre si a partilha do exercício do poder familiar. A guarda notadamente reflete um direito/ dever dos pais sobre a pessoa dos filhos com intuito de protegê-los e defender-lhes o interesse. Há que mencionar ainda que, a evolução deste instituto se dá, sobretudo com a discussão sobre o papel da família contemporânea e os reflexos das transformações sociais sobre aquela e sobre o próprio direito.

Neste cenário, em se tratando de proteção à pessoa dos filhos, o Código Civil de 2002, nos artigos 1.583 a 1.590, define a diferença entre guarda compartilhada e guarda unilateral, cedendo primeiramente aos pais o critério para definição da guarda, respeitando, sobretudo o melhor interesse da criança.

Nos termos do já citado artigo 1. 583 do Código Civil “a guarda será unilateral ou compartilhada”. Não suficiente, a lei ter definido assim a forma como a guarda será

exercida, ao longo dos parágrafos deste dispositivo, o legislador ocupa-se em distingui-la em situações nas quais será optada por um ou outro modelo.

É possível destacar que, o modelo de guarda unilateral é cada vez menos utilizado. Na prática, a guarda unilateral só costuma ser aplicada em casos extremos, ou nos quais exista a impossibilidade de compartilhamento da guarda em alguma perspectiva.

Ainda sob a perspectiva legal o parágrafo 2º, segundo a redação dada pela Lei n.º 11.698 de 2008, institui que “a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores [...]”.

O legislador estabeleceu critérios a serem observados para a concessão da guarda unilateral. Há que se mencionar que tais condições, por assim dizer, estão atreladas a possibilidade prática do genitor de exercer a guarda em observância aos interesses do menor. Por fim, é imperioso destacar que este parágrafo teve redação nova, incluída pela Lei n. 13. 058 de 2014, que será tratada na seção reservada ao trato da guarda compartilhada.

Imperioso destacar que quando atribuída a guarda unilateral, a legislação civil em clara posição a prevalência dos interesses da criança prevê que: “§ 3º- A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.”

Há que se mencionar que a legislação serve de parâmetro inicial para delinear a maneira como a matéria é tratada em âmbito normativo, contudo, faz-se necessário explorar o tema, sob o enfoque multifacetado, isso porque, conforme anteriormente afirmado, a guarda unilateral tem sido pouco utilizada, embora persista vigente no ordenamento jurídico.

Notadamente que a postura atualmente adotada pelos magistrados se tem inclinado por conferir a guarda unilateral somente em casos excepcionais. Neste ponto, tem muita relevância a construção doutrinária para tanto. Pois bem, a doutrina tem tecido duras críticas a este modelo de guarda, sobretudo no que se refere a prestigiar o melhor interesse do menor enquanto princípio constitucionalmente garantido, como menciona Welter (2009, p. 56):

[...] a guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

Tal afirmação se dá pelo reconhecimento de que a criança, de forma brusca, passa a conviver numa nova dinâmica familiar, que corresponde a ausência quase que completa do genitor que não exerce a guarda.

Para além, quanto a este genitor a quem não competiu o exercício da guarda, a lei atribui uma participação desprovida de reais efeitos práticos no que se refere ao poder familiar e a possibilidade de influir de forma contundente nas decisões acerca da vida da criança.

Outro ponto de extrema pertinência é o fato de que o exercício da guarda unilateral muitas vezes acarreta abuso ao direito da criança e do adolescente no que se refere à garantia de estabelecer vínculos com ambos os genitores.

Destaca Alves (2009, p. 24):

[...] não obstante, há de se ressaltar que, no âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, utilize-se dos seus próprios filho como “arma”, instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca dele, a qual é fomentada, de inúmeras formas, pelo primeiro, proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade, fenômeno que já foi alcunhado como Fenômeno da Alienação Parental, responsável pela Síndrome da Alienação Parental (SAP ou PAS).

Neste sentido, toma-se por gravosa a situação em que a criança e ao adolescente se vê privado do convívio mútuo com os genitores, mais ainda o é quando se tem a realidade do uso da guarda como mecanismo punitivo para o genitor com direito apenas de visita.

Cediço é que o processo de divórcio envolve um complexo de situações para além da compreensão meramente procedimental da lei, pois que, está-se diante do rompimento de um vínculo afetivo que envolveu a construção de planos financeiros, afetivos e emocionais. Tal ruptura, como a prática do direito de família pode demonstrar reflete em conflitos que desafiam a extrema capacidade de manutenção da civilidade a fim de conduzir a situação. Ora, jamais se pode esperar que se encare de forma puramente objetiva algo que em sua essência é carregado de subjetividade.

Neste prisma, quando ocorre a ruptura do vínculo conjugal, é passível que a guarda unilateral dê azo ao abuso desse direito, utilizando-se desta, não só para privar a criança do convívio com o outro genitor, como forma de punir este pelo rompimento, como também influenciar a criança ou adolescente sob guarda a rechaçar os vínculos afetivos com aquele.

As pesquisas acerca da alienação parental a retiram do aspecto jurídico enquanto abuso de direito, para alçá-la como doença, isso porque, tem-se demonstrado os efeitos desta prática danosa não só no que diz respeito à manutenção dos vínculos afetivos e emocionais com o genitor privado do convívio, como também no desenvolvimento de relações interpessoais.

Imperioso destacar que, tais observações foram relevantes para a adoção da guarda compartilhada como alternativa para minimizar as falhas e até mesmo abusos advindos do exercício da guarda exclusivamente por um dos genitores.

A guarda unilateral, embora seja instituto ainda em vigor, encontra seu desuso justificado pela posição majoritária que a entende não só como medida excepcional, como também a que mais interfere e compromete o interesse da criança e do adolescente.

O direito tem caminhado para alcançar cada vez mais a igualdade material, assegurando que às pessoas, sejam garantidos seus exercícios. Isso representa questionar que, além da guarda unilateral ser obstáculo para que a criança e adolescente conviva com ambos os genitores, também é empecilho para o genitor a quem fica designado o direito de visitação, com conseqüente participação mínima na vida da criança.

Cabe destacar ainda que, a realidade muitas vezes faz questionar a efetividade do direito, como bem se sabe, nem sempre os casais conseguem conviver de forma harmoniosa após um processo de divórcio, sobretudo, quando este foi longo e marcado por tumultos. Embora a lei reafirme que a prevalência deva ser o interesse da criança, ainda assim, este se vê comprometido por pais com pouca capacidade de gerir seus conflitos em prol da criança e adolescente.

A comunidade jurídica defende que se atenda em última instância as prerrogativas da criança, inclusive de conviver com ambos os genitores. Por guarda compartilhada, entende-se como sendo a responsabilização conjunta e o exercício de

direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, nos termos do artigo 1.583 do Código Civil.

Trançando um breve histórico acerca deste instituto, Leonardo Barreto Moreira Alves (2009, p. 240) preceitua:

O instituto da guarda compartilhada, até bem pouco tempo, não era previsto expressamente no ordenamento jurídico nacional, o que não impossibilitava a sua aplicação na prática, a uma com base nas experiências do Direito Comparado (principalmente na França - Código Civil francês, art. 373-2, Espanha Código Civil espanhol, artigos 156, 159 e 160, em Portugal - Código Civil português, art. 1905º, Cuba - Código de Família de Cuba, artigos 57 e 58 e Uruguai - Código Civil uruguaio, artigos 252 e 257) e, a duas, com fulcro em dispositivos já existentes no ordenamento jurídico, especialmente o art. 229 da Constituição Federal (“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”) e os artigos 1.579 (“O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”), 1.632 (“A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”) e 1.690, parágrafo único (“Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária”) do Código Civil brasileiro.

No que se refere ao direito brasileiro, com o advento da Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008, introduziu-se modificações nas disposições do Código Civil de 2002. Diante disso, a disciplina do cuidado e da proteção da pessoa dos filhos, passa a admitir, de forma expressa, duas distintas modalidades de guarda, inovando a sistemática até então regulada quando se refere à guarda unilateral e à guarda compartilhada.

Na guarda compartilhada, o privilégio e envolvimento é feito de maneira igualitária, uma vez que é conferida a ambos os pais as funções formativas e educativas dos filhos menores. Dessa maneira, busca-se reorganizar as relações entre os genitores e os filhos tendo em vista a nova dinâmica imposta pelo rompimento da convivência familiar.

Compartilhar é, pois dividir, logo o intuito da lei é propor um modelo de guarda em que os pais possam dividir o exercício do poder familiar como se junto estivessem em benefício do menor.

É a regra, por assim dizer, aplicada nos processos que envolvem a guarda. Isso porque, esta é encarada como medida que melhor preserva o interesse do menor, possibilitando que este conviva com ambos os pais, sendo que estes exerçam juntos as responsabilidades sobre os filhos.

Nesse sentido, Leite (2003, p. 282):

A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores.

Assim, defende-se que este modelo atenderia ao melhor interesse da criança, ao passo que a partilha se dá não só em relação às decisões referentes à vida dos filhos, ou mesmo a localização espacial da criança, mas em suma, do exercício efetivo e igualitário do poder familiar e da observância da manutenção dos laços do filho com ambos os genitores de maneira conjugada.

A lei não é capaz de adentrar na subjetividade que envolve a pessoa e suas reações após um rompimento amoroso, nem tão pouco se presta isso, seu papel aqui é garantidor dos direitos de todas as partes envolvidas.

A ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS FILHOS

Adiante, com a elucidação da Lei n.º 12.318/10 a qual dispõe sobre a alienação parental, que alude formas de alienação e determina possíveis penas para os alienadores, por exemplo: advertência, perda do poder familiar, multa, intervenção psicológica e alteração da guarda.

Assim, como uma forma de melhor focalizar a demanda em interrogação, sem que sejam determinados prejulgamentos a respeito das novas ramificações familiares ou de gênero, teremos como subtítulos: “Alienação Parental Como Violência e Questão Social”; “O que seria a ‘síndrome de alienação parental’”; e a “Previsão Legal de Alienação Parental: Lei 12.318/10.

A estrutura familiar patriarcal, centrada no pai provedor dos recursos materiais de sobrevivência e da mãe doméstica e educadora, dominou as culturas ocidentais por muitos séculos.

A mulher, como figura materna, estava confinada às atividades e obrigações do lar, sendo cuidadora dos filhos e do patriarca, sem possibilidade social de gerar recursos a partir de seu próprio trabalho.

A exceção ao trabalho feminino compreendia apenas as mulheres das classes sociais relegadas à pobreza, que precisavam trabalhar nas casas de outras famílias como forma de gerar renda extra para as necessidades da família.

No geral, porém, às mulheres cabia o papel reprodutivo e nutridor do afeto e da educação, aos homens cabia a função produtiva e a geração de toda ou maior parte da renda doméstica, com nítida divisão sexual do trabalho e dos papéis sociais (FARIAS, 2016).

Segundo Farias (2016), as coisas começaram a mudar com a chamada Segunda Revolução Industrial do século XIX, caracterizada pela crescente participação feminina nas atividades produtivas fora do lar, devido à necessidade capitalista de mão de obra de menor valor de mercado e sujeita a menores salários.

A partir de então, não apenas mulheres, mas crianças também, começaram a ser amplamente procuradas como investimento barato para as indústrias e fábricas, pois recebiam bem menos pelo mesmo tempo laboral devido à ideia de que eram “biologicamente indefesas” e rendiam mais em termos de mais-valia.

A partir dessa virada no século XIX, o capitalismo percebeu as vantagens de um modelo social que inserisse as mulheres no proletariado, como estratégia de maximização dos lucros.

Como resultado, a dinâmica familiar tem sofrido grandes mudanças, o que resultou na dupla jornada feminina (parte fora e parte dentro do lar). A máquina fatura introduziu mulheres e crianças na dinâmica fabril, fazendo a mortalidade infantil atingir índices alarmantes, seja pela ausência materna no lar, para garantia de cuidado e proteção, ou pelo labor direto em condições insalubres e perigosas (capazes de afetar permanentemente o desenvolvimento social, físico e intelectual dos infantes) (SOUZA, 2019).

No processo industrial em ascensão, logo se percebeu que o salário, dentre todos os custos, eram os mais sujeitos à redução, seja pela diminuição ou substituição da participação de trabalhadores qualificados e mais caros, seja pela competição entre a mão de obra humana e o trabalho da maquinaria, é o que afirma Santos (2012, p. 36):

Assim, mulheres e crianças se tornaram a resposta para as crescentes crises e as reduções nas taxas de lucro, no início da segunda fase da Revolução Industrial, e, posteriormente, também seriam usadas para balancear as quedas nos preços dos produtos resultante da crescente concorrência e da universalização da sistematização do processo produtivo. AS margens de

lucros passaram a depender mais e mais de mão de obra barata para serem mantidas.

Assim, é possível perceber que a evolução do capitalismo e a impregnação social de seus valores criou um grave problema social, devido à falta de políticas públicas para os operários em situação e fragilidade, constantemente assolados pelo empobrecimento, pela desigualdade e pôs uma série de problemas de saúde ligados ao excesso e às condições laborais.

Com o aprofundamento das contradições e dos conflitos entre proletariado em oposição à burguesia ou, de outra forma, capital em oposição ao trabalho, trabalhadores começaram a se organizar para resistir à falta de direitos e à exploração às quais estavam submetidos, principalmente a partir de 1848 (NETTO, 1992):

Ou seja, as questões sociais da atualidade remontam à segunda fase da Revolução Industrial e se caracterizam como um conjunto das expressões das desigualdades existentes na sociedade capitalista estabelecida, caracterizada por uma produção mais coletiva, pelo trabalho como algo amplamente social e por uma apropriação dos lucros gerados por uma parcela pequena de beneficiados sociais (IAMAMOTO, 1998, p.27).

A violência, nesse contexto, aparece como reflexo da questão social, com múltiplas faces e expressões, notadamente a partir das condições sociais que visam explorar o trabalho, oprimir e dominar os trabalhadores.

A violência que vitimiza mulheres e crianças é uma das faces da violência contemporânea. As mulheres, por exemplo, estão sujeitas a diferentes violências, seja física, sexual, moral psicológica ou patrimonial, como consta na Lei Maria da Penha.

Por conseguinte, a violência também permeia a família, por ser essa a instituição elementar da sociedade, reflexo dos seus valores e da sua estrutura hierárquica e relações de poder. Como efeito direto das relações sociais de domínio infiltradas na família temos a ideia do homem como “chefe”, “dono” e “senhor” das “suas mulheres” e crianças, tendo a violência um papel na dinâmica familiar em maior ou menor grau:

A violência é a sujeição do outro pela força ou ameaça, até o consentimento total de domínio pelo violentado que se sujeita, sendo a violência perfeita aquela que resulta em alienação tal do outro que passa a haver uma identificação de vontades entre o dominador e o submetido (CHAUI, 1985, p.37 apud PAVEZ; OLIVEIRA, 2002, p.85).

Crianças em ambientes familiares violentos não são percebidas como indivíduos dotados de direitos, com vontades particulares e uma história própria. Isso se constitui

na base para a violência psicológica, que visa, dentre outras coisas, controlar as ações e isolar as crianças sujeitadas. A alienação parental se insere nesse contexto, pois se trata da tentativa de um dos responsáveis pela criança em manipulá-la para que ela desenvolva ou apresente desafeto pelo outro responsável (pai ou mãe), após o processo de separação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças sociais e culturais demandam atualização periódica do Direito de Família. Porém, longe de resolver permanentemente as demandas novas oriundas dos rearranjos familiares, novos problemas sempre se apresentam, em permanente desafio aos operadores do direito na seara sócio jurídica. A Alienação Parental, de certa forma, resulta de um novo entendimento jurídico que permite aos cônjuges a escolha de continuar ou não na instituição do casamento, depois de muitas décadas de luta pela igualdade.

O direito à não permanência no casamento trouxe consigo a divisão das responsabilidades com os filhos. As Instituições e os profissionais diretamente envolvidos entendem a Alienação Parental como uma prática de graves consequências à criança e ao adolescente, mais ou menos, que, não raro, se arrastam até a vida adulta, devido à profundidade do trauma que pode ser deixado pelo alienador.

A Alienação Parental pode chegar ao nível de promover denúncias falsas de abusos físicos ou sexuais, muitas vezes com a ajuda da criança suscetível, que acaba criando fantasias e memórias falsas. Por isso, é imperiosa a plena formação de profissões especialistas nessas situações, para ajudar as vítimas e o Poder Judiciário no esclarecimento criterioso dos fatos.

Muitos profissionais e alienados desconhecem o termo “Alienação Parental” e não têm ideia de como essa prática se opera e destrói vidas e relações. Por isso, esse tema precisa mais amplamente estudado e discutido no debate público, para que seja possível minimizar as suas consequências e ocorrências. A Alienação Parental tem sua solução na reeducação dos envolvidos e na mudança de perspectiva do próprio alienador. A judicialização deve ser usada como ferramenta reestabelecadora de direitos, e não como solução para conflitos emocionais e sociais profundos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2106, 7 abr. 2009, p. 240. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12592>>. Acesso em: 7 junho 2021.

BRASIL. Constituição (1988): **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/atividade/const/constituicao-federal.asp>>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

BRASIL. **Lei 10.406 (Código Civil)**, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 18 junho 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 50 v. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Maria Luana Alves dos Santos. 2016. **A intervenção dos assistentes sociais da área sócio jurídica frente a alienação parental em Natal/RN**. Trabalho de Conclusão de Curso em Serviço Social. Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), RN, Brasil.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. São Paulo: RT, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. **“Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”**. In: Guarda Compartilhada. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.

CAPÍTULO 6

A SEGURANÇA JURÍDICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS E SEUS BENEFÍCIOS EM RELAÇÃO A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

THE LEGAL SECURITY OF THE REAL ESTATE REGISTRY AND ITS BENEFITS IN RELATION TO REAL ESTATE PROPERTY

*Leila Lima de Moura*²⁰
*Anderson Rocha Rodrigues*²¹

Resumo: O presente trabalho tem como tema a segurança jurídica do registro de imóveis e benefícios para proteção de propriedade. O estudo teve como objetivo analisar a segurança jurídica do registro de imóveis em aspectos legais e doutrinários. Para entender a segurança jurídica registro de imóveis, selecionamos os principais princípios que regem o Registro de Imóveis quanto; aos requisitos para o registro e os efeitos resultantes do mesmo. Realizamos também, uma análise em torno dos atributos da propriedade imobiliária e discutimos alguns cuidados especiais que devem ser observados nas transações de compra e venda de imóveis. De forma inevitável foi abordado ainda, os efeitos prejudiciais resultantes do não registro. Para a demonstração da importância do Registro de Imóveis, serão apresentadas neste trabalho leis, jurisprudências e pesquisa bibliográfica apontando os benefícios que o ingresso no fólio real traz aos titulares dos imóveis.

Palavras-Chave: Registro de Imóveis; Propriedade; Direito Imobiliário.

Abstract: The present work has as its theme the Legal Security of the Property Registry and benefits for property protection. The study aimed to analyze the legal security of the Real Estate Registry in legal and doctrinal aspects. We delimited the theme by selecting fifteen principles relevant to real estate law, which govern the Real Estate Registry and the registration acts. We also carried out a descriptive analysis of the historical context of Real Estate Law in our country. To demonstrate the importance of registration, laws, jurisprudence and bibliographical research will be presented pointing out the benefits that the entry in the royal folio brings to real estate.

Keywords: Property Registration; Property; Legal Security.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade estudar a segurança jurídica do registro de imóveis e seus benefícios em relação a propriedade imobiliária. Dentre a vasta

20 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Estado de Mato Grosso, Brasil. E-mail: leila.lima@unemat.br.

21 Mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, RJ. Professor de Crime e Sociedade, Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Miguel Pereira. Professor contrato temporário na UNEMT. E-mail: profandersonrocharodrigues@gmail.com

dimensão deste tema, delimitamos o estudo em entender os aspectos históricos e conceituas em relação ao registro de imóveis e seus princípios norteadores.

Procuramos também entender, como funciona a segurança jurídica dos atos registrais, os atributos da propriedade imobiliária, os cuidados especiais nas relações de compra venda de imóveis e os efeitos prejudiciais resultantes do não registro, para que assim possamos entender de que maneira se adquire a segurança jurídica da propriedade imobiliária.

A escolha pelo tema se justifica pela sua relevância, pois a segurança jurídica do registro de imóveis garante o direito à propriedade, e oferece confiabilidade e segurança jurídica ao proprietário para que esse possa, usar, gozar, dispor e reavê-la do poder de quem injustamente a possuir, podendo inclusive aliená-lo ou até mesmo gravá-lo de ônus.

Neste contexto, consideramos que o presente estudo se mostra pertinente para a área do Direito, na medida em que pode subsidiar futuras pesquisas acadêmicas. De igual modo, se mostra um instrumento esclarecedor para os titulares de imóveis, que desejam adquirir a segurança jurídica da propriedade imobiliária, pois devido à complexidade e importância do tema é fundamental entender e se precaver dos riscos que envolve uma negociação imobiliária.

A partir da delimitação do tema, temos como hipótese que, somente através do registro público se garante a segurança jurídica da propriedade imobiliária, isso porque, a simples manifestação da vontade das partes através de instrumento público ou particular, não gera segurança jurídica sobre o imóvel, e sim transações imobiliárias vulneráveis. Dessa forma o registro de imóvel é indispensável em uma transação imobiliária segura, pois apenas com a realização do registro que se obtém o direito real sobre o imóvel.

Para perseguir a hipótese acima apresentada, traçamos como objetivo geral analisar a segurança jurídica do registro de imóveis em aspectos legais e doutrinários, e como objetivos específicos analisar a evolução histórica do registro de imóveis no Brasil e seu conceito, discorrer sobre os princípios norteadores do direito registral imobiliário, e analisar a segurança jurídica do direito imobiliário nas relações de compra e venda de imóveis.

A metodologia utilizada é de uma pesquisa qualitativa, em que utilizamos como procedimentos metodológicos revisão bibliográfica por meios de artigos científicos publicados em revistas e periódicos científicos, doutrinas, legislações jurisprudências, revistas jurídicas especializadas, dados instituídos e outras fontes acerca do tema exposto.

No primeiro tópico, vamos descrever a história do registro imobiliário no Brasil, abordando seus principais momentos históricos. Neste tópico também abordaremos o conceito do direito registral imobiliário e sua finalidade.

No segundo tópico, vamos descrever os princípios norteadores do Direito Imobiliário, a relação dos requisitos para registro e também os princípios quanto os efeitos do registro, destacando sua relevância para a segurança jurídica nas relações imobiliárias.

E por fim, no último tópico, vamos apresentar uma breve discussão em torno dos atributos da propriedade imobiliária. e discorrer sobre os cuidados especiais na compra e venda de imóveis e os efeitos prejudiciais resultantes do não registro do título.

REGISTRO IMOBILIÁRIO NO BRASIL

O sistema registral imobiliário brasileiro adquiriu cada vez mais importância nos diversos negócios imobiliários, devido à grande abrangência dos seus efeitos. A precisão do registro imobiliário no mundo dos negócios é vital para que nele existam, de forma irrepreensível, segurança e confiabilidade, são verdadeiros pilares que hão de sustentá-lo. Sem essas bases sólidas, os negócios imobiliários, via de regra vultosos, estariam sujeitos a fraudes e prejuízos (FIORANELLI, 2001, p. 38).

Dito isto, nesse tópico abordaremos os principais momentos históricos do registro de imóveis no Brasil, para que seja possível compreender os desafios encontrados pelo registro imobiliário, em zelar pela segurança jurídica da propriedade até os dias atuais. Além disso, será abordado o conceito do direito registral imobiliário.

CONTEXTO HISTÓRICO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

A história do direito registral no Brasil, começou com a chegada dos portugueses em terras brasileiras, ocasião em que todas as terras brasileiras passaram a pertencer a

coroa portuguesa. Com esse poder em mãos o rei de Portugal dividiu o território em capitâneas (SARMENTO, 2017, p. 247).

A primeira maneira de aquisição de propriedade no Brasil foi por meio de doação de terras pertencentes ao domínio público, para o particular e do particular para outro, se assim o quisesse, a fim de que houvesse o cumprimento da função social da terra, nos conformes da coroa portuguesa. Contudo tal sistema denominado de sesmaria foi suspenso pela Resolução de 17 de julho de 1822. Assim com advento da Constituição Imperial de 1824, a propriedade passou a estar sob os cuidados constitucionais, conseqüentemente, baseada em princípios (DINIZ, 2014, p.15).

Após esse episódio, foi sancionada Lei orçamentária nº 317 de 1843, que criou o primeiro registro de hipotecas, cujo o objetivo era resguardar o crédito e impulsionar o sistema financeiro da época, e para se precaver de eventuais prejuízos, a terra passou a ser instrumento de garantia para os credores. Entretanto, esse regime não prevaleceu por lhe faltarem os requisitos de especialidade e publicidade. Contudo deixou seu marco, que posteriormente deu início a formação do registro de imóveis no Brasil (DINIZ, 2014, p. 16).

Ainda de acordo com a referida a autora Diniz (2014), foi introduzida no Brasil a Nº Lei 601, de 1850 a chamada Lei de Terras. A referida lei deu um passo significativo, discriminando os bens do domínio público dos do particular, criando um registro paroquial de todas as terras possuídas no Império. Assim aqueles que não fizessem o registro do vigário no livro da paroquial, perderiam o direito sobre ela (DINIZ, 2014, p. 17).

Contudo as legislações, que até então norteavam direito registral imobiliário eram parciais e limitadas, uma vez que esse sistema estava com os olhares voltados, apenas, para forma de transmissão de propriedade por atos entre vivos a cujo o principal interesse era constituir ônus sobre a eles.

Diante o exposto, houve a necessidade de implementar novas diretrizes que pudessem colocar em ordem as transações imobiliárias e atender os interesses populacionais em relação aos imóveis. Desta forma resultou em um sistema de registro de imóveis no qual possuímos hoje, que se mostra seguro e eficaz, atendendo com perfeição os interesses da coletividade.

ASPECTOS CONCEITUAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS

O registro de imóveis possui diversas ramificações, na Constituição Federal de 1988, no Código civil e em outras leis esparsas. No entanto o seu fundamentando, se encontra na lei de registros públicos nº 6.015 de 1973 e lei 8.935 de 1994, que direciona e orienta toda atividade cartorária. Sobre o que vem a ser o registro de imóveis o artigo 1º da lei 8.935 de 1994 por seu turno, define como uma organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Conforme o autor Loureiro (2017) o registro de imóveis pode ser entendido como uma instituição competente encarregada de proteger a propriedade imobiliária no folio real, com o objetivo de garantir maior segurança jurídica aos cidadãos, exteriorizando á terceiro interessado, a verdadeira situação jurídica do imóvel. Constituindo um porto seguro nas relações imobiliária, pois é partir dele que é possível lograr de estabilidade, paz e confiança dissipando angústias temores em suas relações (LOUREIRO, 2017, p. 18).

Ora, em tese, o registro de imóveis vai muito além de que o um mero cadastro de imóveis. Certamente, se trata, por exemplo, de um elo, que liga o proprietário com a terra, para que com ela, ele possa ter a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Diante do exposto, não nos restam dúvidas que o direito registral imobiliário, é uma instituição atribuída pelo poder, dirigida por normas e fundamentos próprios, que regem a atividade cartorária, bem como todo ritual do sistema registral. É o meio pelo o qual o proprietário se senti seguro, para concretizar o direito à propriedade, pois a finalidade do registro e garantir autenticidade, segurança e eficácia em todos os seus atos.

OS PRINCÍPIOS DO REGISTRO IMOBILIÁRIO E SUA RELEVÂNCIA

A atividade cartorária, sob a responsabilidade dos officias registradores, estão incumbidos de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, através de seus atos dotado de fé pública. E a melhor maneira de se fazer é se basear nos princípios biliares que sustentam toda essa atividade. Os princípios registraís,

dão formato e as condições de operacionalidade de todo o sistema registral, para que o direito de propriedade seja garantido em sua melhor expressão e preservado quando ameaçado (SALLES, 2017, p. 77).

E, Portanto, para reforçar a importância dos princípios no ordenamento no ordenamento jurídico, o autor Reale (2003), colabora com uma perfeita definição dos mesmos:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional (REALE, 2003, p. 37)

Conforme verificado, os princípios informam, orientam e inspiram regras gerais. Diante da importância que eles representam, nestes tópicos estudaremos os princípios que devem ser observados na avaliação do título antes que os mesmos possam ser registrados.

PRINCÍPIOS REGISTRAIS EM RELAÇÃO AOS REQUISITOS

O sistema registral imobiliário, assim como outros ramos do direito, possui princípios norteadores para efeitos de aplicação antes qualquer ato registral. Desta forma, vamos iniciar nossos estudos pelo princípio da Legalidade.

A legalidade é aquele princípio que impõe ao registrador examinar a observância das normas e dos princípios que incidem em um determinado negócio jurídico. O ingresso no folio real dependerá da análise do título podendo ser positiva ou negativa (FILHO, 2017, p. 71).

Conforme explicado acima se a análise for positiva, o título ingressa no fôlio real. Se for negativa o registrador deverá formular nos termos do artigo 198 da Lei de Registros Públicos (LRP), nota de devolução, explicando as razões do não registro, a fim de que o interessado possa cumprir as exigências ou se for o caso a devolução definitiva do título caso possua vícios insanáveis.

Arelado a esse princípio temos o princípio da Disponibilidade. Este princípio nada mais é de que ninguém poderá transferir mais direitos do que os constituídos no registro de imóveis. Dessa forma para a perfeita aferição da disponibilidade de um imóvel, ele não pode estar indisponível. O direito de dispor pode tanto significar a

faculdade de transferir o imóvel para terceiro ou de gravá-lo com algum ônus real oferecendo-o em garantia hipotecária (AUGUSTO, 2017, p. 225).

Tão importante quanto o princípio da disponibilidade, temos o princípio da Continuidade. Tal princípio preconiza um encadeamento entre os assentamentos registrais. Segundo o autor Filho (2017) " Para o lançamento de um ato, é necessário que haja um registro anterior a ele relacionado, de tal maneira que “a série de títulos inscritos produza uma ‘genealogia de titulares” (FILHO, 2017, p. 71).

Outro princípio importante que é um diferencial no registro imobiliário previsto no artigo 176 LRP, é o princípio da Especialidade, que visando fornecer maior segurança quanto a identificação do imóvel e a titularidade de seus proprietários se dividem em duas vertentes: Especialidade subjetiva e Especialidade objetiva.

Além dos princípios acima citados, temos o princípio da Territorialidade, tal princípio diz respeito a competência da circunscrição que a serventia abrange. O artigo 169 LRP reafirma que o registro de imóveis somente será efetuado no território imobiliário em que se encontrar localizado o imóvel.

Neste sentido Silva (2021) complementa:

É uma norma mestra do sistema sem a qual não teria viabilidade prática o registro imobiliário, porquanto deve haver uma aderência geográfica entre a serventia e o seu território. A proximidade física como objeto de seu trabalho (os imóveis) possibilita o efetivo acesso dos interessados ao folio real em busca dos seus serviços e, em particular das informações imobiliário. Dessa forma cada serventia tem competência para atuar em uma específica área denominada circunscrição imobiliária. A situação imobiliária do imóvel indica o cartório responsável sendo essa regra crucial para confiabilidade e segurança registral (SILVA, 2021, p. 52).

Como observado, tal princípio dispõe, sobre delimitação da atuação do registrador imobiliário, e na mediada que delimita a competência do registrador, desempenha papel fundamental na efetivação da publicidade registral. Assim para que as pessoas possam obter informações a respeito de determinado imóvel, é necessário saber onde encontrá-las. Se o registro pudesse ser realizado em qualquer serventia, seria inviável tornar efetiva a publicidade.

Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios discutidos neste tópico, são os caminhos percorridos pelo registrador imobiliário para uma perfeita qualificação registral.

OS PRINCÍPIOS REGISTRALIS EM RELAÇÃO AOS EFEITOS

Além dos princípios acima citados, existem também os princípios posteriores ao registro, que dizem respeito aos efeitos produzidos após a inscrição do título no cartório de registro de imóveis são eles: Publicidade, Prioridade e princípio Fé Pública registral ou da presunção. São princípios que irão dar vidas aos atos registrais e fazer surgir a concretização dos direitos reais do titular.

O princípio da publicidade, no âmbito registral imobiliário, é aquele responsável por tornar público todos os atos e direitos inscritos nas serventias imobiliários. Este princípio, permite nos termos do artigo 16 da LRP, que as informações guardadas no folio real ficam acessíveis a qualquer cidadão mediante uma simples solicitação de certidão.

A publicidade carrega consigo a eficácia erga omnes. Por possuir esta característica, nenhum indivíduo poder arguir desconhecimento do ato registral, pois no momento que um determinado ato passa existir nos livros das serventias, existem também uma presunção de que toda coletividade tem ciência do mesmo (FILHO, 2017, p. 85).

Com relação ao princípio da Prioridade, podemos considerar com uns dos mais importantes na esfera do registral, está previsto no artigo 186 de LRP e também no artigo 1.246 do código civil. Como próprio nome diz, este princípio, dispõe e defende, sobre a preferência de registro nas serventias imobiliárias.

E, por fim, e não menos importante, o registro de imóveis em sua grande complexidade, também é composto pelo princípio da Fé Pública Registral ou melhor dizendo Princípio da Presunção. O princípio em questão é uma forma de presumir que um ato ou um documento está conforme os padrões legais, permitindo que as partes tenham segurança quanto a sua validade (GONÇALVES, 2021, p. 284).

A SEGURANÇA JURÍDICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS EM RELAÇÃO A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NAS RELAÇÕES DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS

O direito de propriedade é formado a partir de um fenômeno social político econômico, consagrado constitucionalmente como um dos direitos fundamentais da

pessoa humana, que deve ser exercido por seu titular cumprindo a função social da propriedade. O direito de propriedade dignifica o homem e lhe confere estabilidade e segurança, pois na medida em que realiza seus desejos, resguarda os de suas necessidades (PATAH, 2018, p. 87).

Dessa forma, para cumprir os objetivos do nosso trabalho vamos nos concentrar em descrever neste tópico, um breve conceito referente os atributos da propriedade imobiliária, pois não se tem a intenção de esmiuçar a propriedade em todas suas vertentes, e sim evidenciar seus atributos. Por último vamos apontar os cuidados especiais que devem ser observados na compra e venda de imóveis e também os efeitos prejudiciais resultantes do não registro.

A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E SEUS ATRIBUTOS

A propriedade imobiliária, é um dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, garantido magnificamente no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal. Tamanha é sua importância e complexidade que o poder público optou por designar os cartórios de registro de imóveis para que pudessem cuidar dessa questão garantido na prática que esses direitos de fatos estariam seguros.

Na tentativa de explicar o conceito do direito real de propriedade, o autor Gonçalves (2019), buscou embasamento na lei, o autor deixa claro, que a legislação brasileira não traz um conceito específico de propriedade. No entanto a lei faz menção aos atributos de que se beneficia um proprietário. Localizado no artigo 1.228 do Código Civil o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (GONCALVES, 2021, p. 31).

Diante da magnitude que representa os atributos da propriedade imobiliária o autor Junior (2019) exemplifica:

O uso nada mais é que a faculdade do titular de servir-se da coisa, ou seja, a aplicação de sua destinação natural. A fruição (ou gozo) representa a possibilidade de o titular extrair os frutos naturais e civis do objeto, como, por exemplo, os aluguéis dos imóveis. A disposição significa o direito de o titular transferir ou alienar o bem, inclusive o direito de consumir, dividir ou gravar o bem. A reivindicação, último atributo da propriedade, é a faculdade de retomar o bem de quem quer que injustamente o possua ou detenha.” (JUNIOR, 2019, p. 42).

Desta Forma, concluímos que a propriedade imobiliária propriedade é a plenitude do Direito do homem sobre as coisas e carece de ser registradas. Primeiro, porque é necessário cumprir as formalidades e a garantir segurança jurídica dos proprietários. Depois, porque ficou óbvio que a propriedade imobiliária somente se adquire com registro o do título. Por todas essas razões que reafirmamos que é a propriedade é o instituto base do sistema registral cujo o objetivo primordial é dar vida aos direitos reais para que o proprietário possa usufruir de seus direitos.

OS CUIDADOS ESPECIAIS NA COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS E OS EFEITOS PREJUDICAIS RESULTANTES DO NÃO REGISTRO

Antes de fechar qualquer acordo de compra e venda de imóveis, o primeiro passo que deve ser tomado, é a solicitação da certidão do imóvel. Após a posse da certidão é possível analisar a matrícula e cada um dos registros e averbações de modo a se conhecer a história do imóvel, assim como sua situação atual, permitindo evitar vários problemas na aquisição da propriedade (SILVA, 2020, p. 174).

De acordo com o autor Junior (2020):

Enquanto o registro não é levado a efeito, nada impede que o titular do imóvel transfira esse direito a outrem, vez que poderá extrair uma cópia da matrícula onde ainda consta como proprietário. Se alguém adquirir o imóvel desse vendedor, a par do estelionato por ele praticado, adquirirá validamente da propriedade com o registro, ainda que a escritura seja posterior. Demais disso, sem o registro, um credor do vendedor, por dívida posterior à aquisição, pode penhorar o imóvel que ainda permanece em seu nome (JUNIOR, 2020, p. 854).

Conforme citado acima pode-se dizer que as perdas com falta de regularização dos imóveis são enormes. Neste contexto, fica claro que acarreta enormes prejuízos econômicos, ao abrir caminho para a sonegação fiscal, com isso a União, estados e municípios deixem de arrecadar muitos tributos. O mais preocupante, contudo, é constatar, que esse desequilíbrio, também provoca perdas ao sistema financeiro, já que, sem o documento legalizado, não são devidamente valorizados e os proprietários não podem oferecer os imóveis em garantia de financiamentos e conseqüentemente deixam de lucrar.

Exatamente por isso, que o ideal é se precaver de eventuais problemas futuros, ao formalizar uma aquisição de propriedade imobiliária o título deve ser levado para o

Registrado o mais rápido possível. Todavia, se o comprador vier sofrendo as consequências resultantes do não registro, poderá o mesmo demandar judicialmente pela evicção. Pois apesar, do contrato de compra e venda (contrato de gaveta) não constituir reais, é importante considerar que existem entre eles o direito obrigacional. No entanto vale ressaltar nem todos casos é passível de indenização (AUGUSTO, 2017, p. 286).

Desta fica evidente, a complexidade que se mostra os negócios jurídicos imobiliários. Essas fontes revelam, que para realizar negócios seguros sem surpresas desagradáveis, é necessário se basear no que a certidão dos imóveis pode mostrar. Vê-se, pois, que essa atitude desempenha um papel importantíssimo para o exercício do direito à propriedade garantindo e protegendo esses direitos reais e sobretudo contra terceiros de má fé.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou compreender a segurança jurídica do registro de imóveis em relação a propriedade imobiliária, discorrendo de forma inevitável, sobre os aspectos histórico, conceitual, a segurança jurídica dos atos registrais e também a elucidação dos principais princípios norteadores do direito registral. De igual modo permitiu conhecer os atributos da propriedade imobiliária e analisar os cuidados especiais em uma relação de compra e venda bem como entender os efeitos prejudiciais resultantes do não registro.

No primeiro tópico foi abordado sobre a evolução histórica do direito registral brasileiro, o que indicou que os primeiros passos do registro de imóveis no Brasil se deram com a chegada do Rei de Portugal em terras brasileiras. Ainda no tópico inicial foi abordado o conceito do registro imobiliário, ficando evidente que o registro de imóveis consiste em uma instituição pública exercido em caráter privado por delegação do poder público. Onde o estado como o responsável pela segurança jurídica, criou a instituição e atribuiu por força de lei as suas competências e suas respectivas finalidade para garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos envolvendo imóveis.

No segundo tópico foi realizado um estudo em torno dos principais princípios registrais, quanto aos requisitos para realização do registro bem como seus efeitos, além

disso foi abordado a segurança jurídica dos atos registrais. Ficando claro, que os princípios buscam conferir ao cidadão estabilidade jurídica dos atos registrarias, não podendo ser desprezados, pois a violação de um princípio registral pode levar a invalidade do ato além de ferir a credibilidade dos registros e segurança do serviço imobiliário.

No terceiro tópico e o último, o estudo nos oportunizou conhecer os atributos da propriedade imobiliária e a forma da constituição da mesma. Diante da magnitude desse direito o estudo mostrou os cuidados especiais que devem ser observados nas relações de compra e venda de imóveis e alertou sobre os efeitos prejudiciais resultantes do não registro do título.

Desta forma, podemos afirmar, que Registro de Imóveis possui grande relevância para o ordenamento jurídico, pois na medida que garante o direito à propriedade ele também garante a confiabilidade e a segurança jurídica ao proprietário para que esse possa: usar, gozar, dispor e reavê-la do poder de quem injustamente a possuir, podendo inclusive aliená-lo ou até mesmo gravá-lo de ônus.

Diante do exposto, a pesquisa mostrou se pertinente pois proporcionou conhecimento pessoal e acadêmico, além de se mostrar um instrumento esclarecedor para os titulares de imóveis, que desejam adquirir a segurança jurídica da propriedade imobiliária, pois devido à complexidade e importância do tema é fundamental entender e se precaver dos riscos que envolve uma negociação imobiliária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGUSTO, Eduardo. Agostinho. A. **Série direito registral e notarial: Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática, 1ª edição.** Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181045/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Lei de Registros Públicos.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis** / Maria Helena Diniz. – 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento. **Direito registral imobiliário: teoria geral, de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.456/2017** / Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho – Curitiba: Juruá, 2017.

FIORANELLI, Ademar. **Direito Registral Imobiliário**. Sergio Antônio Fabris Editor – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, Porto Alegre, 2001.

GONÇALVES, Carlos. R. **Direito civil brasileiro v 5 - direito das coisas**. Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615971/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. **Direito Imobiliário - Teoria e Prática**. Grupo GEN, 2020. 9788530992576. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992576/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

LOUREIRO, Luiz Guilherme **Registros públicos: teoria e prática**/ Luiz Guilherme Loureiro. - 8. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. **Breves considerações sobre a multipropriedade imobiliária**. Revista Pensamento Jurídico, v. 15, n. 1.

OLIVEIRA, Felipe Gabriel de et al. **Segurança jurídica do registro de imóveis: benefícios da atuação do registrador de imóveis na consolidação de direitos reais e da publicidade**. 2018.

PATAH, Priscila Alves. **Direito registral: retificação administrativa de área de imóvel rural**./ Priscila Alves Patah. / Curitiba: Juruá, 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALLES, Venício. **Direito registral imobiliário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

SERRA, M.H.; GUERRA.M. **Registro de imóveis**. Ucrânia, Editora Foco, 2020.

SILVA, Antônio Fernando Schenkel do Amaral e. **Registro de Imóveis e Meio Ambiente: princípios e interações em prol da sustentabilidade**. Ucrânia, Alteridade Editora, 2021.

CAPÍTULO 7

A EFETIVIDADE DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC) DE ALTO ARAGUAIA/MT

THE EFFECTIVENESS OF THE JUDICIAL CENTER FOR CONFLICT RESOLUTION AND CITIZENSHIP (CEJUSC) OF ALTO ARAGUAIA/MT

*Maria Madalena Cardoso Macedo Gomes*²²
*Stefânia Fraga Mendes*²³

Resumo: O Código de Processo Civil, em seu artigo 3º incentiva a conciliação e a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos com a finalidade de tornar os processos mais econômicos, céleres e efetivos. Dessa forma, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em seu art. 8º, estipulou que os Tribunais criassem os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou CEJUSC), nas unidades do Poder Judiciário, para realização de audiências de conciliação e mediação, além de orientação ao cidadão. Assim, em Alto Araguaia, o CEJUSC foi criado com tal finalidade, garantindo a população do município mais rapidez na resolução de seus conflitos e diminuindo os processos do Poder Judiciário. Diante de tal situação, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar a efetividade do instituto da conciliação processual no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Alto Araguaia – MT. Tem-se como objetivos específicos: identificar a demanda de audiências de conciliação processuais, verificar se as audiências realizadas estão tendo ou não acordo e descrever a quantidade de processos encaminhados para as audiências de conciliação processual. Para tanto, será realizada a análise de interpretação de dados a partir do método indutivo, a partir de uma pesquisa exploratória e descritiva por meio de procedimentos técnicos de estudo de caso institucional. Busca-se evidenciar se o CEJUSC tem atuado de forma eficaz, realizando audiências com números expressivos de acordos e garantindo aos cidadãos o efetivo acesso à justiça.

Palavras-Chave: Conciliação. Judiciário. Cejusc. Alto Araguaia.

Abstract: The article 3 of the Civil Procedure Code encourages conciliation and mediation and other methods of consensual conflict resolution in order to make processes more economical, quick and effective. Thus, Resolution No. 125 of the National Council of Justice - CNJ, in its art. 8, stipulated that the Courts create the Judiciary Centers for the Solution of Conflicts and Citizenship (Centres or CEJUSC), in the units of the Judiciary, to carry out conciliation and mediation hearings, in addition to providing guidance to citizens. Thus, in Alto Araguaia, the CEJUSC was created for this purpose, ensuring the population of the municipality faster in resolving their conflicts and reducing the processes of the Judiciary. Faced with this situation, this paper aims to analyze the effectiveness of the institute of procedural conciliation in the Judiciary

22 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: madah_cardoso@hotmail.com

23 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso. Advogado e membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). E-mail: Leonardo.amorim@unemat.br.

Center for Conflict Resolution and Citizenship of Alto Araguaia - MT. The specific objectives are to identify the demand for procedural conciliation hearings, verifying whether the hearings held are having an agreement or not, and describing the number of cases forwarded to the procedural conciliation hearings. Therefore, the analysis of data interpretation will be performed using the inductive method, from an exploratory and descriptive research through technical procedures of institutional case study. It seeks to show whether CEJUSC has acted effectively, holding hearings with significant numbers of agreements and guaranteeing citizens effective access to justice.

Keywords: Conciliation. Judiciary. Cejusc. Alto Araguaia.

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, na qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, deu um importante passo para o fortalecimento, a divulgação e a ampliação dos meios alternativos de resolução de conflitos, tendo o atual Código de Processo Civil especial destaque no que tange à conciliação e a mediação.

Em relação ao estímulo aos métodos de solução consensual de conflitos, o atual Código de Processo Civil, em seu artigo § 3º está expresso que: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. De acordo com a Resolução nº 125 em seu Art. 8º:

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (RESOLUÇÃO Nº. 125/2010, 2010, p. 03).

E o atual Código de Processo Civil em seu art. 165 também dispõe sobre a criação dos centros judiciários, *in verbis*: “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

Por meio da Portaria nº. 013/2014 – NPMSCS – PRES, de 25 de setembro de 2014, em seu art. 1º foi instalado o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Alto Araguaia, nas dependências do Fórum Desembargador Otair da Cruz Bandeira, situado na Rua Onildo Taveira n. 143, Bairro Aeroporto, a partir desta data. E desde então realizam sessões de mediação e de conciliações atendendo um considerável número de ações pré- processuais e processuais.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a efetividade do instituto da conciliação processual no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Alto Araguaia – MT. Já como objetivos específicos busca-se identificar a demanda de audiências de conciliação processuais, verificar se as audiências realizadas estão tendo ou não acordo e, ainda, descrever a quantidade de processos encaminhados para as audiências de conciliação processual

E as hipóteses levantadas são: O CEJUSC está sendo efetivo e a maioria das conciliações processuais estão resultando em acordos? A atuação do CEJUSC tem resultado em maior celeridade processual e diminuído o número de processos no Município?

Dessa forma, o presente trabalho justifica-se pela necessidade de investigar as contribuições do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania no contexto do município de Alto Araguaia – MT em especial analisar a efetividade do mesmo para a sociedade.

Os procedimentos técnicos adotados na pesquisa foram o estudo de caso institucional com levantamento documental das decisões judiciais, o primeiro pode ser considerado como estudo de uma instituição, uma unidade social, uma pessoa etc.

O estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real” adequado quando “as circunstâncias são complexas e podem mudar, quando as condições que dizem respeito não foram encontradas antes, quando as situações são altamente politizadas e onde existem muitos interessados”. (YIN, 2005, p.32)

Dessa forma, foi feita a análise documental dos relatórios mensais enviados ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, bem como o estudo de campo *in loco* no CEJUSC.

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Costumam-se chamar de “meios alternativos de resolução de conflitos” a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution – ADR*). Também são denominadas de “meios alternativos de resolução de controvérsias” – MASCs ou “meios extrajudiciais de resolução de controvérsias” – MESCs. Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam “alternativos”, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas.

Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal (CABRAL E CUNHA, 2016, p. 259).

O direito brasileiro, a partir da Res. CNJ 125/2010, da Lei 13.140/2015 (que dispõe sobre a mediação) e do Código de Processo Civil de 2015, caminha para a construção de um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o método ou técnica mais adequada para a solução do conflito.

O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado, não basta que se termine mais um processo; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado. (CABRAL E CUNHA, 2016, p. 259).

Enquanto a arbitragem e a justiça estatal são meios adjudicatórios de solução de disputas, realizando-se mediante heterocomposição, a mediação e a conciliação consistem em meios destinados à obtenção da autocomposição pelas partes em disputa. Ao lado da mediação e da conciliação, há também a negociação direta ou resolução colaborativa de litígios ou disputas, objeto do presente ensaio. Para que se possa tratar deste mecanismo, é preciso, antes, relembrar algumas normas aplicáveis à mediação e à conciliação.

A mediação e a conciliação não devem ser encaradas como medidas destinadas a desafogar o Poder Judiciário, mas como o melhor e mais adequado meio de resolução de disputas. Há disputas que são melhores e mais adequadamente resolvidas pela

mediação, enquanto há outras que se resolvem mais apropriadamente pela conciliação, sendo certo que há outras ainda que só se resolvem mais adequadamente pelo julgamento realizado por um juiz.

É relevante destacar que os métodos consensuais de resolução de conflitos, não analisa números de processos, mas busca uma humanização da justiça.

O conciliador deve analisar a questão, os interesses e os sentimentos e emoções envolvidos no conflito, buscando, além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes; restaurar, dentro dos limites possíveis, a relação social das partes; demorar suficientemente para que os interessados compreendam que o conciliador se importa com o caso e a solução encontrada; humanizar o processo de resolução de disputas; preservar a intimidade dos interessados sempre que possível; visar a uma solução construtiva para o conflito, com enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos; permitir que as partes sintam-se ouvidas e utilizar-se de técnicas multidisciplinares para permitir que se encontrem soluções satisfatórias no menor prazo possível” (AZEVEDO, 2015, p. 36).

O que demonstra a importância dos métodos consensuais de resolução de conflitos, pois segundo o relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça – (CNJ): “a cada ano, para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Some-se a este preocupante dado que se encontram pendentes cerca de 93 milhões de feitos”.

A CONCILIAÇÃO

A conciliação é um método de solução de conflitos em que o conciliador atua como um terceiro facilitador que conduzirá e estimulará as negociações entre os envolvidos no conflito, levando-os a chegarem em um acordo, podendo inclusive, propor sugestões e participar na geração de opções para esse acordo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a conciliação pode ser extrajudicial (também denominada extraprocessual), que ocorre antes do processo; ou judicial (também chamada de endoprocessual), que acontece no âmbito do Poder Judiciário, durante o andamento do processo.

[...] a conciliação pode ser extraprocessual ou endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma transação entre as partes, ou a submissão de um à pretensão do outro, ou a desistência da pretensão. Tratando-se de conciliação endoprocessual, pode-se chegar à mera desistência da ação, ou seja, revogação da demanda inicial para que o

processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2007, p. 34)

A conciliação extraprocessual visa solucionar pequenas causas. Entretanto, se não houver acordo, as partes podem encaminhar o conflito ao Poder Judiciário, instituindo a conciliação endoprocessual. Nesta fase, se não houver acordo, o processo segue para a apreciação e julgamento do juiz. Porém, de acordo com o Código de Processo Civil, o magistrado deve “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (art. 125, IV – CPC).

Nas palavras de Bacellar “(...) antes, durante e depois da instrução do processo e até mesmo posteriormente à sentença, em grau de recurso, possa o magistrado relator buscar o consenso entre as partes, que, uma vez alcançado, será submetido à homologação pelo colegiado” (BACELLAR, 2003, p. 79).

O conciliador judicial atua como auxiliar da justiça nas audiências de conciliação. Atuei como conciliadora judicial no CEJUSC de Alto Araguaia aproximadamente durante um ano e meio e durante esse período pude perceber que para uma experiência exitosa como conciliador é necessária uma preocupação com o jurisdicionado buscando melhoria contínua desenvolvendo habilidosamente as ferramentas e técnicas autocompositivas para aprimorar ainda mais sua prática.

Na conciliação, o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito (art. 165, § 2º). De acordo com Didier Jr. “o conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos”. (DIDIER JR., 2015, p. 276).

Em síntese, a conciliação consiste em um mecanismo consensual de conflitos sociais no qual as próprias partes buscam encontrar uma solução para seus conflitos. Os interessados contam com o auxílio de um terceiro, o conciliador, é de sua função apontar e sugerir possíveis soluções para o litígio, que estejam de acordo com as propostas apresentadas pelos envolvidos. Porém, cabe às partes aceitarem ou não as soluções apontadas pelo conciliador.

A MEDIAÇÃO

O termo mediação origina-se do latim *mediare*, que significa intervir, mediar. Consiste em um meio não-jurisdicional de solução de litígios.

[...] procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor a satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo. (SALES, 2007, p. 23).

A Lei n.º 13.140/2015 – Lei da Mediação, forneceu um conceito para mediação no art. 1º, parágrafo único: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Dessa forma, conclui-se que a mediação é um processo voluntário que oferece àqueles que estão vivenciando uma situação de conflito a oportunidade e o espaço adequados para conseguir buscar uma solução que atenda a todos os envolvidos.

Na mediação as partes expor seu pensamento e terão uma oportunidade de solucionar questões importantes de um modo cooperativo e construtivo. O objetivo da mediação é prestar assistência na obtenção de acordos, que poderá construir um modelo de conduta para futuras relações, num ambiente colaborativo em que as partes possam dialogar produtivamente sobre seus interesses e necessidades.

Ademais, é observado que o restabelecimento da comunicação e o fortalecimento de vínculo é vislumbrado pelas partes como mais importante do que meramente vencer o litígio.

A mediação pode ocorrer tanto no âmbito judicial como também extrajudicialmente. A mediação extrajudicial: ocorre quando as partes optam por tentar resolver o conflito por meio da mediação antes de ingressarem na via judicial. Por outro lado, a mediação judicial: é a que se dá após a ação já ter sido proposta, quando, então, as partes tentam um acordo facilitado pelo mediador.

É papel do mediador: auxiliar as partes a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios

mútuos; atuar preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes. E não propõe soluções para os litigantes.

CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC) DE ALTO ARAGUAIA – MT

Por meio da Portaria nº. 013/2014 – NPMCS – PRES, de 25 de setembro de 2014, em seu art. 1º foi instalado o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Alto Araguaia.

O Centro Judiciário funcionará no horário das 12:00 às 18:00 horas e seu funcionamento obedecerá aos procedimentos estabelecidos na Ordem de Serviço n. 001/2012 – NPMCS, de 11/06/2012 (DJE n. 8829, de 13/06/2012) e demais normas expedidas pelo Núcleo.

Quando foi instituído o CEJUSC, a época o Juiz de Direito e Coordenador do Fórum da Comarca de Alto Araguaia, era o Doutor Carlos Augusto Ferrari, que no uso de suas atribuições legais, e na forma da Lei, comunicou a toda população desta cidade de Alto Araguaia e circunvizinhas que o Fórum da Comarca de Alto Araguaia receberia até as 15:00 horas (MT) da 6ª feira (05/09/2014), inscrições de voluntários interessados em exercer as funções de conciliador/mediador no Centro de Solução de Conflitos e Cidadania, que seria inaugurado no dia 25/09/2014, no prédio do Fórum.

Comunicou ainda que nos dias 22 a 26 de setembro de 2014, das 08h00min às 12h00min e das 14h00min às 18h00min (horário de MT) os interessados pré-selecionados receberão “Capacitação em Técnicas de Conciliação/Mediação Judicial, conforme resolução nº 125/2010-CNJ”. Referida capacitação será ministrada por uma equipe técnica-profissional especializada do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Os interessados deveriam preencher o formulário, imprimir, assinar, digitalizar e enviá-lo no e-mail: alto.araguaia@tjmt.jus.br. Por meio da análise do “Relatório Mensal de Produtividade de Conciliadores e Mediadores” do mês de outubro de 2014, observa-se que nesse mês o CEJUSC de Alto Araguaia, iniciou de fato suas atividades e por meio da ampla divulgação para voluntários foram 19 conciliadores cadastrados. Em seu primeiro mês de atividades de 32 audiências realizadas 24 foram lavrados acordos.

ANÁLISE DOS DADOS DO CEJUSC DE ALTO ARAGUAIA/MT

Para que pudesse verificar os dados do CEJUSC de Alto Araguaia- MT foi necessária analisar os “Relatórios de Produtividade de Conciliadores e Mediadores” que são enviados mensalmente ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Neste relatório é descrito: total de audiências agendadas, total de audiências realizadas, desistência/ausência das partes e se teve ou não acordo.

Foram disponibilizados todos os relatórios o início das atividades do CEJUSC, ou seja, o período de outubro de 2014 até abril de 2021. É importante salientar que as tabelas e gráficos que serão apresentados no decorrer deste trabalho foram confeccionados pela autora diante dos dados disponibilizados nos relatórios mensais.

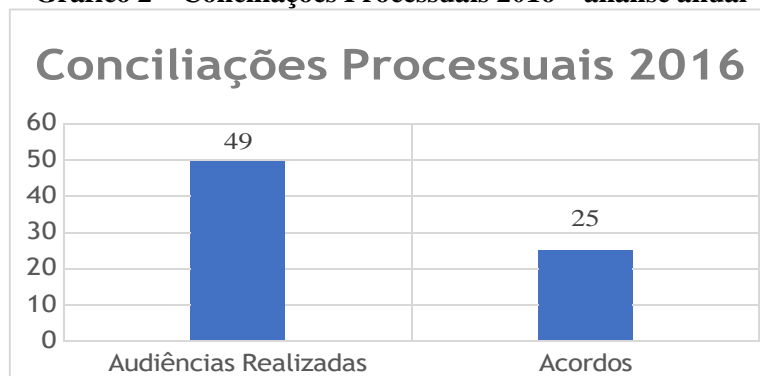
O objetivo do presente trabalho é analisar as conciliações processuais, ou seja, os processos tramitavam no Poder Judiciário e que por meio da conciliação foram solucionados. Dessa forma, é necessária a categorização entre conciliação pré-processual, processual e mediação. Os relatórios que não apresentavam tal distinção, inviabilizavam tal análise, com isso o período de outubro de 2014 até dezembro de 2015 e o ano de 2019, não será descrito nos dados pela ausência dessa descrição.

CONCILIAÇÃO PROCESSUAL (CEJUSC) DE ALTO ARAGUAIA/MT – ANO DE 2016

Em análise dos relatórios mensais de produtividade do CEJUSC Processual, constatamos que no ano de 2016 de 49 sessões realizadas foram lavrados o termo de 25 acordos, conforme gráfico 1, sendo registrado expressivo aumento no mês de agosto, quando da realização da Atuação Cidadã, evento que ocorreu no contexto da Semana Nacional de Conciliação.

Gráfico 1 – Conciliações Processuais 2016 – análise mensal²⁴

Observa-se que no ano de 2016, 50% das sessões de conciliação processual chegaram a um acordo, o que evidencia a importância desse instituto e a importância do protagonismo das partes, pois o conciliador atua como um terceiro facilitador que conduz e estimula as negociações.

Gráfico 2 – Conciliações Processuais 2016 – análise anual

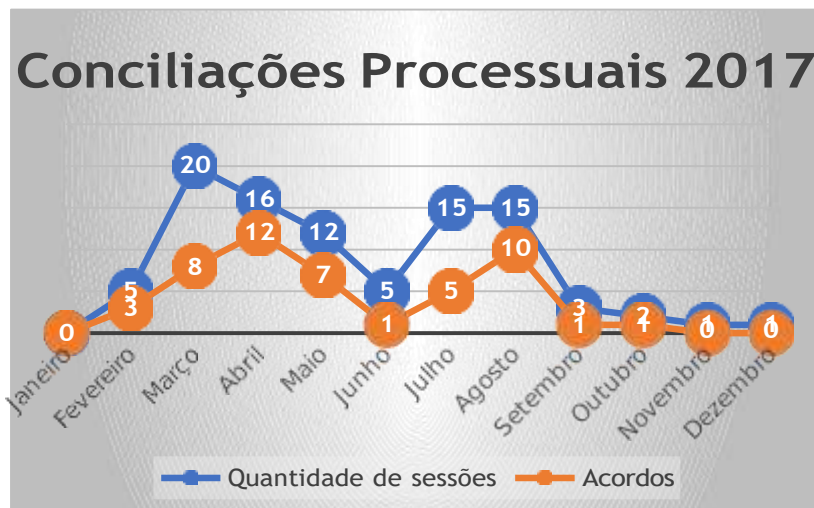
CONCILIAÇÃO PROCESSUAL (CEJUSC) DE ALTO ARAGUAIA/MT – ANO DE 2017

Em análise dos relatórios mensais de produtividade do CEJUSC Processual, observamos que no ano de 2017 de 95 sessões realizadas foram lavrados o termo de 48 acordos, com expressivo número nos meses de março e abril, diante da contratação de

²⁴ As tabelas e gráficos apresentados no trabalho foram confeccionados pela autora diante dos dados disponibilizados nos relatórios mensais.

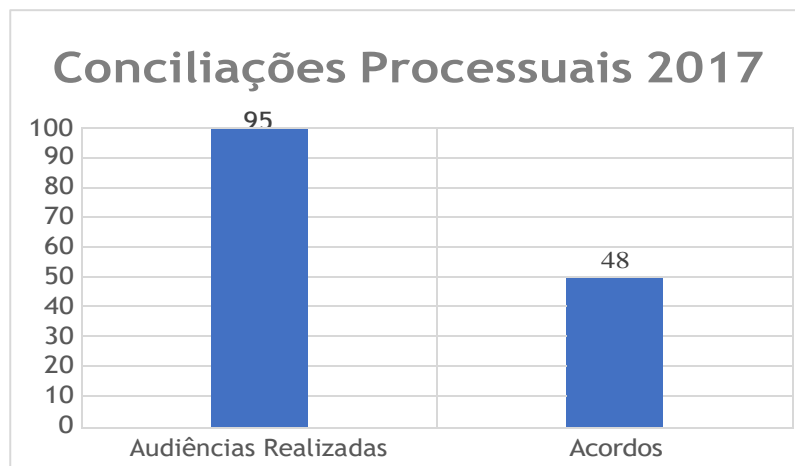
mais uma conciliadora, ampliando assim, o número de atendimentos. Os dados estão demonstrados no gráfico 3:

Gráfico 3 – Conciliações Processuais 2017 – análise mensal



Ou seja, também um percentual também acima 50% dos processos foram resolvidos, conforme gráfico 4.

Gráfico 4 – Conciliações Processuais 2017 – análise anual



Outro fator que merece destaque é que durante todo o ano de 2016 foram agendadas e realizadas 49 audiências e em 2017 foram realizadas 95 audiências de conciliação processual, um aumento de 193,47% (cento e noventa e três vírgula quarenta e sete por cento) o que demonstra que o Centro Judiciário de Alto Araguaia

está tendo uma maior demanda de trabalho, evidenciando a confiabilidade que a população vem depositando no trabalho realizado pelo CEJUSC.

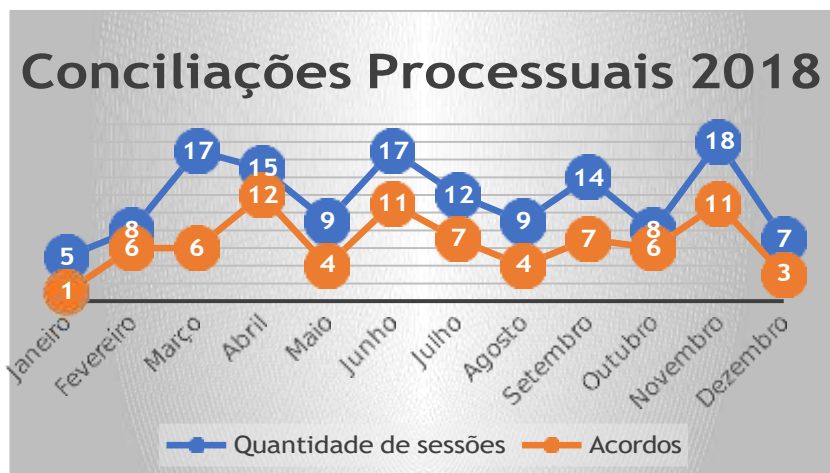
CONCILIAÇÃO PROCESSUAL (CEJUSC) DE ALTO ARAGUAIA/MT – ANO DE 2018

No ano de 2018, foram realizadas 139 sessões de conciliação processual e foram lavrados 78 acordos, conforme gráfico 5.

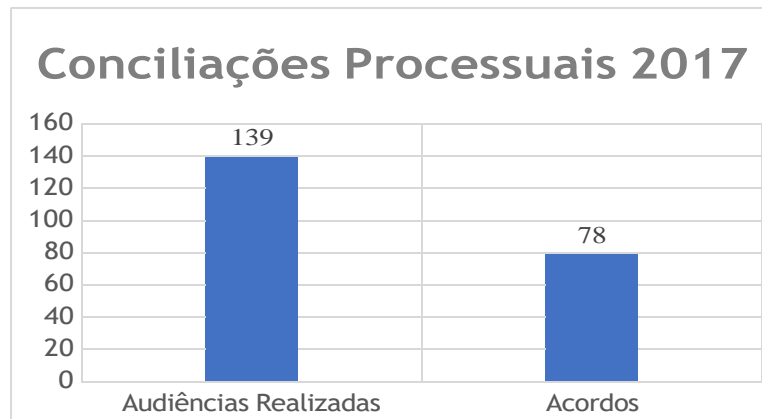
Em relação ao ano de 2017, houve um aumento de 146,31% (cento e quarenta e seis vírgula trinta e um por cento) em relação ao ano de 2016. Ou seja, o CEJUSC de Alto Araguaia foi expandido suas atividades e atingindo mais pessoas.

Examinando os relatórios, observamos que os meses que mais tiveram sessões foram os meses de março, abril, junho, setembro e novembro.

Gráfico 5 – Conciliações Processuais 2018 – análise mensal



Verificando a quantidade de sessões de conciliação processual e a quantidade de acordos lavrados no ano de 2018, calculamos que houve uma porcentagem de 56,11% de acordos, conforme gráfico 6.

Gráfico 6 – Conciliações Processuais 2018 – análise anual

CONCILIAÇÃO PROCESSUAL (CEJUSC) DE ALTO ARAGUAIA/MT – ANO DE 2019

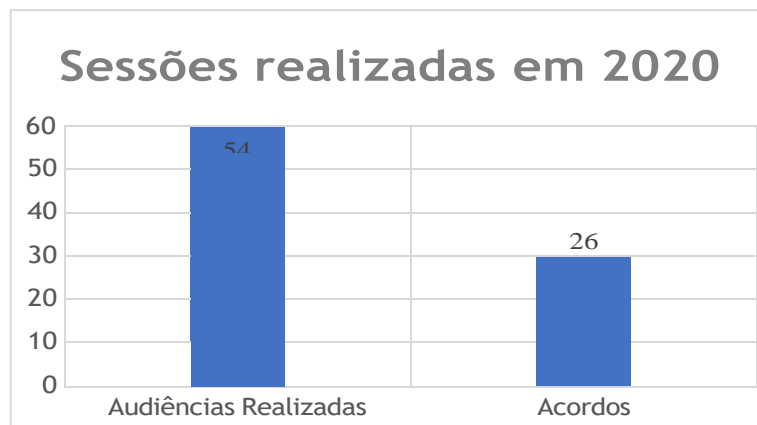
No ano de 2019, não foi possível obter os relatórios detalhados dos meses. Houve a migração dos processos do Projudi para o Sistema Processo Judicial eletrônico (PJe). E os relatórios que tivemos acesso não foi possível quantificar os processos. Apesar disso, se faz necessário apresentar os dados da Justiça em Números do ano de 2019.

Em 2019, 3,9 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça brasileira, o que representa que 12,5% de processos judiciais foram solucionados via conciliação, política permanente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde 2006. Os dados fazem parte do Relatório Justiça em Números 2020 (ano-base 2019). (CNJ, 2020, p. 06).

CONCILIAÇÃO PROCESSUAL (CEJUSC) DE ALTO ARAGUAIA/MT – ANO DE 2020

Os anos de 2020 será analisado somente o gráfico anual, pois o relatório analisado não possuía os dados mensais. Pesquisando o ano de 2020, é necessário levar em consideração a pandemia da COVID-19 que suspendeu os atendimentos presenciais por meio da portaria n. 29, de 23 de março de 2020, assinada pelo desembargador Luiz Ferreira da Silva. Com isso, durante um tempo os atendimentos foram suspensos, entretanto, posteriormente houve a retomada das sessões por meio de videoconferência.

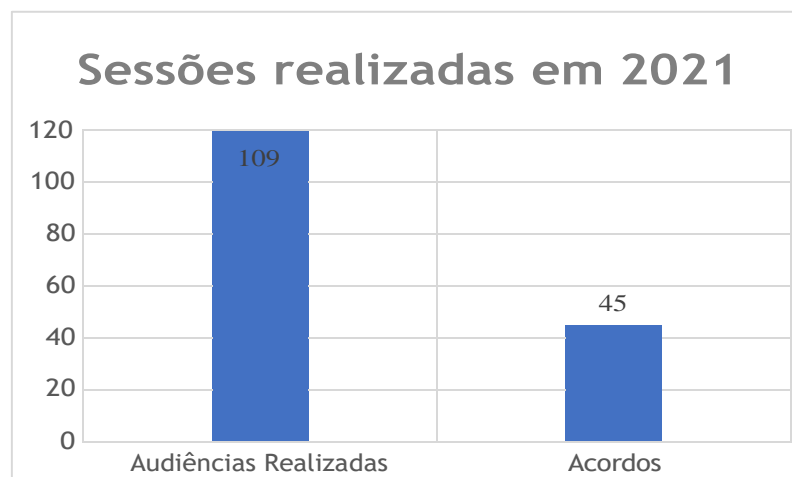
O relatório do ano de 2020, contém todas as sessões realizadas pelo CEJUSC de Alto Araguaia, sejam elas conciliação processuais e pré-processuais e mediação. E tem o seguinte resultado anual:

Gráfico 7 – Sessões realizadas – análise anual

O ano de 2020 teve 54 sessões e culminaram em 26 acordos. Ou seja, percentual de 48,14% de acordos, conforme gráfico 7.

CONCILIAÇÃO PROCESSUAL (CEJUSC) DE ALTO ARAGUAIA/MT – ANO DE 2021

Já no ano de 2021, e as sessões por meio de videoconferência, e até o final do mês de março foram realizadas 109 sessões (conciliação pré-processual, processual e mediação) e foram lavrados 45 acordos. Ou seja, tivemos o percentual de 41,28% de acordos, conforme gráfico 8.

Gráfico 8 – Sessões realizadas – análise anual

Os dados evidenciam que um número expressivo de processos que são encaminhados para a audiência de conciliação está sendo solucionados. O que demonstra a importância do instituto, pois segundo o relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, “a cada ano, para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Soma a este preocupante dado que se encontram pendentes cerca de 93 milhões de feitos”. Ou seja, em Alto Araguaia pela atuação do CEJUSC os números de demandas resolvidas estão bem além do que acontece no âmbito nacional.

Ademais, em análise de todos os relatórios mensais, verifica-se que a grande maioria dos processos de conciliação são recebimento de dívidas e que, nestes casos, o restabelecimento da comunicação e o fortalecimento de vínculo é vislumbrado pelas partes como mais importante do que meramente o recebimento da dívida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Centros Judiciários, nova ferramenta do Poder Judiciário para solucionar conflitos por meio da mediação e conciliação demonstra em tão pouco tempo que seu objetivo principal, de tornar os processos mais célere e eficiente, propiciando a sociedade mais eficácia, tem cumprido seu papel. Isso ficou evidenciado por meio das análises realizadas nesse trabalho quanto ao trabalho do CEJUSC de Alto Araguaia – MT.

É evidente que a conciliação é um procedimento que facilitou a demanda dos processos judiciais na comarca de Alto Araguaia, tendo em vista que a maioria das audiências tiveram acordos positivos, pois foram quase 50% de processos resolvidos.

Durante a análise dos relatórios de audiências percebe-se que o CEJUSC está tendo mais procura o que demonstra sua eficiência e credibilidade perante a sociedade, pois de 2016 para 2017 houve um aumento expressivo nas audiências, ou seja, muitos processos foram resolvidos de maneira mais rápida.

Assim, notamos quão importante foi a implantação desse Centro no município de Alto Araguaia, bem como no contexto nacional, nas demais unidades do Poder Judiciário que os têm, pois sabemos que a justiça é morosa em decorrência da demanda de processos e do número pequeno de juízes nas comarcas brasileiras.

Nesse sentido, o instituto da conciliação é muito relevante, pois diferentemente, não existem vencedores nem perdedores. São as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, André Gomma (org.). 2015. **Manual de Mediação Judicial** (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD).
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2015.
- BRASIL. **Resolução nº 125/2010**, de 29 de novembro de 2010. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2010.
- BRASIL, NUPEMEC. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Apostila de Mediação Judicial**, 1ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antonio do Passo. **Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”**. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 259, p. 471-489, set. 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Jurisdição. In: **Curso de Direito Processual Civil - Vol. I**. 16. ed. Salvador - BA: JusPodivm, 2014.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social** / Antônio Carlos Gil. - 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.
- SALES, Lília Maia de Moraes Sales. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.
- YIN, Robert. **Estudo de Caso: planejamento e método** (2Ed.). Porto Alegre: Bookman. 2001.

CAPÍTULO 8

ADOÇÃO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA ADOÇÃO

ADOPTION AND THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO FAMILY COOPERATION: THE PRINCIPLE OF REASONABLE DURATION OF THE ADOPTION PROCESS

*Leandra Trindade de Almeida*²⁵
*Itamara Lopes Gonçalves*²⁶

Resumo: Este estudo tem por vez, buscar demonstrar a morosidade do processo de adoção perante o Poder Judiciário. Observando e tendo conhecimento que há milhares de crianças e adolescentes que se encontra em abrigos e na espera de um lar na fila de adoção. Não tendo dúvida que, seja necessário fazer algo diante de um dos maiores problemas sociais brasileiros. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, elaborada a partir de doutrinas, substanciada em livros, artigos e sites científicos por meio digitais e publicações em periódicos. Utilizando do método de alinhamento de raciocínio, no primeiro momento irá ser explanado sobre conceito, historicidade e a evolução brasileira sobre adoção. Consequente abordará a respeito da família e sua evolução no contexto brasileiro. E por último entraremos na questão da morosidade existente no poder judiciário, quais são as formas que os órgãos estão lidando com a situação. A problemática da pesquisa, foi em analisar as barreiras, como a falta de conhecimento da sociedade e flexibilização dos Magistrados e Promotores, e capacitação dos servidores. Por que possui mais famílias na fila de adoção e menos crianças a serem adotadas? A morosidade só parte do Poder Judiciário? Por que ainda existe preferência de criança a ser desejados pelos adotantes? Diante de vários questionamentos, que sempre pairou sobre a sociedade em relação do assunto, desde de décadas passadas, pode-se chegar a concluir que temos leis que na prática fosse realmente aplicadas seriam eficazes, e a conscientização da sociedade é uma das chaves principais para tentar selecionar essas problemáticas.

Palavras-chave: Adoção; Família; Morosidade.

Abstract: This study, in turn, seeks to demonstrate the slowness of the adoption process before the Judiciary. Observing and knowing that thousands of children and teenagers find themselves in shelters and waiting for a home in the queue for adoption. There is no doubt that it is necessary to do something about one of the biggest social problems in Brazil. The methodology adopted was the bibliographical review, elaborated from doctrines, substantiated in books, articles and scientific websites through digital means and publications in journals. Using the line of reasoning method, the first moment will be explained about the concept, historicity and the Brazilian evolution of adoption.

25 Graduada em Direito (UNEMAT). Pós-graduada em Direitos Humanos e Garantias Fundamentais (UNEMAT), e-mail: leandratrindadedealmeida@gmail.com.

26 Docente Orientadora no curso de Graduação da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato grosso (UNEMAT). Especialista em Novo Código de Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ (UCAM). Mestranda em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: itamaralopesgoncalves@gmail.com.

Consequently, it will address about the family and its evolution in the Brazilian context. And finally, we will go into the issue of the slowness that exists in the judiciary, what are the ways that the organs are dealing with the situation. The research's problem was to analyze the barriers, such as the lack of awareness in society and the flexibility of Magistrates and Prosecutors, and the training of civil servants. Why do you have more families in the adoption queue and fewer children to adopt? Is the delay only part of the Judiciary? Why is there still a child preference to be liked by adopters? Faced with various questions, which have always hovered over society in relation to the subject, since past decades, it can be concluded that we have laws that in practice were actually applied would be effective, and the awareness of society is one of the main keys to try to select these problematic.

Keywords: Adoption; Family; Slowness.

INTRODUÇÃO

A adoção é uma forma de procriação, porque permite trazer à existência de um filho, que se vincula ao pai e a mãe, não pelo sangue, mas por um ato de amor juridicamente protegido. É modalidade de estabelecimento do vínculo de filiação de origem Civil. O direito da criança e do adolescente à convivência familiar está estampado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, priorizando-se o convívio da criança ou adolescente com sua família natural, constante também nos termos do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e não sendo possível no meio destes, reconhecendo a chamada “família extensa” ou “ampliada”, que abrange parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convivem e mantêm vínculos de afinidade afetiva. E não obstante a real importância do menor permanecer em uma família adotiva, para que o mesmo não fique em abrigos.

O que ocorre é uma das grandes problemáticas, é que a sociedade por não conhecer os direitos adquiridos na Lei e não serem conscientizados devidamente, entram em divergências polêmicas acerca da morosidade, e mais, as sucessivas alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e a falta de sensibilidade de alguns juízes e promotores acabam praticamente por inviabilizar a adoção. O intuito de proteger acaba por burocratizar de tal forma os sucessivos e morosos procedimentos, que a adoção se torne um verdadeiro calvário, não só para quem quer adotar, mas principalmente para quem anseia por uma família.

A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, e pesquisas científicas em sites acadêmicos e jurisprudências.

Utilizando-se do método analítico, o presente artigo dividiu-se em tópicos essenciais, desde breves tentativas conceituais até problemáticas elencadas por literaturas, assim também com possíveis soluções. Trazendo a discussão e foco acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente na busca eficaz tutelado no bem estar da criança e adolescente no processo de adoção, mais deixando a demonstrar a realidade no judiciário brasileiro, que vem sido dificultada por falta imprescindível de conscientização da sociedade.

ADOÇÃO - TENTATIVA CONCEITUAL

Conforme Pontes de Miranda, a adoção é “ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação” (PONTES DE MIRANDA, 2000, p 219)

Para Caio Mário da Silva Pereira, a adoção é “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou de afinidade” (PEREIRA, 2004, p 392, apud MADALENO, 2018, p. 635).

Muitas são os conceitos realizados sobre juristas e doutrinadores há cerca da adoção, relatando nas maiorias das vezes em ser uma modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural, sobre este aspecto, a filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mais afetiva (VENOSA, 2005, p. 301).

Em uma vertente afetuosa Maria Berenice Dias aborda com grande maestria:

Sempre me emociono quando reparo o quanto filhos adotivos passam a se parecer com os seus responsáveis. Ninguém diz que foram adotados: o mesmo olhar, o mesmo andar, a mesma forma de soletrar a respiração. Há um DNA da ternura mais intenso do que o próprio DNA. Os traços mudam conforme o amor a uma voz ou de acordo com o aconchego de um abraço (DIAS, 2015, p. 405).

Diante de tais conceituações, fica óbvio que a velha dicotomia impregnada no seio da sociedade vem dando espaço a nova concepção e aceitação acerca deste instituto.

EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE ADOÇÃO

No Brasil, a adoção ganha sistematização com o advento do Código Civil de 1916; contudo, com fortes resistências e restrições, não faltou quem advogasse a eliminação deste instituto. Os reflexos destas resistências se fizeram claramente presentes no caráter rígido e fechado do instituto da adoção, como anota Artur Marques da Silva Filho, pelo fato de o Código Civil de 1916 exigir tivesse o adotante, no mínimo, cinquenta anos de idade e uma diferença de dezoito anos de idade entre ele o adotado.

Diante da óbvia morosidade dos processos de adoção e que aprisionam crianças e adolescentes nas instituições e abrigos, tramita o Projeto de lei do Senado (PLS n. 394/2017), de iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), cuja proposição, encampada pelo Senador Randolfe Rodrigues, visa a eliminar entraves burocráticos e emprestar celeridade aos processos de destituição do poder familiar e de adoção, de modo a reformular a ótica de todo o sistema, para assegurar às crianças e aos adolescentes afastados da sua família natural o direito à convivência familiar que a Carta Política assegura prioridade absoluta. Ao passo que a Lei n.13.509/2017 criou alguns mecanismos com vistas à celeridade e efetividade do processo de adoção e instrumentos legais que tornem menos traumática e angustiante a sensação de abandono das crianças e adolescentes que se encontram em programas de acolhimento institucional, ordenando, por exemplo, que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongue por mais de 18 meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse (ECA , parágrafo 2º, art.19), assim como a busca à família extensa, que respeitará o prazo máximo de 90 dias, prorrogável por igual período (ECA, art. 19-A, parágrafo 3º) .

FAMÍLIA - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE FAMÍLIA NO BRASIL

Pai mãe filhos avós, família sempre existiu, mas nos últimos séculos família passou por diversas transformações. A ideia de família dos nossos pais e de nossos avós não são os mesmos dos dias de hoje.

Família pré moderna, denominadas pelos historiadores como família extensa, ou seja, várias gerações habitando no mesmo marco de espaço geográfico. O gênero feminino nesta concepção de família não possui nenhuma importância, sendo apenas uma reprodutora. E outras características desta família que as crianças eram igualmente tratadas com os adultos, e a figura dos velhos eram guardiões da memória.

Família moderna, após a revolução francesa 1789 a 1799, pelo pressuposto político e morais, era estabelecido a questão da igualdade de direito entre os cidadãos. Nesta igualdade de direito dos cidadãos, fim da relação hierárquica entre homem e mulher, se deslocando da teoria do sexo único, para a teoria da diferença sexual.

Ocorreu não menos importante nesta época um grande avanço para as mulheres, como a revolução médica, ginecologia, obstetrícia e pediatria, tudo visando a seguridade e melhor desempenho da mulher no ambiente doméstico e como reprodutora, toda essa constelação médica, fora forjada para o instituto da prole e a criança como majestade.

Família contemporânea a mulher não quer ficar restrita a sua condução maternal, mulher sai para disputar o espaço público, dissolução da eternidade do casamento, deixando de ser marcado pelo fato da eternidade; **famílias monoparentais**, onde só um dos pais se ocupa da criança, se casam novamente, os filhos do casamento, diferentes regimes de autoridades, sociabilidade primária é aquela formação moral da criança adquirida na família; sociabilidade secundária é aquela formação adquirida na escola, com essa reorganização a família começa a ficar handicapé (família incompleta) quanto as suas realizações primárias, existindo uma maternagem problemática, afetando a constituição subjetiva da criança. Criando assim uma criança, frágil, um adulto frágil.

MOROSIDADE: PODER JUDICIÁRIO E SOCIEDADE

O processo de Adoção tem-se provado muito lento no Brasil, apesar das modificações que sofreu ao longo do tempo. Isso acaba por desmotivar os adotantes

que possuem o desejo de formar família. Afetando igualmente e de forma excessiva a estrutura das crianças e adolescentes sujeitos a aguardar em uma “ fila de espera” dos cadastros de adoção, que em circunstância nenhuma diminui.

A lentidão e a burocracia envolvida nos processos são uns dos possíveis causadores do não cumprimento dos direitos garantidos constitucionalmente, ocasionando as adoções tardias tendo como resultados a violação da dignidade, princípio garantido pela Constituição Federal de 1988.

Segundo WEBER (1998, p.64), as crianças em acolhimento institucional, por estarem afastadas do convívio familiar por um período muito mais longo do que seria o recomendado, ou muitas vezes, por nem mesmo saber o que é convívio familiar, são “protótipos dos resultados devastadores da ausência de uma vinculação afetiva e constante e dos prejuízos causados por um ambiente empobrecido e opressivo ao desenvolvimento infantil.”

Por Princípio da Absoluta Prioridade, entende Liberati (1991, p.21) que crianças e adolescentes “deverão estar em primeiro lugar na escala da preocupação dos governantes, deve os entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes.”

O Conselho Nacional de Justiça-CNJ relata que a morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ,2014).

Ferreira e Pedrosa (1997, p.33) foram um dos primeiros a escrever especificamente sobre a morosidade do Judiciário e suas causas. Assim, os autores falaram que a morosidade pode ser qualificada em:

Morosidade Legal: aquela causada pela própria Lei, seja por estar defasa ou pelo seu excesso de formalismo; **Morosidade Organizacional:** endógena à organização e resulta do volume de serviço e/ou rotinas adquiridas, bem como da organização dos tribunais; **Morosidade Provocada:** em que a excessiva duração dos processos judiciais é criada pelos atores judiciais (magistrados, advogados, partes, polícias, servidores, etc.). Pode ser não-intencional (decorrente da morosidade organizacional) ou intencional (quando é provocada por uma das partes no litígio, ou em seu nome, em defesa dos seus interesses).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22 de novembro de 1969, estipula em seu art.8º, item 1, que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial. Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

No entanto, não se pode confundir a razoável duração do processo com o tempo necessário ao processo. O processo, resguardando os direitos da ampla defesa e do contraditório, possui formalidades a serem cumpridas, com prazos legais estabelecidos para os atos processuais. Ramos (2008, p.59) diz que a longa duração temporal de tramitação dos processos deve ser combatida, porém também representa uma consequência decorrente da busca em assegurar a inviolabilidade das garantias processuais. Tavares (2005, p.84) diz que o processo deve durar o mínimo, mas também o tempo necessário para que não haja violação na qualidade da prestação jurisdicional.

CAUSAS DA MOROSIDADE, SEGUNDO A LITERATURA

Vampré (1938) diz que grande parte das queixas a respeito da morosidade e da incerteza das aplicações do direito recaem sobre as regras do processo. Para ele, quaisquer sugestões que visem tornar a discussão judicial mais pronta, mais segura e mais econômica, devem merecer acolhidas simpáticas, e define o processo judicial como “uma discussão ordenada e não arbitrária para descoberta da verdade dos fatos e reta aplicação do direito”. O autor propõe a extirpação das nulidades processuais e condena o fato de “deixar o Tribunal Superior de tomar conhecimento de um recurso por não ser cabível, ou por falta de formalidades processuais no respectivo instrumento, ou por ter sido interposto com errôneo fundamento”. Ainda, Sugere:

Permitir à parte interessada praticar qualquer ato de instrução do processo (inquirição de testemunha, exames, vistorias, depoimento da parte adversa, precatórias, etc), embora a parte adversa se oponha, desde que a requerente pague as custas, e não haja suspensão do andamento do feito. Estes serão praticados sob protesto (VAMPRE, 1938, p.128).

Teixeira (1982, p 63) fala que crise do judiciário é mais de recursos materiais do que propriamente dos procedimentos adotados e que o congestionamento da pauta de audiências é um dos maiores fatores da demora na solução judicial dos litígios. Diz que a morosidade “não só afasta o povo da Justiça, e esta daquele, como acarreta a perda da confiabilidade na solução judicial, esvaziando perigosamente o Judiciário como Poder.”

Salomão (1999, p.142) disse que a reforma do Judiciário é necessária, “mas não resolve o problema da morosidade, pois este clama por uma reforma das leis processuais”. Ou seja, não adianta mudar as leis, se não mudar, também, a forma que elas são executadas.

A fundação para Pesquisa e Desenvolvimento da Administração, Contabilidade e Economia - Fundace (2012,p. 26), em pesquisa realizada com advogados, traz a falta de empenho dos servidores, a falta de treinamentos e incentivos, o excesso de recesso dos magistrados e o baixo uso da conciliação como algumas das principais causas da morosidade.

Lucena Filho (2012, p. 56) fala que o crescente aumento de advogados é uma das explicações plausíveis para os acréscimos de litigância.

Sadek e Arantes (1994, p.49) incluíram os fatores: juízes sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas; grande número de processos irrelevantes; extensão das comarcas; curta permanência dos juízes nas comarcas; interesse dos advogados; interesse das partes envolvidas no processo; e intervenção excessiva da promotoria.

SOLUÇÕES PARA A MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO, SEGUNDO A LITERATURA

Várias propostas de soluções para a morosidade processual no Poder Judiciário já foram feitas por diversos autores. Essas propostas foram feitas ao longo de vários anos. Algumas se mostram defasadas; outras, inviáveis.

Sadek e Arantes (1994, p. 63) propõem a limitação do número de recursos às instâncias superiores por processo, o reforço da figura do árbitro, a implementação da Justiça Agrária, a implementação da Justiça de Paz e a criação da Justiça Municipal.

Com um enfoque na força de trabalho, Machado (1994, p. 26) propõe a modernização gerencial e a melhor formação profissional.

Valladão (2001, p. 59) reforça a necessidade da arbitragem e apresenta alguns projetos que foram implantados no Poder Judiciário do Espírito Santo e surtiram melhoria na qualidade e produtividade do órgão, como: a justiça volante, o juiz eletrônico, a justiça sobre rodas, a audiência pela internet e o gerenciador de mandados.

Feitosa (2007, p. 06) propõe o enxugamento da legislação processual, a reformulação do sistema recursal, a eliminação de privilégios do poder público, a utilização da tecnologia de informação e comunicação, a ampliação do processo de execução fundado em título judicial, a prática de atos processuais pelas partes, a simplificação e racionalização de atos processuais e a utilização de súmulas vinculantes.

Icle (2010, p. 321) cita a realização de audiência preliminar como resposta à morosidade processual. Já Nicoli (2010, p.32) propõe a implantação da audiência única. Com foco mais gerencial e pensado em soluções de problemas, Digiácono(2010, p. 23) propõe um sistema de gestão de unidade judicial, abrangendo: direcionadores estratégicos e alinhamento; planejamento da microgestão; melhoria na estrutura organizacional; melhores processos de trabalho; utilização de procedimentos operacionais padrão e rotinas cartorárias; melhorias na gestão de pessoas, utilizando banco de práticas e com treinamentos; e o desenvolvimento de liderança, por meio do juiz-líder. Em consonância, DEOLINDO (2010, p 236.) propõe que a gestão seja realizada em nível de comarca, por meio de elaboração de planejamento estratégico em comarcas do Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho consistiu em explorar o fenômeno da Adoção e seus reflexos na efetivação dos direitos preconizados e garantidos da criança e do adolescente, a possuir o direito ao convívio familiar e mostrar o quão este é demorado no poder judiciário, nisto vimos então que adoção é ato jurídico e de sentido estrito o qual depende do poder judiciário para conceder a filiação. E nesta análise realizando as

devidas observações, no meio do caminho desse processo a adoção tardia como por exemplo é um dos principais infrator do direito primordial dos menores.

Na realização desta pesquisa bibliográfica, o que se notou é uma certa insuficiência dos direitos concebidos na teoria com essas aplicadas na prática, pois embora os direitos e deveres desses menores são iguais para toda a esfera do país, e principalmente ressaltando ao convívio familiar e o inserimento do mesmo em um seio, que vem cristalizado pela Constituição Federal, o que acontece é que cada região se depara com sua própria realidade e talvez este seja um dos diversos motivos para que não se torna de uma maneira célere o processo de adoção no Brasil.

Fora diagnosticada que as desigualdades, a conscientização da sociedade principalmente, e a falta de preparo dos profissionais que envolvem esse instituto, são fatores que além do Poder Judiciário, acabam colaborando de formas diretas com a morosidade no processo de adoção. As crianças e adolescentes abrigados, sejam elas por destituição do poder familiar ou abandono, possuem uma esperança mínima e poucas oportunidades na espera por uma nova família.

Diante do exposto, mais que se queira, exige-se que algo precisa ser mudando, sendo melhor estruturação das varas e melhor capacitação para os profissionais que tanto clamam para liderem com as peculiaridades dos processos. Exige-se, veemente, mobilização. Sabendo que o caminho a ser percorrido não é curto, mas que é um caminho possível. Pois somente assim alcançara o desejado: a real efetivação do direito ao convívio familiar e celeridade no processo de adoção das crianças e adolescentes abrigados do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 de dezembro de 2020).

PEREIRA, Rafael da Cunha. **Direito Familiar**. Disponível < <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/>. Acesso: 23 de março de 2020

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 10ª. Ed. São Paulo, revista, atualizada e ampliada, Saraiva, 2015.

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

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a justiça**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

DEOLINDO, Vanderlei. **Planejamento estratégico em comarca do poder judiciário**. 147 f. Dissertação (mestrado) – FGV, Rio de Janeiro, 2010.

DIGIÁCONO, Murillo José. **Família natural x família substituta**. Disponível <<https://www.senado.gov.br/noticias/>> Acesso 28 de março de 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 16. ed. São Paulo:Saraiva, 2001.

FEITOSA, Antonio Alcy Cordeiro. **Do Poder Judiciário: A morosidade no âmbito da Justiça Estadual**. 2007. 58 f. Monografia (Especialização em Administração Pública) – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Universidade Estadual Vale do Acaraú, Fortaleza, 2007.

FERREIRA, António Casimiro; PEDROSO, João. **Os tempos da Justiça: ensaio sobre a duração e morosidade processual**. Oficina do CES, Centro de Estudos Sociais; Coimbra, 1997. Disponível em: Acesso em: 26 abr.2017.

ICLE, Virginia. **A morosidade da prestação jurisdicional e a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo: construindo alternativas possíveis**. 122 f. Dissertação (mestrado)– Unisinos, São Leopoldo, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?** -São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça Brasileira**. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/> . acesso em 25/11/2020.

MACHADO, Mário Brockmann. **Reforma do Judiciário e cidadania. O Brasil no Fim do Século: Desafios e Propostas para a Ação Governamental**, 1994. Disponível em:
<<http://www.caruibaroborsa.gov.br/dados>. Acesso em: 26 abr.2017.

NICOLI, Ricardo Luiz. **Audiência única e a duração razoável do processo nos juizados especiais cíveis**. 144 f. Dissertação (mestrado) – FGV, Rio de Janeiro, 2010.

PONTES DE MIRANDA. **O instituto da Adoção**. Disponível <<https://jus.com.br/artigos/29979/o-instituto-da-adocao>> Acesso.25 de fevereiro de 2014.

RAMOS, Carlos Henrique. **O processo civil e o princípio da duração razoável do processo.** Curitiba: Juruá, 2008.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do Judiciário e a visão dos juízes.** Revista Usp, n. 21, p. 34-45, 1994. Disponível em: <http://www.revista.usp.br>> acesso 08 de agosto de 2020

SALOMÃO, Paulo Cesar. **A “Nova” Lei Eleitoral e a “Reforma” do Judiciário.** Revista da EMERJ, 1999. Disponível: < <http://www.emerj.tjrj.jus.br>> acesso em 13 de setembro de 2020.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n° 45/04.** São Paulo: Saraiva, 2005.

VALLADÃO, Sandra Marcello. **Poder judiciário do estado do Espírito Santo: modelo de gestão, inovação tecnológica e as barreiras culturais diante das mudanças.** Tese de Doutorado. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2001.

VAMPRE, Spencer. **Algumas sugestões para a reforma da Legislação Judiciária Civil.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 34, n. 1, p. 125-133, 1938. Disponível em: www.revista.usp.br/rfdusp/article/download/65879/68490: acesso em: 12/12/2020.

VARGAS, M. M. (1998). **Adoção Tardia: da família sonhada à família possível.** São Paulo: Casa do Psicólogo.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WEBER, L.N.D. (1998). **Laços de Ternura: pesquisas e histórias de adoção.** Curitiba, PR: Santa Mônica.

CAPÍTULO 9

A MULTIPARENTALIDADE E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

MULTIPARENTALITY AND SOCIOAFFECTIVE PARENTALITY ANDE ITS LEGAL EFFECTS

*Danila Moraes Brito*²⁷

*Itamara Lopes Gonçalves*²⁸

Resumo: O presente artigo busca compreender os aspectos que envolvem a multiparentalidade socioafetiva, desde a forma como a sociedade lida com essa modalidade de família, bem como os seus efeitos jurídicos, que, conseqüentemente, refletem nas famílias brasileiras. A multiparentalidade socioafetiva, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal-STF, através do Recurso Extraordinário 868.060, permite que pais e filhos socioafetivos tenham as mesmas garantias que aqueles ligados pelo vínculo biológico, garantindo a coexistência de ambos os vínculos, sem que a parentalidade biológica prevaleça a relação socioafetiva. A metodologia utilizada fora o meio bibliográfico e descritivo, onde o primeiro utiliza-se de bibliografias para sua fundamentação, e o segundo realizara uma análise acerca do Direito das Famílias, multiparentalidade e sendo respaldado pelo método analítico de julgados jurisprudências e casos concretos em sociedade. O objetivo do presente artigo é analisar esse novo conceito de família- que é a multiparentalidade e parentalidade socioafetiva- bem como os aspectos jurídicos e a segurança jurídica, para a compreensão das problemáticas acerca do tema, como por exemplo, detectar os meios legais para essa parentalidade, conscientização da sociedade. Diante de tais questionamentos e trazendo em relevância o Recurso ora citado acima, notou-se que nos casos práticos ainda existe muito problemas que envolvem a multiparentalidade e que temas como este devem ser mais debatidos em sociedade acadêmica.

Palavras-chave: Multiparentalidade; parentalidade socioafetiva; filiação socioafetiva.

Abstract: This article seeks to understand the aspects that involve socio-affective multiparenting, from the way society deals with this type of family, as well as its legal effects, which consequently reflect on Brazilian families. Socio-affective multiparenting, recognized by the Supreme Court-STF, through Extraordinary Appeal 868.060, allows socio-affective parents and children to have the same guarantees as those linked by the biological bond, ensuring the coexistence of both bonds, without biological parenting prevailing socio-affective relationship. The methodology used was the bibliographic and descriptive medium, where the first uses bibliographies for its foundation, and the second conducts an analysis on Family Law, multiparenting and the

²⁷Graduada em Direito – Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). E-mail: danibritto85@gmail.com.

²⁸Docente Orientadora no curso de Graduação da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato grosso (UNEMAT). Especialista em Novo Código de Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ (UCAM). Mestranda em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: itamaralopesgoncalves@gmail.com.

applicability of Succession Law in this specific case, being supported by the analytical method of judged jurisprudence and concrete cases in society. The purpose of this article is to analyze this new concept of family - which is multiparenting and socio-affective parenting - as well as the legal aspects and legal certainty, such as detecting the legal means for this parenting, awareness of society. Faced with such questions and bringing the Resource mentioned above into relevance, it was noted that in practical cases there are still many problems involving multiparenting and that issues like this should be further debated in academic society.

Keywords: Multiparenthood; socio-affective parenting; socio-affective affiliation.

INTRODUÇÃO

O conceito de família vem sofrendo alterações ao longo dos anos, anteriormente, quando se falava em família, tínhamos a ideia de uma instituição formada por um pai, uma mãe e seus filhos. No entanto, atualmente as famílias têm se formado de diversas maneiras possíveis, deixando de lado esse modelo tradicional e por muitas vezes patriarcal que é imposto pela sociedade. A Constituição Federal (1988), estabelece que “a família é formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, nota-se que ela não atribui à família um modelo específico ou tradicional, cabendo a quem a compõe essa responsabilidade. Além disso, garante o Código Civil (2002) que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Existe atualmente um modelo familiar bastante utilizado, mesmo que não haja muitas discussões acerca do assunto: a multiparentalidade socioafetiva, que consiste em uma família formada por mais de um pai ou uma mãe, por exemplo, além do fato de não se considerar somente pais e filhos os indivíduos que possuem vínculo biológico, mas também o afetivo.

Diante disso, a presente pesquisa traz como questionamento: Quais são os aspectos da multiparentalidade e qual a diferença entre pais biológicos e socioafetivos? Como o Direito Sucessório atua em casos de parentalidade socioafetiva? Quais são os meios legais para exercer a parentalidade socioafetiva? O objetivo da presente pesquisa é responder esses questionamentos, além de fazer com que a sociedade entenda melhor sobre esse tema que é bastante atual e pouco explorado, ainda que comumente encontrado nos modernos modelos familiares.

Também se faz necessário discorrer sobre como a Legislação age diante desse modelo familiar, principalmente no campo sucessório, visto que se trata de algo completamente novo, baseando-se na decisão do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário 898.060- SC (2016) que reconhece “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios.

Desde modo, será utilizado a metodologia bibliográfica e descritiva, para que de fato haja o entendimento de como se constituem as famílias de multiparentalidade socioafetiva e como procede o direito das sucessões dentro desse modelo familiar, é necessário analisar a fundo o conceito de família, bem como seus diversos modelos e também a coexistência entre parentalidade socioafetiva e biológica.

O DIREITO DE FAMÍLIA - TENTATIVA CONCEITUAL

A família é a base estrutural de todo relacionamento entre os seres humanos, toda a nossa vivência e experiência tem início dentro da instituição familiar, onde nascemos, crescemos, nos tornamos adultos e conseqüentemente formamos o nosso próprio modelo de família.

Composta por nossos pais, irmãos, avós, quando falamos de família, não há um conceito que possa ser considerado certo ou errado, afinal cada indivíduo tem a sua própria percepção acerca do que de fato é a família. No entanto, por muito tempo, considerava-se que família se tratava de uma instituição formada por um pai, uma mãe e filhos. Esse era o conceito de família mais utilizado: a família tradicional.

Nesse sentido, afirma Dias:

Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Tratava-se de uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento de família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos (DIAS, 2016, p. 22)..

Como expõe a autora, a família seguia um modelo tradicional baseado no matrimônio entre homem e mulher, para que pudessem reproduzir, gerando mais filhos

e constituindo o seu núcleo familiar, para que assim gerasse também, conseqüentemente, mais mão de obra na busca do sustento dessa família.

Sendo assim, não há como definir o que é família com um único conceito, como observa Gagliano e Filho (2017, p. 53), “não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias”, o que deixa claro que não podemos estabelecer um modelo padrão para a estrutura familiar.

Portanto não há uma definição considerada certa ou errada, assim, Dias descreve:

[...] A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função- lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos-, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, com um LAR: Lugar de Afeto e Respeito (DIAS, 2016, p. 21).

Desse modo, não falamos em conceito de família, mas sim o que de fato a família representa para toda a sociedade nos dias atuais, sem que haja um rótulo específico que determine o que cabe a cada um definir como instituição familiar.

NATUREZA JURÍDICA

O direito de família pertence ao direito privado pelo motivo da família tratar-se de uma instituição privada, logo, não há o que se falar no Estado intervindo nas decisões em que a família é protagonista. Por mais que algumas correntes doutrinárias defendem que o direito de família é um direito público, a doutrina majoritária defende exatamente o contrário, assim como Dias exemplifica:

Imperioso reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público, tal não lhe retira o caráter privado. A tendência é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais. A esfera privada das relações conjugais se inclina cada vez mais a repudiar a interferência do público. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o Estado 29/1250 não pode mais controlar as formas de constituição das famílias, ela é mesmo plural. Como passaram a ser aceitas pela sociedade as mais diversas conformações de convívio, tal revela a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade (DIAS, 2016, p. 29).

A autora reforça a ideia de que o Estado deve intervir minimamente possível na instituição familiar e nas suas relações interpessoais, pois atualmente as famílias se formam a partir do momento em que seus indivíduos sentem a necessidade de conviverem como membros de um mesmo sistema, não havendo a necessidade de serem de fato unidos por matrimônio ou tendo algum vínculo biológico, por exemplo.

Portanto, voltando à questão da natureza jurídica do direito de família, algumas correntes doutrinárias o defendem como pertencente ao direito público, enquanto grande parte defende justamente o contrário, que este pertence ao direito privado. Acredita-se que tudo depende da maneira como interpreta cada autor, mas também cada indivíduo, visto que nenhuma família é igual a outra, não há como estabelecer um padrão relativo à natureza jurídica também.

DIVERSAS FORMAS DE FAMÍLIA DA ATUALIDADE

Como visto anteriormente, quando se falava em família, logo vinha à mente a ideia de uma instituição formada através do casamento, composta por um homem e uma mulher com a finalidade de terem filhos e assim viverem entre si. No entanto, como vivemos em constante evolução, evoluiu também o que conhecemos sobre a família. Isso não quer dizer que esse modelo tradicional deixou de ser válido, pelo contrário, falamos em inclusão e quebra de correntes preconceituosas.

Dias, muito citada nesta obra por seus valiosos ensinamentos, expõe:

Ainda que a família continue a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade- que não se alterou- de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que eternizem. Daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que identifica a família atual, de modo a albergar todas as suas conformações: daí, direito das família (DIAS, 2016, p. 202).

Assim como caracteriza a autora, o real significado e objetivo da família jamais irá mudar, todos os indivíduos que dela fazem parte têm o sentimento de conviverem juntos, em harmonia, com amor e companheirismo, o que mudou de fato foi a forma

como cada família se forma e como se constituem. Portanto não há um jeito certo ou errado de constituir a própria família e viver da forma que julgam ser o melhor para uma realidade vivida por terceiros.

A seguir, abordaremos brevemente alguns diferentes tipos de família e como elas se constituem na atualidade:

- **Família monoparental:** como já dito, trata-se da família composta por qualquer um dos pais e seus descendentes (art. 226 CF/88), temos como exemplo qualquer família formada por uma mãe ou pai solo e seus filhos.
- **Família multiespécie:** estamos falando da família formada por animais e seu tutor, ou até mesmo tutores.
- **Família matrimonial:** é a família constituída por meio do matrimônio, ou seja, através do casamento. Trata-se do modelo familiar mais tradicional e mais reconhecido de todos, afinal muitos ainda acreditam que a família apenas se forma partir do casamento;
- **União estável:** além da Constituição Federal abordar a união estável como característica de uma estrutura familiar (art.226, p.3º), o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 traz o mesmo conceito de que a união se dá também através da convivência pública e duradora entre o casal, não precisando que ambos estejam necessariamente unidos em matrimônio.
- **Família homoafetiva:** trata-se da família composta por pessoas do mesmo sexo, sendo dois homens ou duas mulheres, unidos através do matrimônio ou união estável, a fim de conviverem como um casal, podendo ou não terem filhos biológicos ou adotivos.
- **Família pluriparental ou mosaico:** é a família composta por dois ex casais que se separaram e casaram novamente entre si, e também formada por seus respectivos descendentes;
- **Família multiparental:** trata-se da família objeto deste estudo, formada por dois pais e uma mãe, ou por duas mães e um pai, ou até mesmo por dois pais e mães. A multiparentalidade tem a ver com o reconhecimento do vínculo afetivo como algo tão forte e presente que permite ser considerado integrante da família.

A multiparentalidade, advinda da parentalidade socioafetiva, através do Recurso Extraordinário 898.060/SC o STF fixou a tese que além de reconhecer a parentalidade socioafetiva, ainda garantiu que ela é tão válida quanto a biológica, mesmo que seja “declarada ou não em registro público” (2016). Além disso, decidiu o Ministro Luiz Fux que “a parentalidade socioafetiva não impede o reconhecimento da origem biológica do indivíduo, assim como os efeitos jurídicos dela decorrente”. Ademais, o RE 898.060 também assegura que há a “prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica”, conforme disposto na Repercussão Geral 622, do STF.

A MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade socioafetiva defende que a família, composta por seus genitores e seus filhos, não se trata apenas daqueles que tenham consanguinidade entre si. Nesse sentido, Oliveira e Tomaszewski conceituam:

A filiação, portanto, não se trata apenas de um mero determinismo biológico. O vínculo estabelecido não é o natural (decorrente da consanguinidade) e sim o da afinidade e socioafetividade. Refere-se, portanto, à filiação sobre a ótica do afeto. A afetividade com o passar dos anos angariou um grande viés no conceito de família, sendo que hoje pode derivar do laço consanguíneo, bem como da relação de afinidade e afetividade. Com o surgimento das novas espécies de família, a parentalidade socioafetiva tornou-se uma realidade no âmbito brasileiro, oferecendo embasamento para o fenômeno da multiparentalidade, que angariou forma e passou a ser discutida por diversos Tribunais de Justiça do Brasil. A multiparentalidade trata da possibilidade jurídica de se ter mais de um pai ou mais de uma mãe no registro civil, sendo caracterizada pela pluralidade de genitores. Ou seja, dobram-se os vínculos paternos e ou maternos, formando-se a chamada multiparentalidade (OLIVEIRA, TOMASZEWSKI, 2017, p. 280).

Sendo assim, podemos afirmar que a multiparentalidade é composta e baseada no afeto, na relação afetiva que os genitores e seus filhos têm entre si, sejam eles biológicos ou não, afinal a multiparentalidade trata da diversidade e inclusão, não de diferenças ou exceções.

Um dos exemplos mais comuns de multiparentalidade socioafetiva que vivenciamos diariamente, são os casos de famílias formadas por pais biológicos e também padrastos e madrastas, onde a criança ou adolescente cria laços afetivos por estes, da mesma forma como eles também criam vínculos afetivos com as crianças. Esse não é o único exemplo prático que vivenciamos todos os dias, mas também em casos

onde avós criam seus netos como filhos e são inclusive chamados de “mãe ou pai” por eles. No entanto, não é somente nesses casos, como Artoni explica:

É bastante usual a realidade de sujeitos que se sentem inseridos em relações de paternidade e maternidade sem que haja qualquer elemento biológico ou civil que os conecte. Tal realidade encerra o conceito mundialmente conhecido como filiação socioafetiva, modalidade de relacionamento construído com base no afeto, na posse do estado de filho, no respeito mútuo e no desejo subjetivo de desempenhar o papel de pai, mãe e filho (ARTONI, 2019, p.10)

O que importa, verdadeiramente, quando falamos em multiparentalidade e parentalidade socioafetiva, é que todos os envolvidos se sintam bem, felizes e que sejam capazes de vivenciarem essa relação familiar de forma que seja saudável, visando sempre o bem estar de todos, principalmente de crianças envolvidas. O afeto, o amor e a ligação entre todos é o que deve prevalecer acima de tudo.

ASPECTOS JURÍDICOS DA MULTIPARENTALIDADE

Assim como a multiparentalidade socioafetiva tem uma construção social de uma forma evolutiva, do mesmo modo, há certa evolução no direito brasileiro no que se refere aos diferentes modelos de famílias e qual o amparo legal que elas possuem.

No que concerne aos efeitos jurídicos da multiparentalidade, o Enunciado 09 do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família garante que “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos”, assim como o Enunciado 29 estabelece que “havendo o reconhecimento da multiparentalidade, é possível a cumulação da parentalidade socioafetiva e da biológica no registro civil”. Logo, fica garantido às famílias a multiparentalidade na forma de pluriparentalidade, sendo possível que haja no Registro Civil o nome dos pais biológicos, bem como dos socioafetivos, conjuntamente.

OS EFEITOS JURÍDICOS DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

Existe atualmente um modelo familiar bastante utilizado, mesmo que não haja muitas discussões acerca do assunto: a multiparentalidade socioafetiva, que consiste em uma família formada por mais de um pai ou uma mãe, por exemplo, além do fato de não

se considerar somente pais e filhos os indivíduos que possuem vínculo biológico, mas também o afetivo.

Em primeiro lugar, é importante destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput, traz o Princípio da Isonomia, que garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Isso quer dizer que, independentemente das relações serem biológicas ou afetivas, não há distinção entre um filho biológico e socioafetivo e seus pais, por exemplo. Do mesmo modo, Cassettari acresce:

Se todos são iguais perante a lei, não podemos fazer distinção entre pais e filhos, tentando valorar a importância do afeto para um ou outro, já que existe importância desse valor jurídico para ambos. Não podemos esquecer que o direito à igualdade é uma garantia fundamental, prevista em cláusula pétreia, e que qualquer interpretação contrária a isso afrontaria nossa Constituição Federal. Isso sem contar a maior, cláusula geral da nossa Constituição, prevista no art.1º, inciso III, que criou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e que fundamentará, também, que os pais também possuem direito de valorização da relação afetiva que formam com seus filhos do coração. Verifica-se, com isso, a importância da aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas, em especial, as de Direito de Família (CASSETTARI, 2017, p. 26).

Partindo desse princípio, podemos afirmar que esse é o direito basilar do nosso estudo, conforme complementa o autor.

Em segundo, ressalta-se que a multiparentalidade trata das relações entre pais e filhos socioafetivos, logo, as relações baseadas no afeto são tão importantes quanto as relações familiares baseadas no vínculo biológico. Nesse sentido, Pereira estabelece:

[...] A afetividade invade a ciência jurídica transcendendo aos aspectos exclusivamente psicológicos e sociológicos. Como o 'respeito' e consideração mútuos (art.1.566, V) e 'lealdade e respeito' (art.1.724), o afeto e tolerância não de ser incorporados como valores jurídicos no âmbito das relações familiares. Situações peculiares devem ser assumidas no mundo jurídico como relações de afeto com força própria para uma definição jurídica: o 'filho de criação', quando comprovado o 'estado de filho afetivo' (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida 'adoção à brasileira' (PEREIRA, 2017, p. 67).

Assim como descreve o autor, pode-se observar que o princípio da afetividade pertence à ciência jurídica do mesmo modo que as relações familiares de vínculo biológico, no que se refere ao direito das famílias. Portanto, toda e qualquer relação de filiação que não seja considerada biológica, se aplica à afetividade, no âmbito social jurídico.

O referido Recurso Extraordinário 898.060, o TJDF reconhece a parentalidade socioafetiva, bem como sua garantia, mas diz que cada caso deve ser analisado de forma cuidadosa, observando se há a existência de algo que comprove esse vínculo socioafetivo entre pais e filhos, principalmente em casos de multiparentalidade, se faz necessário a comprovação da posse de estado do filho.

CONSTITUCIONAL E FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COM REGISTRO DE MULTIPARENTALIDADE VÍNCULO BIOLÓGICO PREEXISTENTE. RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO. DUPLA MATERNIDADE. POSSIBILIDADE. TESE FIXADA PELO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. SENTENÇA REFORMADA.

O Supremo Tribunal Federal, ao conceder repercussão geral ao tema n.622, no leading case do RE 898060/SC, entendeu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios.

Consoante se infere do referido julgado, houve uma mudança no entendimento sobre o tema da multiparentalidade, em virtude da constante evolução do conceito de família, que reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art.1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

In casu, constatada a coexistência de dois vínculos afetivos; quais sejam, com os pais socioafetivos e com a mãe biológica, não havendo qualquer oposição de nenhuma das partes sobre o reconhecimento da multiparentalidade, o seu reconhecimento é medida que se impõe.

Recurso provido. Sentença, reformada (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão 1057315, 20160110175077 APC, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 25/10/2017, publicado no DJe:14/11/2017)

No referido acórdão, a 5ª Turma Cível julgou uma ação de reconhecimento de parentalidade socioafetiva com registro de multiparentalidade, conjuntamente com a biológica, por existência do vínculo biológico. O reconhecimento simultâneo do vínculo socioafetivo, bem como a possibilidade da dupla paternidade, teve seu provimento concedido, visto que os julgadores utilizaram com tese o RE 898.060, juntamente com a Repercussão Geral 622, julgados anteriormente, abrindo precedentes para casos futuros, como esse, por exemplo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do Recurso Extraordinário 898.060- SC, o STF reconheceu a paternidade socioafetiva, possibilitando que ela seja declarada ou não em registro público, além de estabelecer que esta não impede o reconhecimento de filiação,

concomitantemente. Mas, mais importante que isso, o julgado garante que a parentalidade socioafetiva gera consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, assim como a biológica.

A partir de então, a parentalidade socioafetiva ganha cada vez mais notoriedade e relevância no âmbito jurídico, pois apesar de ser um tema relativamente novo, muito se discute sobre isso atualmente. Acima de tudo, tal reconhecimento se faz muito importante para a sociedade, afinal, são poucas as pessoas que têm conhecimento do que se trata a multiparentalidade e parentalidade socioafetiva, apesar de vivenciarem isso na prática, todos os dias.

Entretanto, ao analisar a jurisprudência, nota-se que em casos práticos, ainda existem muitos problemas que envolvem a multiparentalidade, por isso, é sugerido aos acadêmicos e futuros operadores do direito, por meio de pesquisa qualitativa-quantitativa, principalmente, que busquem compreender por que razões existem tantos problemas em torno da multiparentalidade socioafetiva, especialmente em casos julgados por tribunais superiores.

Por fim, vale reforçar que a família não se resume ao laço sanguíneo, mas sim onde mora o afeto, respeito, carinho e compreensão, por isso é importante abordar casos tão específicos de família, a fim de buscar o conhecimento e inovação cerca do assunto. Diante disso, que demais decisões importantes envolvendo as famílias contemporâneas sejam discutidas, reconhecidas e estudadas, para que a ignorância ou opiniões ultrapassadas não tomem o lugar do novo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTONI, Paula Baraldi. **O registro civil da filiação socioafetiva no direito brasileiro**. 2019. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS), Franca - São Paulo, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/>. Acesso em 06 de jan.2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060 Santa Catarina. Recurso Extraordinário, Repercussão Geral reconhecida**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em: 5 nov.2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406 de 2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 5 nov. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS; OPPERMANN. **Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir.** 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/86828257-Multiparentalidade-uma-realidade-que-a-justica-comecou-a-admitir.html>. Acesso em: 25 jan. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM - **Instituto Brasileiro de Direito de Família. Acordo garante à criança o direito de ter três mães.** 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5483>. Acesso em: 22 de fev de 2021

OLIVEIRA, B. C. D.; TOMASZEWSKI, A. de A. **Multiparentalidade no âmbito da família recomposta e seus efeitos jurídicos.** Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 20, n. 2, p. 273-294, jul./dez. 2017. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7396470>. Acesso em 6 nov. 2020.

PEREIRA, Fernando Sígolo; BUENO, José Geraldo Romanello. **A multiparentalidade como consequência da reprodução humana assistida: aspectos gerais e efeitos jurídicos.** Revista de direito. Universidade Presbiteriana Mackenzie, Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7085858>. Acesso em: 27 jan. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPÍTULO 10

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLADORA DE DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: ANÁLISE A PARTIR DO MERCOSUL

OBSTETRIC VIOLENCE AS A VIOLATION OF WOMEN'S HUMAN RIGHTS: ANALYSIS FROM THE MERCOSUR

*Richelly Pereira Santos*²⁹
*Antônio Leonardo Amorim*³⁰

Resumo: Considerada como um tipo de violência contra a mulher, a violência obstétrica tem como definição reconhecida em 2014 pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como sendo a violência sofrida pela mulher durante o ciclo da gravidez, sendo na fase do pré-natal, parto e pós-parto, podendo ocorrer por meio de ação ou omissão. Entretanto, ainda há discussão acerca deste conceito. Com a repercussão desse problema, há-se uma preocupação diante da situação, já que se observa a má qualidade nos atendimentos no que diz respeito a saúde das mulheres grávidas e as situações que são submetidas por quem deveria garantir o mínimo de dignidade em um momento tão importante. Portanto, o presente estudo tem como objetivo analisar se a violência obstétrica é violadora de direitos humanos das mulheres, quando submetidas a procedimentos e tratamentos abusivos e injustificados por parte daqueles que têm o dever de os garantir. Em especial, busca-se verificar a ocorrência da violência obstétrica, bem como analisar as políticas públicas adotadas por países integrantes do Mercosul na promoção da diminuição da continuidade de violência contra o binômio mãe-bebê.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Direito Penal, Políticas Públicas, Mercosul.

Abstract: Considered as a type of violence against women, obstetric violence has a definition recognized in 2014 by the World Health Organization (WHO), as the violence suffered by women during the pregnancy cycle, in the prenatal phase, childbirth and postpartum, which can occur through action or omission. However, there is still discussion about this concept. With the repercussion of this problem, there is a concern about the situation, as there is a poor quality of care with regard to the health of pregnant women and the situations they are subjected to by those who should guarantee a minimum of dignity at a time so important. Therefore, this study aims to analyze whether obstetric violence violates the human rights of women when subjected to abusive and unjustified procedures and treatments by those who have the duty to

²⁹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: richellysantos.rs@gmail.com.

³⁰ Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

guarantee them. In particular, it seeks to verify the occurrence of obstetric violence, as well as to analyze the public policies adopted by Mercosur member countries to promote a reduction in the continuity of violence against the mother-infant binomial.

Keywords: Human rights. Criminal Law, Public Policy, Mercosur.

INTRODUÇÃO

Considerada como um tipo de violência, o termo utilizado “violência obstétrica”, foi reconhecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 2014, na Declaração de Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde como violação de direitos humanos das mulheres (BRASIL, 2019). Entretanto, ainda há discussão acerca deste conceito.

Não muito conhecida, a violência obstétrica, terminologia essa ainda muito criticada, vem sendo mais debatida e posta a público nos últimos anos. Isso se explica por não ser tratada e nem tipificada como os outros tipos de violência e também por não ser reconhecida pelas próprias gestantes, visto que ela ocorre de maneira que as vezes pode ser confundida com o período sensível da gestação.

No Brasil ainda não tem nenhuma legislação nacional acerca da temática, uma vez que muitas mulheres acham comum tal prática, motivo este que as impedem de denunciar. Com a repercussão desse problema, há-se uma preocupação diante da situação, já que se observa a má qualidade nos atendimentos no que diz respeito a saúde das mulheres grávidas e as situações que são submetidas por quem deveria garantir o mínimo de dignidade em um momento tão importante.

Ao serem submetidas a estes tratamentos arbitrários, o ciclo da gravidez ou em casos de abortamento, fica marcado por situações traumatizantes tanto para as mulheres quanto para seus bebês. Portanto, o presente estudo tem como objetivo analisar se a violência obstétrica é violadora dos direitos humanos das mulheres, quando submetidas a procedimentos e tratamentos abusivos e injustificados por parte daqueles que têm o dever de os garantir.

Mas o problema não é somente este, por não ser abordada recorrentemente, além de não ter aparato legislativo que gere segurança jurídica de maneira nacional, acaba-se refletindo na perspectiva de violação aos direitos fundamentais, tais como saúde e

liberdade que são formas de garantir a dignidade da pessoa humana, sendo este o pilar da nossa Constituição.

Diante das reflexões propostas, faz-se a seguinte indagação: a violência obstétrica viola os direitos humanos das mulheres? A resposta a esse problema de pesquisa se dará a partir do método indutivo, da pesquisa bibliográfica, documental, com análise de casos de violência obstétrica, comparando com países do Mercosul sobre os avanços legislativos, com objetivo de verificar se a violência obstétrica é violadora de direitos humanos das mulheres.

Por este motivo, no presente trabalho, será analisado alguns casos de ocorrência da violência obstétrica no Estado do Mato Grosso, bem como as legislações que alguns países integrantes do Mercosul possuem que visa proteger mulheres contra esse tipo de violência. Em continuidade a legislação, considerando que no Brasil como não há respaldo jurídico no âmbito nacional, fora feito levantamento acerca dos projetos de lei que foram propostos para tratar da temática.

REGISTROS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ESTADO DE MATO GROSSO

A violência obstétrica abrange uma relação mãe-bebê e pode ocorrer tanto em instituições privadas como públicas, ultrapassando barreiras de raça, religião, etnia, cultura, consistindo, portanto, em um problema sistêmico que está longe de ser tratado e reparado da maneira que deveria ser.

Com o intuito de mostrar alguns fatos e como eles podem ocorrer de maneira concreta, este tópico será dedicado a retratar denúncias deste tipo de violência, situações essas que de alguma maneira marcaram histórias que deveriam ter finais felizes.

Para delimitação dos casos, utilizou-se o Estado de Mato Grosso como base de casos. No ano de 2018, o Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso (CRM-MT) investigava 251 médicos e todo o Estado, e conforme apurou-se, a maior parte das reclamações são referentes a caso de violência obstétrica e ginecológica, vindo a maior parte do interior³¹. A presidente do CRM-MT, Maria de Fátima de Carvalho Ferreira, a época explicou que “Dos 76 casos julgados no ano passado, em 53 deles, os médicos

31 O sítio Cáceres notícias divulgou no domingo, 25 de maio de 2018, matéria sobre denúncias contra casos de violência durante parto no município de Cáceres-MT.

foram absolvidos, portanto, mais da metade dos profissionais conseguem comprovar inocência”³².

Cabe salientar, que todas as situações descritas a seguir foram denunciadas e estão sendo apuradas pelo órgão competente, de modo administrativo, como prevê o Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso (CRM-MT), em seu art. 21 da Lei 3.268/1957 onde aduz que “O poder de disciplinar e aplicar penalidades aos médicos compete exclusivamente ao Conselho Regional, em que estavam inscritos ao tempo do fato punível, ou em que ocorreu, nos termos do art. 18, § 1º”.

CASO LUANA LACERDA PINTO

No dia 07 de julho de 2018, Luana Lacerda Pinto, gestante, de 21 anos, deu entrada no Hospital Geral Universitário (HGU), em Cuiabá-MT, as 02h30min em trabalho de parto, relata que neste momento foi encaminhada para uma sala de espera onde passou 12 horas em trabalho de parto, sendo este realizados as 15h20min daquele mesmo dia³³.

Luana relata que teria sido obrigada pela equipe médica a proceder com o parto normal, mesmo com o encaminhamento médico dizendo que isso não era possível, pois não havia a dilatação necessária.

Paulo da Silva, pai do bebê, alega que em todas as situações em que tentou intervir informando sobre o impedimento que a esposa tinha em seguir como método normal, fora ignorado pelos médicos.

Afirma Luana Lacerda Pinto:

Passei a manhã toda com muita dor, por várias vezes chamei a equipe para informar que não tinha dilatação e somente no período da tarde quando eles viram que eu não estava mais aguentando e eles tentaram fazer o parto normal e perceberam que não tinha dilatação, colocaram aparelho para ouvir o coração do bebê e não ouviram os batimentos, foi aí que eles perceberam que o meu útero tinha estourado e então resolveram fazer a cesariana de emergência e me levaram para a sala de cirurgia às pressas, daí não vi mais nada. (G1, 2018)

32 Nesta mesma matéria, do sitio Cáceres notícias, a Presidente do Conselho Regional de Medicina, Maria de Fátima de Carvalho Ferreira, expõe dados acerca dos casos de sindicâncias que ocorrem advindos de denúncias.

33 O G1, noticiou, no dia 23 de julho de 2018, caso em que uma família de Cuiabá-MT denunciou o Hospital Geral Universitário (HCU), localizado na mesma cidade, por violência obstétrica após morte de recém-nascido.

O bebê, que já tinha um nome, Pedro Henrique Lacerda ficou na UTI Neonatal por aproximadamente 15 dias vindo a óbito no dia 20 de julho de 2018. Familiares alegam que o bebê já nasceu morto e que ao dar entrada no hospital o pai da criança apresentou documento do pré-natal onde indicava parto cesáreo devido à falta de dilatação.

Uma das lembranças de Luana relata foi de ser levada para a sala de cirurgia, onde foi anestesiada e antes que esta fizesse efeito, à equipe médica retirou o feto puxando com as mãos, momento diz ter sentido muita dor.

O hospital se pronunciou acerca do fato, e disse que o bebê obteve toda a assistência e que o parto foi realizado seguindo todas as recomendações e normas técnicas oriundas do Ministério da Saúde. Disse, ainda, que todo o trabalho de parto ocorreu sem necessidade de intervenção externa da equipe médica.

Relata Luana que "cheguei ao hospital pronta para dar à luz meu segundo filho às 02h30min da manhã do dia 07 de julho, e viver o dia mais feliz da minha vida. Mas saí de lá com ele morto" ³⁴.

CASO ROSA MARIA MARTINS PIRES

Rosa Maria Martins Pires, grávida de nove meses, deu entrada em um hospital que atendia pelo SUS. Assim que chegou pediu ao médico que realizasse uma cesariana, tendo em vista que estava passando mal e que não conseguiria passar pelo parto normal, mas o pedido fora rejeitado pelo médico, dizendo este que seria normal, pois a dilatação estava indo bem (G1, 2017).

Após doze horas, ela ainda se encontrava em trabalho de parto, quanto a criança começou a nascer ainda dentro do quarto. "Passei a mão e senti a cabeça do nenê. As enfermeiras vieram correndo e o doutor estava dormindo", disse a parturiente.³⁵

³⁴ Segundo matéria divulgada no portal do OLHAR DIREITO, acerca do referido caso, Luana, mãe do recém-nascido que veio a óbito, expos sentimento acerca da perda do filho.

³⁵ Em notícia veiculada pelo G1, o CRM-MT, no ano de 2017, recebeu denúncias contra 88 (oitenta e oito) médicos por erro médico ou falta de ética. E foi em uma dessas denúncias, estando o caso da Sr. Rosa Maria entre essas denúncias.

No entanto, no centro cirúrgico, o bebê parou de nascer, momento este, segundo a mãe, o médico começou a ofendê-la, dizendo “Você não está ajudando, você não quer que essa criança nasça”

A mãe não conseguindo mais fazer forças e o bebê não saindo, esse foi retirado à força. "Senti as mãos dele arrancando a criança. Daí levantei e vi que minha filha estava imóvel", relatou Rosa.

Após 5 dias, o bebê veio a óbito, o médico alega que realizou os procedimentos adequados, disse ainda que a paciente não solicitou a cesariana.

CASO MARIA LIMA DE JESUS

Maria Lima de Jesus, de 38 anos, foi internada no dia 29 de julho no Hospital Santa Casa, na cidade de Rondonópolis-MT, após entrar em trabalho de parto. Segundo os médicos a criança estava prematura, com 32 semanas, e por este motivo iriam aguardar completar 34 semanas de gestação para que assim realizassem o parto (G1, 2020).

Segundo Adalberto de Souza Moreira, esposo de Maria, não foi permitida a sua permanência com a esposa. Depois de 11 dias de internação que foi lhe permitido a visita, neste momento disse que sua esposa estava irreconhecível, toda inchada. Adalberto informa ainda que já haviam realizado o parto de sua bebê que teve início às 7h30min e terminou 11h, de segunda-feira (10/08/2020), no entanto, o couro cabeludo do lado esquerdo da recém-nascida foi retirado até a nuca durante o parto.

A Santa Casa de Rondonópolis, reconheceu que houve realmente a retirada do couro cabeludo da criança, bem como a perfuração da bexiga da mãe durante o parto, com a justificativa de que o espaço entre a bacia óssea da mãe e a cabeça da criança era pouco, o que acarretou no incidente. O hospital ainda informou que tanto a mãe quanto a criança foram internadas em estado grave na UTI.

CASO SEM DADOS DAS VÍTIMAS

De acordo com a Polícia Civil de Cáceres-MT, foi registrado boletim de ocorrência sobre conduta do médico Jarbes Balieiro Damasceno, onde segundo o comunicante, sendo o pai do recém-nascido, sua esposa deu entrada no hospital já em trabalho de parto às 09 horas do dia 29 de maio de 2017. A gestante passou por

ultrassonografia onde foi constatado a perda de líquido e que a mesma teria que fazer uma cesárea, momento em que o médico optou pelo parto normal. Por volta das 21 horas, a gestante foi encaminhada para o centro cirúrgico onde foi tratada com muita grosseria (SESP-MT, 2017).

As enfermeiras foram ordenadas pelo médico para que apertassem a barriga da gestante manobra essa chamada “Manobra de Kristeller”, como confessou o médico, método este que não é recomendado pelo Conselho Regional de Medicina por não haver evidências científicas sobre sua utilização. O bebê nasceu quase sem sinais vitais e foi encaminhado para UTI neonatal. Dias depois em decorrência do parto agressivo, a criança veio a morrer. A mãe teve hemorragia interna.

Segundo o delegado, responsável pelo caso, a época o médico iria responder por homicídio culposo pela morte do recém-nascido e lesão corporal, por agressões a mãe da criança, que ocorreram durante o parto³⁶.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Neste tópico será abordado a conceituação do que vem a ser a Dignidade da Pessoa Humana, de modo genérico, considerando a amplitude do tema, e qual a sua forma de abrangência e aplicação no que se refere a Violência Obstétrica. A intenção não é trazer a trajetória da dignidade de maneira detalhada, mas sim o que mais se discute em relação a ela para a discussão quanto a violência obstétrica como violação da dignidade da pessoa humana, se essa se perfaz, e se sim, de qual forma.

CONCEITO DE DIGNIDADE

Consistindo em um marco histórico em nossa sociedade, o princípio da dignidade da pessoa humana, simplificando de uma maneira mais singela, vem para nortear todo um ordenamento jurídico, sendo um princípio fundamental acerca do mínimo existencial para um indivíduo, simplesmente pelo fato de sua condição humana.

Não é difícil entender a razão do aparente pleonasma da expressão direitos

³⁶ Segundo a Polícia Civil de Cáceres, em notícia divulgada na página da Secretaria de Estado de Segurança Pública – SESP/MT -, a conduta arbitrária do médico já era investigada em outro inquérito policial, onde um bebê nasceu com o braço quebrado e a parturiente havia sofrido lesões na região vaginal.

humanos ou direitos do homem. Trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos (COMPARATO, 2015).

Para compreendê-lo, temos que sua origem e, evolução este sempre existiu, mas começou-se a se destacar a partir do século XX, mas não com grande repercussão. Exemplos de citação foram a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Portuguesa de 1933.

Contudo, foi após a Segunda Guerra Mundial, onde ocorreu diversos conflitos e atrocidades contra o ser, como por exemplo o nazismo, representado pelo líder Adolf Hitler, que por indignação a todos os atos praticados, tivemos a dignidade da pessoa humana questionada de maneira significativa, o que levou logo após a sua utilização nas constituições. Após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana (COMPARATO, 2015).

Com isso, em 1948, a Organização das Nações Unidas – ONU, promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu primeiro artigo estabelece que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, bem como em seu preâmbulo, é posto que “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Já no Brasil, tivemos a primeira previsão expressa na Constituição Federal de 1988, sendo ainda vigente, que causou uma ruptura de um governo ditador para um governo democrático, sendo, portanto, o princípio fundamento da República Federativa do Brasil.

Pois bem, chamada também de Carta Magna, a Constituição de 1988 representou, à época, um grande avanço nos que diz respeito aos direitos sociais, sendo também a transição de um regime militar para uma democracia.

Isso se justifica, pois, foi a primeira vez na história do Brasil que a população participou diretamente da elaboração de uma constituição. A promulgação do texto foi um grande marco, uma vez que causou a ruptura com a Constituição de 1967, que foi criada 03 anos após o início da ditadura militar, que perdurou pelo período de 1964 a

1985, que por ser ditatorial restringia direitos e garantias.

Considerado um projeto avançado na época, a Constituição Federal foi considerada uma conquista em relação à cidadania e aos direitos humanos, pois aprovou conquistas significativas em áreas como saúde, previdência, assistência social, direitos do consumidor, direitos femininos, direitos da criança e do adolescente, direitos indígenas, jornada de trabalho e o novo Código Civil. Neste sentido, revela-se que a Dignidade da Pessoa Humana foi uma decisão fundamental a respeito da finalidade do exercício do poder estatal e do próprio Estado, uma vez inserida em nosso ordenamento, já que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, sendo, portanto, o ser humano finalidade precípua, e não meio da atividade estatal, partindo do referido princípio todos os demais valores.

Portanto, temos que a dignidade da pessoa humana é universal, independentemente de suas características individuais de cada um, ela existe, e decorre da própria condição humana.

Sendo assim o livro *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, de autoria de Comparato (2015, p. 30), conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Por se tratar de princípio, este por sua vez, irá alcançar e direcionar todo o ordenamento jurídico, bem como, tem por escopo guiar os operadores do direito acerca da sua efetividade dos valores advindos deste princípio, no seu dia a dia.

Quando falamos sobre a dignidade da pessoa humana, temos segundo Rizzato (2018, p. 20), que:

Percebe-se, então, que o termo dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos análogos, mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna.

Do mesmo modo, o referido autor ainda traz (RIZZATO, 2018, p. 31):

Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou, como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade.

Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega a um momento de seu desenvolvimento em que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade –, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.

Barroso compartilha em um dos seus trabalhos que a dignidade humana possui três elementos essenciais, sendo estes utilizados para dar um sentido mínimo para que seja aplicado universalmente, uma vez que o princípio da dignidade transcende infinitas variações³⁷.

O primeiro conteúdo essencial é o valor intrínseco da pessoa humana, que diz respeito à natureza do ser, ou seja, o ser humano por si só, pelo simples fato de ser humano, na sua maneira ímpar de existir e ser. Quando isso é levado para o plano jurídico, considera-se que o ser humano, independentemente de sua subjetividade, tem todos os direitos fundamentais garantidos, desde o direito à vida, à igualdade, à integridade moral e psíquica, à integridade física, etc (BARROSO, 2010).

O segundo conteúdo vem a ser a autonomia da vontade, que está ligada ao exercício da vontade, desde que esta seja dentro dos limites normativos. A autonomia envolve a autodeterminação, que diz respeito às decisões que o indivíduo vai tomar para sua vida, tanto pessoal quanto em outras esferas (BARROSO, 2010). O conteúdo da autonomia da vontade é de grande relevância neste trabalho, uma vez que está ligado diretamente a violência obstétrica, a partir dos momentos em que a mulher é impedida de decidir sobre o seu corpo e tudo que será realizado nele nos procedimentos ligados à gestação e também nos abortamentos permitidos em lei.

E por último o valor comunitário, que consiste no elemento social do ser humano em meio a comunidade. Esse terceiro conteúdo envolve a autonomia da vontade, contudo, no sentido de uma constrição externa, ou seja, o limite da nossa liberdade quando temos que viver em uma sociedade (BARROSO, 2010).

Sendo assim, no que diz respeito a Violência Obstétrica, o segundo conteúdo essencial, sendo a autonomia da vontade, é claramente corrompida, prejudicada, a partir do momento em que o médico não passa a paciente quais serão os procedimentos realizados durante a gestação, ou no momento de alguma consulta/exame, o que acaba impossibilitando que ela tome decisões acerca do que será feito em seu corpo. Posto assim, analisaremos brevemente sobre a autonomia da vontade e como essa se relaciona

37 Em seu artigo intitulado “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdo mínimos e critérios de aplicação”, Barroso faz uma contextualização da dignidade da pessoa humana, enfatizando a sua natureza bem como ela é utilizada pela jurisprudência brasileira.

com a violência obstétrica.

AUTONOMIA DA VONTADE E A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Eudes Quintino de Oliveira Júnior, Euder Quintino de Oliveira e Pedro Bellentani Quintino de Oliveira no artigo “Autonomia da vontade do paciente X autonomia profissional do médico”, estes trazem quem o paciente é o senhor do próprio corpo, ou seja, é ele que vai tomar as decisões do seu próprio, exceto em alguns casos já regulamentados (JUNIOR et al., 2013). Quando falamos das exceções, tratamos que para que o exercício da autonomia da vontade se perfaça é necessário que o agente, ou seja, paciente tenha discernimento e seja capaz, naquele momento, para decidir a respeito da sua saúde física psíquica bem como das suas relações sociais.

Sendo assim, conseqüentemente se o paciente não se encontrar em situação lúcida para tomar decisões, ou que não reúna todas as condições para exercer a sua autonomia, estes serão representados por familiares ou terceiros que sejam estipulados para que possam tomar determinadas decisões. Deste modo, JUNIOR, OLIVEIRA e OLIVEIRA (2013, p. 09), explicam:

A corporeidade expressa a realidade singular do homem. Ele é proprietário de um patrimônio chamado corpo humano, detentor de seus atos, administrador desse inesgotável latifúndio, que vem revestido de uma tutela especial que lhe confere personalidade e torna-o sujeito de direitos e obrigações. Qualquer intervenção na área médica que venha a se submeter, quando permitida, requer a participação de duas vontades: a do paciente, que outorga poderes para o profissional da saúde exercer seu *munus curandi* e a deste, para executá-lo.

Como meio de respaldo, o Código de Ética Médica vigente, publicado no ano de 2019, trouxe um capítulo que visa garantir a proteção do Direitos Humanos, taxando quais são as condutas vedadas pelo profissional médico para garantir tais direitos, entres elas estão:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto. Parágrafo único. O médico deve ter para com seus colegas respeito, consideração e solidariedade.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem (CFM, 2018).

É fato, que a mulher independente de qualquer situação é sujeito de direitos, e na gestação não é diferente. Sendo assim, segundo Larissa Nazário e Fátima Fagunde Barasuol em trabalho denominado “Os direitos da parturiente nos casos de violência obstétrica” esclarecem que a parturiente deve sim ser orientada tanto pelo médico, quanto pelo hospital e/ou maternidade, bem como deve ter acesso a toda a informação sobre as condições do seu parto quais serão as consequências advindas dele para que assim haja interação entre todos os envolvidos, sem qualquer tipo de medo ou coação (NAZARO e HAMMARTON, 2017).

E desta forma, a partir do momento em que as mulheres exercem autonomia sobre seu corpo, tomando decisões sobre si e seu bebe, tirando o profissional do exercício de figura principal, começamos a falar do respeito que devemos ter nessas situações, deixando para trás todo patriarquismo e autoridade da figura médica, e deixando a mulher tomar ter autoridade de si mesma, em um momento que é dela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que desde a antiguidade, as mulheres foram reprimidas e privadas de diversos direitos, postas em uma sociedade patriarcal em que não tinha decisão nenhuma. Um dos momentos em que era protagonista de seu corpo era no momento de dar à luz, momento esse que era cuidadosamente realizado por parteiras que faziam com que essa etapa fosse delicada e condizente com tudo que envolvia o “dar à luz”, sem interferência do homem ou qualquer método que não fosse natural.

Contudo, com o passar dos anos, esse momento que era feminino, natural, e de certa forma tranquilo, foi perdendo lugar para a institucionalização do parto, onde foram surgindo diversas interferências de médicos e aumento de procedimentos muitas vezes desnecessários e invasivos.

Com o aumento de casos que era considerado arbitrário pelas instituições de saúde, neste caso, como demonstrado, foi necessário criar políticas públicas que

visassem proteger mulheres de violência no período gestacional bem como em abortamentos previstos em lei. Isso se justifica, pois, o direito ao parto é direito fundamental, devendo ser respeitado e protegidas de qualquer violência ou forma de discriminação. Isso ultrapassa as barreiras do parto. Infelizmente, a mulher por ser mulher, mesmo depois de tantos anos, ainda é objetificada e discriminada, isso se chama violência de gênero.

O pior é que muitas vezes não é culpa somente do indivíduo que pratica a violência, mas de todo um sistema mundial que se fundou no patriarquismo, internalizando isso em muitas gerações. É doloroso saber que mulheres cada dia mais tem que lutar para que consiga direitos que não precisaria ser dito ou imposto para que as pessoas possam respeitar. São direitos eleitorais, patrimoniais, sexuais, físicos, reprodutivos, morais dentre muitos outros que parecem que deve ser implorado ao sistema para que possa ser resguardado.

Mais triste ainda, é pensar que em um momento tão crucial e singular como é a gravidez, ou muitas vezes um momento tão delicado e difícil que é o abortamento, consegue ser corrompido pelos maus-tratos, humilhação, morte, violência, xingamentos, dentre várias outras formas de diminuição e lesão que deveria ser respeitado principalmente pelos profissionais responsáveis por garantir o mínimo de dignidade da pessoa humana e naquele momento. É difícil você ouvir relatos, como os que foram expostos, de uma criança que mal nasceu e já foi arrancado seu couro cabeludo por terceiros de modo que pareça ser normal. É difícil você saber que por irresponsabilidade ou descaso de uma equipe médica você perdeu seu filho e ainda foi machucada no momento do parto. É difícil você ter que ouvir que deve sentir dor porque no parto tem que haver dor. Uma coisa é a dor natural, outra é a dor causada. É difícil alguém pressionar sua barriga, de 08 meses, por exemplo, para que seu filho nasça a força, sabendo que é um risco. Sinta essa dor como se fosse sua.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp->

content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 11 de mai. de 2021.

COMPARATO, Fábio Konder; **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**; 2015, 10ª edição. Editora Saraiva.

DINIZ, Simone Grilo. Et. Al. **Violência Obstétrica com questão para a saúde pública no Brasil**: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e proposta para sua prevenção. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf. Acesso em 02 de jun. 2021.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira, OLIVEIRA, Euder Quintino, OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino. **Artigo Revisão Autonomia da vontade do paciente X autonomia profissional do médico**. Disponível em: <https://www.jca.org.br/jca/article/view/2483/2485>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

MATO GROSSO. **Introdução dos Casos Ocorridos em Cáceres**. Disponível em: <https://www.caceresnoticias.com.br/policia/crm-apura-denuncias-contras-casos-de-violencia-no-parto-em-caceres/649580>. Acesso em 03 de mar. 2021.

MATO GROSSO. **Caso Luana Lacerda Pinto**. Disponível em: <https://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?id=448288¬icia=recem-nascido-morre-e-mae-denuncia-violencia-obstetrica-no-hospital-geral>. Acesso em 16 de ago. 2020.

MATO GROSSO. **Caso Rosa Maria Martins Pires**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/crm-mt-recebeu-denuncias-contras-88-medicos-por-erro-ou-falta-de-etica-neste-ano.ghtml>, Acesso em 16 de ago. 2020

MATO GROSSO. **Caso Maria Lima de Jesus**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2020/08/14/hospital-admite-que-crianca-teve-couro-cabeludo-arrancado-durante-o-parto-em-mt.ghtml>. Acesso em 16 de ago. 2020.

MATO GROSSO. **Caso sem dados das vítimas**. <http://www.sesp.mt.gov.br/-/policia-civil-indicia-medico-por-morte-de-recem-nascido-em-caceres>. Acesso em 08 mai. 2021.

VENDRÚSCULO, C. T.; KRUEL, C. S; **A história do Parto**: Do domicílio ao hospital das parteiras ao médico; de sujeito a objeto. Disponível em: <file:///C:/Users/MARCOS~1/AppData/Local/Temp/1842-5134-2-PB-1.pdf>. Acesso em: 01 de abr. 2021.

CAPÍTULO 11

A CONCRETIZAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA: REFLEXÃO SOBRE A SUA SUPERUTILIZAÇÃO E USO RETÓRICO

THE CONCRETIZATION OF OBJECTIVE GOOD FAITH: REFLECTION ON ITS OVERUSE AND RHETORICAL USE

*Stefânia Fraga Mendes*³⁸

Resumo: O artigo em questão aborda a atual conjuntura do direito contratual pós-moderno, especialmente com os novos princípios informadores da teoria contratual em decorrência da massificação com o intuito de posicionar a boa-fé objetiva no âmbito das relações contratuais. O princípio da boa-fé objetiva é responsável por materializar e concretizar os valores constitucionais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial. As cláusulas gerais, inseridas no ordenamento jurídico, permitem uma valoração de conteúdo a ser realizada pelo aplicador da lei diante do caso concreto. Trata-se de uma forma de oxigenar o próprio sistema, porém, questiona-se o modo que as elas estão sendo utilizadas e aplicadas pelo julgador. Dentre elas, destaca-se a boa-fé objetiva, objeto da análise empreendida, que diz respeito ao comportamento de confiança e lealdade que deve ser observado. Questiona-se se o uso desmedido da boa-fé objetiva, por vezes, associada a outras cláusulas gerais, poderia causar um enfraquecimento do instituto e consequências jurídicas dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Questiona-se, ainda, a utilização retórica da boa-fé objetiva. Pontua-se se a boa-fé, ao ser utilizada de forma deliberada, não poderá desencadear um processo automático de invocação nas decisões pelos Tribunais brasileiros, sobretudo quando invocadas fórmulas vazias.

Palavras-chave: pós-modernidade. contratos. boa-fé objetiva.

Abstract: The article in question addresses a current conjuncture of postmodern contract law, especially with new informing principles of contractual theory as a result of massification with the purpose of good faith objective no limit of contractual relations. The principle of good objective is responsible for the materialization and materialization, among the values, constitutional principles of the human person, substantial equality. The specific general clauses, included in the legal system, allow an appreciation of the content to be carried out by the law enforcer in the face of the case. It is a way of oxygenating the system itself, however, the way in which they are being used and applied by the judge is questioned. Among them, objective good faith stands out, object of the analysis undertaken, which concerns the behavior of fidelity and loyalty that must be observed. It is questioned whether the excessive use of objective good faith, sometimes associated with other general clauses, can cause a weakening of the institute and legal consequences within the Brazilian legal system. The rhetorical use of objective good faith is also questioned. Pont, if good faith, being automatically deliberate, did not freely use a process of freedom used mainly by Brazilian Courts, when the formulas of the formula are invoked.

38 Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Professora Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: stefania.mendes@unemat.br.

Keywords: postmodernity. contracts. objective good faith.

INTRODUÇÃO

Em decorrência do fenômeno da massificação e da industrialização, a concepção clássica do contrato não mais condizia com o contexto socioeconômico do século XX. Surgiram os contratos em massa que, em razão da velocidade das contratações, não permitiam que os contratantes discutissem as cláusulas contratuais, apenas aderindo-as ou não.

Com a massificação e o individualismo exacerbado, surge uma crise sociológica chamada de crise pós-moderna. Os contratos tiveram que se readaptar à nova realidade imposta. Verifica-se na pós-modernidade a importância dada à informação, à confiança depositada.

O contrato passou a ter cunho social em que se busca a tutela da confiança e o equilíbrio contratual. Os princípios clássicos do contrato, quais sejam, a autonomia da vontade, a liberdade contratual e a obrigatoriedade dos contratos dividiram espaço com novos princípios, dentre os quais, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual.

Na atual sociedade massificada e despersonalizada houve a revitalização do princípio da boa-fé objetiva, indispensável nas relações contratuais. O princípio da boa-fé objetiva é responsável por materializar e concretizar os valores constitucionais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade substancial. Os contratantes passaram a seguir os novos ditames éticos impostos pelo ordenamento jurídico. As relações obrigacionais passaram a ser permeadas pela cooperação e solidariedade entre os contratantes.

A boa-fé objetiva pugna por uma conduta leal entre os contratantes em todas as fases contratuais, desde as tratativas até a fase pós-contratual. Trata-se de instrumento eficaz que possibilita o alcance da justiça e o equilíbrio nas relações contratuais. Ao mencionar regras de conduta a serem seguidas por ambos os contratantes, almeja a lisura na relação contratual. Busca-se uma relação jurídica mais justa e igualitária entre os contratantes.

Verificam-se as transformações e dinâmicas contemporâneas no campo jurídico da concretização da boa-fé objetiva no Brasil. É necessário compreender como tem sido a aplicação do boa-fé objetiva no direito brasileiro e como tem sido superada as

dificuldades para que o devido princípio tenha sua correta aplicação. A boa-fé objetiva é princípio autônomo e devem ser traçados limites para o seu uso devido, contornando o uso deliberado das cláusulas gerais.

A PÓS-MODERNIDADE E OS CONTRATOS EM MASSA

O contrato, em sua concepção clássica, é designado como um negócio jurídico decorrente do acordo de vontades. É sabido que a autonomia da vontade é um princípio fundamental do direito contratual que consiste na liberdade de contratar. Ocorre que tal liberdade foi concebida nos moldes liberais, trazendo assim, injustiças, tais como, o desequilíbrio das relações contratuais e a prevalência do interesse individual sob o interesse social.

A autonomia da vontade é tutelada no Código Civil, porém apresenta a função social dos contratos e a boa-fé objetiva como instrumentos de controle a serem observados.

A concepção clássica de contrato traduz a ideia de igualdade de posição entre os contratantes perante o direito e a sociedade, em que ambos discutiriam livremente as cláusulas contratuais. São os chamados contratos paritários ou individuais (MARQUES, 2006, p. 64).

Os contratos paritários, caracterizados por ambos os contratantes participarem da elaboração das cláusulas contratuais de forma equânime, não tem apresentado um elevado número atualmente em razão das contratações em massa. Claudia Lima Marques menciona que na “[...] sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despessoalizou e se desmaterializou.” (MARQUES, 2006, p. 53).

Há que se mencionar duas crises da teoria contratual clássica: a da massificação e a da desmaterialização, também denominada de crise da pós-modernidade.

A contratação em massa é frequente nas relações entre as empresas e os consumidores. Trata-se de contratos de igual conteúdo que alcança um grande número de contratantes.

A produção em massa, decorrente da revolução industrial, voltada para a satisfação das necessidades da sociedade de consumo que se formou a partir

do século XIX, exigia um instrumento negocial capaz de garantir o menor tempo possível no momento da contratação, a fim de que o comerciante pudesse atender todos os consumidores que a ele se dirigissem (SCHMITT, 2010, p. 84).

Ao tratar das características das relações jurídicas de massa, Paulo Lobo cita a despersonalização, vez que há dificuldade em identificar os sujeitos, que não se conhecem, levando ao anonimato dos contratantes. Ao contrário das relações jurídicas de massa, as relações jurídicas tradicionais realizavam-se entre pessoas identificadas ou identificáveis (LOBO, 2011, p. 120).

A despersonalização é traço comum das contratações em massa, vez que em razão da rapidez e necessidade das contratações, tornou-se difícil identificar os contratantes.

Por conseguinte, Paulo Nalin assinala que “[...] o contratante do início deste século enfrentou uma situação inusitada, em razão das novas estruturas contratuais criadas que, em face de uma função massiva, voltada ao escoamento e produção em escala industrial, despersonalizou a relação contratual (NALIM, 2001, p. 109).

A sociedade de massa atualmente realiza vários contratos no mercado que possuem o mesmo teor contratual e são realizados com inúmeras pessoas. As cláusulas apresentadas são redigidas unilateralmente e em regra, não é dada à parte aderente a possibilidade de discuti-las. Os contratos de adesão e a prévia estipulação das cláusulas contratuais estão inseridos em uma sociedade moderna.

Na concepção clássica do contrato residia o voluntarismo. Cumpre salientar que a crise contratual possibilitou o surgimento de novos contratos, o que acarretou um aumento significativo do número de contratos que eram firmados. Aproximou-se da equidade contratual, afastando, com isso, o voluntarismo.

Com a massificação e o individualismo exacerbado surge uma crise sociológica chamada de pós-moderna. De acordo com Claudia Lima Marques a “pós-modernidade é a fase posterior à industrialização, em que há uma pluralidade de fontes normativas, há uma desmaterialização. Cláudia Lima Marques define a pós-modernidade como a crise do Estado do bem-estar social (MARQUES, 2006, p. 174).

O que antes era contrato bilateral e comutativo passou a ser contrato múltiplo. Nos contratos múltiplos, um mesmo lado da relação contratual possui diversas pessoas. É nesse contexto que os contratos de adesão e os contratos cativos de longa duração estão inseridos.

Na pós-modernidade foi dada importância à informação, à confiança depositada. É o que aponta Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2006, p.185) ao abordar o princípio da boa-fé objetiva.

[...] em tempos pós-modernos é necessária uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de justiça e equidade, principalmente no direito civil, do princípio da boa-fé objetiva, como paradigma limitador da autonomia de vontade.

O contrato passou a ter cunho social em que se busca a tutela da confiança e o equilíbrio contratual. Os princípios clássicos do contrato, quais sejam, a autonomia da vontade, a liberdade contratual e a obrigatoriedade dos contratos dividiram espaço com novos princípios, dentre os quais, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. Na atual sociedade massificada e despersonalizada houve a revitalização do princípio da boa-fé objetiva, indispensável nas relações contratuais.

A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA E A TUTELA DA CONFIANÇA

O princípio da boa-fé objetiva tem enorme relevância no cenário jurídico brasileiro, especialmente após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, que o previu como norteador da relação de consumo. No tocante aos contratos inseridos na esfera cível, o princípio teve destaque com a promulgação do Código Civil de 2002.

A abordagem da boa-fé objetiva é de suma relevância na atual conjuntura contratual, uma vez que as relações contratuais compõem uma visão moderna, que almeja a dignidade da pessoa humana.

O princípio da boa-fé objetiva reflete um valor ético pautado pela lealdade e pela confiança e não meramente a um estado psicológico evidenciado na pessoa do contratante relacionado ao estado de crença ou ignorância dele, como é o caso da boa-fé subjetiva.

O Código de 1916 tratou da boa-fé objetiva de forma pontual, ao contrário do Código Civil de 2002 que fez referência à boa-fé objetiva como critério de interpretação da declaração da vontade (art.113), de valoração da abusividade no exercício de direito subjetivo (art.187) e como regra de conduta imposta aos contratantes (art.422).

Com a boa-fé objetiva rompeu-se o paradigma do direito brasileiro: o individualismo presente no Código de 1916 foi substituído pela valorização da pessoa a partir da dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III e da solidariedade prevista no art. 3º, III da Constituição Federal.

A boa-fé objetiva pugna por uma conduta leal dos contratantes em todas as fases contratuais: desde as tratativas até a fase pós-contratual.

A predominância da boa-fé nas relações obrigacionais é de tal maneira que se tornou essencial, ressaltando que mesmo havendo pólos opostos é necessário existir um mínimo ético, de lealdade e cuidado um para com o outro. Busca-se a cooperação mútua a fim de que ambas as partes sejam satisfeitas e as obrigações sejam mutuamente cumpridas e dessa forma, seja possível alcançar a justiça material.

O princípio da boa-fé objetiva concretizou os valores constitucionais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade substancial e, como cláusula geral no ordenamento jurídico veda a presença de cláusulas abusivas nos contratos.

A boa-fé objetiva é um instrumento jurídico eficaz para que se alcance a justiça e o equilíbrio contratual. Ademais, pactua com os objetivos propostos na Constituição Federal de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

A boa-fé busca uma maior humanização das relações, protegendo os direitos dos contratantes e evitando que haja abuso de direito. Busca-se a lisura, a lealdade e a transparência do negócio jurídico.

A INADEQUAÇÃO DO USO DA BOA-FÉ OBJETIVA: A SUPERUTILIZAÇÃO E O USO RETÓRICO

Feitos os apontamentos acerca da pós-modernidade e da massificação, bem como a incidência de novos princípios que estão associados ao conceito pós-moderno de contrato, especialmente a boa-fé objetiva, faz-se um questionamento acerca da sua devida aplicação e utilização.

É necessária uma reflexão e autocrítica do próprio Direito brasileiro acerca do uso inadequado de um princípio tão relevante e importante. O uso inadequado da boa-fé pode ocasionar o risco de uma invocação vazia de conteúdo. O prestígio concedido às cláusulas gerais é característica notória da dogmática civil contemporânea. O julgador deve analisar criteriosamente o instituto da boa-fé para que então possa utilizar o termo da maneira

correta para fins de resolução dos casos em concreto. Dessa forma, a boa-fé não irá desencadear um processo automático de invocação nas decisões pelos Tribunais brasileiros.

No que diz respeito à fundamentação das decisões dos juízes, não devem ser invocadas fórmulas vazias, de modo a eleger determinada cláusula geral e utilizá-la deliberadamente. Cabe ao intérprete definir a “exata medida à luz das vicissitudes de cada caso concreto posto à sua apreciação” (TEPEDINO, 2020, s/n).

A boa-fé, em razão de sua importância e relevância, deve ser utilizada como um princípio autônomo e não associado a outras cláusulas gerais. Ademais, é necessário visualizar a sua superutilização em situações as quais não deveria ser invocada. Se os casos podem ser resolvidos por dispositivos específicos previstos no Código Civil, não há que se utilizar a boa-fé, o que soaria como a banalização do instituto (SCHREIBER, 2016, p. 80).

Ao analisar a aplicação da boa-fé, enaltece a importância do instituto e indaga-se se a longo prazo, a sua invocação como justificativa de inúmeras decisões em várias conotações, sem ser o substrato principal das decisões, não poderia causar um aparente declínio do seu conceito.

Deve-se evitar o risco de cair em generalizações demasiado retóricas e vazias do conceito, afastando qualquer chance de tratamento científico do tema e transformando um instrumento jurídico-positivo em uma noção puramente argumentativa, sujeita a invocação de todas as partes e, portanto, ineficaz ao alcance de qualquer solução para os conflitos concretos. (SCHREIBER, 2016, p. 83).

Invocações a boa-fé objetiva de forma imprópria tem levado os magistrados e mencioná-la em suas decisões, sem pontuações adicionais. Anderson Schreiber aduz que a boa-fé “invocada como receptáculo de todas as esperanças, acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente lhe são próprios” (SCHREIBER, 2016, p. 81).

E o autor, ainda, menciona que não se pretende, com isso, reduzir a cláusula geral de boa-fé a um rol taxativo de comportamento típicos, mas apenas fornecer alguns parâmetros razoavelmente seguros para a inadmissão de comportamentos a princípio lícitos (SCHREIBER, 2016, p. 83).

Faz-se a reflexão sobre a cláusula geral da boa-fé ser utilizada de forma excessivamente ampliada, sendo importante proceder ao exame técnico dos pressupostos e das condições de aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem da boa-fé objetiva é de suma relevância na atual conjuntura contratual, uma vez que as relações contratuais compõem uma visão moderna, que almeja a dignidade da pessoa humana. A boa-fé objetiva tem um aspecto solidarista e de consciência ética. A noção de boa-fé está ligada ao valor ético e às ideias de lealdade, justa expectativa e lisura, que são fundamentais para a existência da ética nos contratos.

A boa-fé desenvolveu-se à medida que ocorreram mudanças na sociedade, especialmente, com o surgimento da contratação em massa e em razão da necessidade de tutelar os interesses daqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade.

Deve ser feita uma abordagem correta no campo da concretização e aplicação da boa-fé objetiva no Brasil, devendo ser empregada nos casos em que efetivamente há necessidade, compatíveis com a relevância e importância do instituto.

Cabe a doutrina construir fundamentos teóricos que auxiliem a devida utilização da boa-fé objetiva, objetivando a segurança jurídica e, sobretudo, a justiça no caso concreto. No Direito brasileiro, há uma cultura incipiente de críticas à jurisprudência. A doutrina precisa assumir um papel mais ativo e incisivo na crítica jurisprudencial. É necessário reforçar o diálogo entre doutrina e jurisprudência no Brasil.

É imprescindível identificar se a boa-fé está associada a outros princípios ou tem sido aplicada de forma autônoma como instituto independente que é.

Deve-se ter consistência para fins de aplicação correta da boa-fé objetiva ao caso concreto. O instituto deve ser utilizado de forma adequada, sobretudo para a devida análise das decisões pela comunidade jurídica. A invocação da boa-fé, em nome do comportamento leal e ético das partes, pode acarretar generalizações que implicam decisões equivocadas em inúmeros processos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo. Vol. 87. São Paulo, 1992.

LOBO, Paulo. **Condições gerais e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **A doutrina do direito civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808, p. 11-19, fev. 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; NUNES-FRITZ, Karina; RODAS, Sérgio. Entrevista com Stefan Grundmann. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 9. ano 3. p. 337-350. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.

RUBINSTEIN, Flávio. *A bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 573-658, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHMIDT, Jan Peter. A Origem da Parte Geral do Direito Privado Brasileiro. **Revista de la Facultad de Derecho**. n. 80. junio-noviembre. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Soluções práticas de direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

SOBRE OS AUTORES

Aldo A. Nunes Filho - Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Doutorando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso. Advogado e membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. E-mail: aldofilhoo@outlook.com.

Ana Carolina Cavalcante Batista - Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), e-mail: cavalcantebatistaa@gmail.com.

Antônio Leonardo Amorim – Antônio Leonardo Amorim para: Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021).
E-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

Anderson Rocha Rodrigues – Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Especialização em Ciências Criminais pela PUC/MG e Mestrado em DIREITO pela Universidade Católica de Petrópolis (2017). Atua como professor nas seguintes instituições: Faculdade de Miguel Pereira (FAMIPE), nas matérias de Crime e Sociedade, Direito Penal e Direito Processual Penal e no Curso Preparatório às Escolas Militares - CPREM - CONCURSOADM. Atuou na Universidade do Estado de Mato Grosso, nas matérias de Direito Penal, Direito Constitucional e Direito Administrativo em Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino - IESDE BRASIL S/A e foi conciliador no Fórum Regional de Bangu/RJ (2020/2021).

Ayanesara Souza Santana Brizola - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: ayanesara_15@gmail.com.

Danila Moraes Brito - Graduada em Direito – Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). E-mail: danibritto85@gmail.com.

Denise Teresinha Stoffel - Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: denise.stoffel@unemat.br.

Itamara Lopes Gonçalves - Docente Orientadora no curso de Graduação da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Especialista em Novo Código de Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ (UCAM). Mestranda em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: itamaralopesgoncalves@gmail.com.

Leila Lima de Moura - Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Estado de Mato Grosso, Brasil. E-mail: leila.lima@unemat.br.

Leandra Trindade de Almeida - Graduada em Direito (UNEMAT). Pós-graduada em Direitos Humanos e Garantias Fundamentais (UNEMAT), e-mail: leandratrindadedealmeida@gmail.com.

Maria Madalena Cardoso Macedo Gomes - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: madah_cardoso@hotmail.com

Paulo Eduardo Elias Bernacchi - Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis/RJ (2017) - Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito com área de concentração única em JUSTIÇA, PROCESSO E DIREITOS HUMANOS, na linha de pesquisa Processo e efetivação da justiça e dos direitos humanos. MBA em LLM Direito Corporativo pelo IBMEC-RJ (2006-2007). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2005). Membro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) na Turma de Ética e Disciplina (TED) e membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB/RJ (2018/2021). Atualmente é advogado.

Rafael Urbano Ferreira dos Santos - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: rafaeurbanos@gmail.com.

Richelly Pereira Santos – Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: richellysantos.rs@gmail.com.

Suennia Resende Fraga Magela - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: suennia.magela@gmail.com.

Stefânia Fraga Mendes - Mestre pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2014-2016). Graduada pela Faculdade de Direito de Franca (2009-2013). É professora da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Foi bolsista CAPES (2014-2016). Foi bolsista do Centro Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq (2010/2011 e 2012/2013). Membro de grupo de pesquisa - Projeto de Extensão. Áreas de pesquisa: Direito Civil - Obrigações, Contratos e Família.



ISBN 978-655376027-1



9

786553

760271

S: