

# RDFAS

# REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

**ANO 3**

**JULHO/SETEMBRO 2016**

COORDENAÇÃO

**CARLOS ALBERTO GARBI**

**REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**

**THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO**

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

Ano 3 • vol. 9 • jul.-set. / 2016

*Coordenação*

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

*Assistente de Coordenação*

**ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO**

**PUBLICAÇÃO OFICIAL DA**  
**ADFAS – ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES**  
**[WWW.ADFAS.ORG.BR](http://WWW.ADFAS.ORG.BR)**

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

Ano 3 • vol. 9 • jul.-set. / 2016

**CONSELHO EDITORIAL**

**Conselho Editorial Internacional**

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

**Conselho Editorial Nacional**

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy Andrighi

Francisco Eduardo Loureiro

Ives Gandra da Silva Martins

Jorge Shiguemitsu Fujita

Luiz Fernando Salles Rossi

Maria Vital da Rocha

Mônica Bonetti Couto

Nadia de Araujo

Rogério José Ferraz Donnini

Rosa Maria de Andrade Nery

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

**PARECERISTAS**

Bianca Mendes Gonçalves

Edgard Audomar Marx Neto

Laura Souza Lima e Brito

Mariana Luize Ferreira Mamede

ISSN. 2358-2057

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

Ano 3 • vol. 9 • jul.-set. / 2016

*Coordenação*

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

*Assistente de Coordenação*

**ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO**

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

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

Rua Maestro Cardim, 560 - Cj 101/103  
01323-000 - São Paulo – SP

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

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

e-mail para submissão de originais  
[rdfas@adfas.org.br](mailto:rdfas@adfas.org.br)

Visite nosso site  
[www.adfas.org.br](http://www.adfas.org.br)

Fechamento desta edição: [30.09.2016]

## APRESENTAÇÃO

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

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

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

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

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

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

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>5</b>
---------------------------	----------

### DOCTRINA NACIONAL

#### **Sistemática tributária dos alimentos**

*Tax regime of alimony*

Alexandre Sansone Pacheco .....	9
---------------------------------	---

#### **Estado e autonomia familiar: considerações acerca do *homeschooling* (educação escolar domiciliar) e da Lei da Palmada no Brasil**

*State and the autonomy of the family: considerations about homeschooling (school education household) and Law of Slap in Brazil*

Antonio Jorge Pereira Júnior, José Weidson de Oliveira Neto e Nardejane Martins Cardoso .....	26
---	----

#### **A união estável e o namoro qualificado: uma diferenciação**

*The common-law marriage and the qualified dating*

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf ...	52
---	----

#### **Imposto sobre transmissão causa mortis e doação – ITCMD. Critérios para distinguir o valor limite da isenção na transmissão *causa mortis* e na transmissão *inter vivos* a título gratuito**

*Tax transmission causa mortis and donation - ITCMD. Criterion to distinguish the limit value of the exemption in the transmission of causa mortis as well as in transmission inter vivos free of charge*

Kiyoshi Harada .....	69
----------------------	----

#### **Direito ao esquecimento ou direito à privacidade?**

*Right to be forgotten or right to privacy?*

Láís Gomes Monte de Lyra e Maria Vital da Rocha .....	87
---	----

#### **Ainda faz sentido falar, hoje em dia, em débito conjugal?**

*Still makes sense, now a days, speak about conjugal debt?*

Maurício Fossen .....	133
-----------------------	-----

**DOCTRINA ESTRANGEIRA****Alguns desafios na prática da mediação familiar***Some challenges in the familiar mediation practice*

Rossana Martingo Cruz ..... 166

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA****A indenização por abandono afetivo - Comentários ao Resp 1.159.242-SP**

André Gonçalves Fernandes e Isabella Silveira de Castro ..... 192

**A mentalidade divorcista - Comentários ao AREsp: 236.619-DF**

André Gonçalves Fernandes e Lucas Porcel Torquetti ..... 204

**NORMAS DE PUBLICAÇÃO** ..... 216

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

Ano 3 • vol. 9 • jul.-set. / 2016

**DOCTRINA NACIONAL**



## SISTEMÁTICA TRIBUTÁRIA DOS ALIMENTOS

### *TAX REGIME OF ALIMONY*

**Alexandre Sansone Pacheco.**

Doutorando e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor da FGV/SP. Membro do Conselho Fiscal da ADFAS. Advogado em São Paulo.

**Sumário.** 1. Introdução. 2. Tributação dos alimentos recebidos. 3. Dedução dos alimentos pagos. 4. Racionalidade da sistemática de tributação dos alimentos. 5. Conclusão.

### **1. Introdução**

Nos domínios da legislação do IRPF (Imposto de Renda da Pessoa Física), os alimentos têm duas dimensões relevantes: (i) dedução do valor pago, na base de cálculo do imposto, pelo alimentante; e (ii) inclusão, na base de cálculo do imposto, desse mesmo valor recebido, pelo alimentando.

Temos, de um lado, então, o alimentante, que não dispõe mais de uma parcela de sua renda, porque veio a ser transferida ao alimentando, e que por essa razão dispõe do direito à dedução integral do valor pago na sua apuração do IRPF; e, de outro lado, o alimentando, que, por meio dessa transferência de cabedais, assume o encargo de sujeitar, o montante recebido, ao IRPF por ele apurado, sendo-lhe facultado, ainda, utilizar-se das mesmas regras de dedução e de isenção aplicáveis aos contribuintes em geral, tal como disposto na lei.

A legislação tributária, então, trata as duas questões, dedução e tributação, como faces da mesma moeda ao disciplinar que o valor pago dos alimentos seja (i) dedutível para quem o paga e (ii) tributável por quem o receba. Natural, portanto, que, ao se investigar a justiça da tributação dos alimentos, seja analisado não somente (i) o lado da incidência do tributo sobre o valor recebido, mas, também, (ii) o da dedução do valor pago.

É o que nos propomos neste texto fazer.

### **2. Tributação dos alimentos recebidos**

Analisando, em primeiro lugar, a questão da “tributação”, que é percebida de modo mais intuitivo pelo intérprete da legislação tributária aplicável ao tema, observamos

que a Constituição dispõe, em seu artigo 153, inciso III, que compete à União Federal instituir impostos sobre “renda e proventos de qualquer natureza”, sendo que seu artigo 146, inciso III, letra “a” atribui à lei complementar o papel de, no plano das normas gerais em matéria de legislação tributária, definir quais sejam os fatos geradores dos impostos discriminados na Constituição.

Assumindo, por recepção, o papel das “normas gerais” a que faz menção a Constituição, o CTN (Código Tributário Nacional), em seu artigo 43, especifica que é fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica “de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos” e “de proventos de qualquer natureza”, assim entendidos os demais “acréscimos patrimoniais”.

Com esse texto do artigo 43, o CTN, de modo compatível com a Constituição, aparenta ter mesclado duas tradicionais teorias sobre a renda tributável, tal como observado por Ricardo MARIZ DE OLIVEIRA<sup>1</sup>: a da (i) renda-produto, adotada de modo pleno; e a da (ii) renda-acrécimo, ainda que adotada de modo limitado. Na primeira, a renda é tida como um produto ou resultado de uma fonte econômica; na segunda, tem-se como renda o acréscimo de patrimônio ocorrido sem que tal universalidade de bens tenha promovido a adição em questão<sup>2</sup>.

Como exemplos de renda-produto, retratada no inciso I do artigo 43 do CTN, tem-se os salários e os rendimentos do trabalho não-assalariado, que são produtos do trabalho, e os aluguéis, que são produtos do capital. E como exemplos de renda-acrécimo, tem-se os ganhos de capital, que estão compreendidos no inciso II do artigo 43 do CTN.

É antiga a crítica a respeito da associação que o CTN fez da expressão “proventos de qualquer natureza” a “acréscimos patrimoniais”. José Luiz BULHÕES PEDREIRA<sup>3</sup> sustentou, a propósito, que o CTN “(...) não foi feliz ao definir o fato gerador do imposto de renda, pois a preocupação de abranger os ganhos de capital no conceito de renda levou-o a atribuir à expressão ‘proventos’ sentido incompatível com a sua significação vulgar”. Mais adiante<sup>4</sup>, o jurista, ao tratar dessa significação vulgar, destacou que “A expressão ‘proventos’ é empregada como sinônimo de pensão, rédito, proveito ou lucro”. E conclui afirmando que, “No seu sentido vulgar, tanto a expressão ‘renda’ quanto a ‘proventos’ implica a idéia de fluxo, de alguma coisa que entra, que é recebida”.

Nota-se que o inciso II do artigo 43 do CTN engloba pelo menos duas dimensões jurídicas distintas: (i) a dos “proventos”, termo tradicionalmente utilizado para

---

<sup>1</sup> *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 200.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 176 et seq.

<sup>3</sup> *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: APEC Editora, 1969, Capítulo 2.10(01), p. 2-2.

<sup>4</sup> *Ibidem*, Capítulo 2.11(20), p. 2-21 e 2-22.

aposentadorias e pensões; e (ii) a dos “acréscimos patrimoniais” não compreendidos no conceito de renda-produto trazido no inciso I desse mesmo artigo, o que abrange, inequivocamente, os ganhos de capital. É nesse inciso II, ademais, que se compreendem os “proventos de qualquer natureza” a que alude a Constituição, no seu artigo 153, inciso III, de modo que, em vista do termo “qualquer natureza”, desperta-se o questionamento acerca de eventualmente caber nesse conceito de “proventos” talhado pela lei maior, ao qual o CTN conforma-se, alguma outra espécie de ganho.

A Constituição abrigou um sentido ainda mais amplo do termo “proventos” do que o adotado pelo CTN, apontando, com a expressão “qualquer natureza”, para muito além do uso vulgar do conceito. Compreende-se melhor essa postura da Constituição quando se tem em vista o princípio da generalidade que informa o Imposto de Renda por força do artigo 153, parágrafo 2º, inciso I, o que afasta especulações acerca de se estar diante de uma iniquidade ou de uma contrariedade à natureza das coisas. O CTN, de seu turno, para que seja nesse tocante tido como “recepicionado” pela Constituição, há de ser interpretado de modo compatível com a generalidade atribuída pela lei constitucional ao Imposto de Renda.

Nessa linha de considerações, tem-se que o CTN não afastou os proventos de aposentadoria e os proventos de pensões do campo de incidência do Imposto de Renda. E nem poderia, porque a Constituição não dirige a materialidade do imposto sobre “estes” ou “aqueles” proventos, mas, sim, sobre os proventos de “qualquer natureza”, o que, à toda prova, abrange, em primeiro lugar, os cabedais tradicionalmente nominados como “proventos”. Não é razoável, enfim, admitir que a Constituição venha a se utilizar de um termo para significar quaisquer coisas à exceção, justamente, das que ele designa no seu uso vulgar.

Também não é possível inferir-se que, em vista da associação da expressão “acréscimos patrimoniais”, a tributação dos “proventos” somente possa alcançar “acréscimos” sobre o “patrimônio”. Se é bem verdade que, como acertadamente ressaltado por MARIZ DE OLIVEIRA<sup>5</sup>, “rendas e proventos são fatores de produção de aumento patrimonial”, não quer isso dizer que o contribuinte deva necessariamente experimentar aumento de patrimônio para que possa se sujeitar ao Imposto de Renda, mas, sim, que são tributáveis as “rendas” e os proventos” que tenham ingressado no patrimônio do beneficiário como um genuíno “acréscimo patrimonial”. Do contrário, o contribuinte que, por exemplo, encerrasse o período de apuração do imposto tendo consumido todo o seu patrimônio não apuraria Imposto de Renda – o quê não faz sentido, por se tem em vista um tributo que incide sobre o “fluxo de ganhos” e não sobre o “estoque de capital”.

---

<sup>5</sup> Op. cit., p. 286.

Postas essas premissas, tem-se, em primeiro lugar, que os alimentos representam um “fluxo” financeiro – cabedais que passam do alimentante para o alimentando. Não se trata, no entanto, de um fluxo financeiro decorrente do trabalho, do capital ou da combinação de ambos, de forma que não é no inciso I do artigo 43 do CTN que encontraremos o seu fundamento legal, mas, sim, no inciso II desse artigo, como proventos, ou seja, como ganhos cuja fonte é externa ao patrimônio do beneficiário, a exemplo das aposentadorias e das pensões de natureza previdenciária, e que nesse patrimônio ingressam de modo econômica e juridicamente definitivo.

Explica bem esse fenômeno o conceito de “transferência de renda” versado por BULHÕES PEDREIRA<sup>6</sup>, com o qual se tem que “o beneficiário não é o fator de produção que contribuiu para a formação da renda”, uma vez que, nesse caso, “A renda que caberia a determinado fator de produção é transferida a terceiro”. Como “modalidades de transferência de renda”, o jurista exemplifica, em outra obra sua, com “as pensões alimentícias ou por aposentadoria, as subvenções correntes, os prêmios de sorteio ou concurso e a distribuição de lucro ou dividendo por pessoas jurídicas”<sup>7</sup>.

Nos alimentos, há, em regra, então, “transferência de renda” do alimentante para o alimentando. O alimentante é “desapropriado” de sua renda, perdendo parte do produto do seu trabalho, de modo que passa, ele, a não ser mais “beneficiário” desse montante – e daí a justificativa para que seja autorizado, pela legislação tributária, a deduzir, na apuração do seu IRPF, o valor pago. Por outro lado, o alimentante passa, com o pagamento dos alimentos, a ser “fonte” dos “proventos” que são, então, auferidos pelo alimentando, que se faz novel beneficiário.

É bem verdade que o artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição atribui ao legislador o dever de graduar os impostos “segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Mas mesmo esse mandamento constitucional, veiculador do “princípio da capacidade contributiva”, é observado pela legislação do imposto de renda no caso, ao se determinar a tributação dos alimentos após a aplicação das regras de dedução e de isenção que são utilizáveis por todo e qualquer contribuinte, isonomicamente. E se o valor recebido pelo alimentando for inferior à faixa de isenção do IRPF, por exemplo, nada será por ele devido aos cofres públicos.

E, nesse temário, há, ainda, de se ressaltar que a dedução do valor pago a título de alimentos permite que não seja tributada a renda “desfalcada” do alimentante. Não há, portanto, bitributação na sistemática de tributação dos alimentos, pois a renda do alimentante que de fato é, ao final, submetida ao IRPF, é apartada da parcela dos alimentos

---

<sup>6</sup> Op. cit., Capítulo 2.12(20), p. 2-27.

<sup>7</sup> Idem. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia: conceitos e fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 249.

pagos, ao mesmo tempo em que o tal montante, na qualidade de renda “transferida”, deve ser oferecido à tributação, na forma de proventos, pelo alimentando ou seu responsável. Se assim não fosse, e se afastassem os alimentos da incidência do imposto, a parte da renda auferida pelo alimentante, que é a fonte dos alimentos pagos, e que corresponde aos proventos transferidos ao alimentando, não seria por ninguém tributada.

O legislador federal, é bem verdade, poderia ter criado uma regra de isenção, para não tributar os alimentos recebidos. Em outros termos, dado que a Constituição permite a tributação de proventos de qualquer natureza, e o CTN não dissente dos seus termos, o poder tributante competente, que no caso é a União Federal, poderia ter instituído uma norma jurídica que afastasse, como um favor legal, a incidência do IRPF sobre o fluxo financeiro auferido pelo alimentando.

Não foi essa, no entanto, a opção do legislador, pois o artigo 3º da Lei nº 7.713/88 dispõe que o IRPF incide sobre o “rendimento bruto”, sendo que, no parágrafo primeiro desse artigo, está especificado que tal conceito abrange “todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”, assim como “os alimentos e pensões percebidos em dinheiro”, e, ainda, “os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados”.

O artigo 5º do RIR/99 (Regulamento do Imposto de Renda de 1999), de seu turno, dispõe que, no caso de incapacidade civil do alimentando, a tributação há de ser empreendida em nome do tutor, do curador ou do responsável por sua guarda, que poderão considerar o alimentando como dependente, em sua Declaração de Rendimentos. Nessas hipóteses, os rendimentos do alimentando serão tributados em conjunto com os rendimentos do responsável, admitidas, ainda, as deduções e isenções aplicáveis.

A tributação, pelo alimentando, por outro lado, submete-se ao recolhimento mensal obrigatório do imposto, segundo a sistemática denominada “Carnê-Leão”, por se tratar, no âmbito do Direito de Família, de rendimento de pessoa física provindo de outra pessoa física e que, nessa qualidade, não é submetido à tributação na fonte. É o que dispõe o artigo 106, inciso II, do RIR/99, ao versar sobre “rendimentos recebidos em dinheiro, a título de alimentos ou pensões, em cumprimento de decisão judicial, ou acordo homologado judicialmente, inclusive alimentos provisionais”.

Significa dizer que o alimentando ou seu responsável mensalmente deverão aplicar a Tabela Progressiva mensal do IRPF sobre os alimentos recebidos, e recolher, eles mesmos, o imposto devido, caso a base de cálculo apurada esteja acima da faixa de isenção. E assim se faz mesmo quando o montante dos alimentos tenha sido descontado da folha de pagamentos do alimentante, pelo seu empregador, tal como foi afirmado pelo Ato Declaratório Normativo COSIT nº 11/1993, emitido pela Coordenadoria Geral do Sistema de Tributação da Receita Federal do Brasil. Também nesse caso, como não há Imposto de

Renda na fonte, cabe ao alimentando ou ao seu responsável o dever de apurar e, se for o caso, recolher o imposto devido, integralmente, segundo a sistemática do Carnê-Leão.

Esta é a Tabela Progressiva mensal do IRPF que está em vigor:

Tabelas de incidência mensal		
A partir do mês de abril do ano-calendário de 2015:		
Base de cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parcela a deduzir do IRPF (R\$)
Até 1.903,98	-	-
De 1.903,99 até 2.826,65	7,5%	142,80
De 2.826,66 até 3.751,05	15,0%	354,80
De 3.751,06 até 4.664,68	22,5%	636,13
Acima de 4.664,68	27,5%	869,36

Estando, o valor recebido, abaixo da faixa de isenção, que atualmente, como demonstrado na Tabela Progressiva mensal, é de R\$ 1.903,98 (mil, novecentos e três Reais e noventa e oito centavos), nada haverá a ser recolhido, a título de IRPF, no mês do recebimento. Acima desse montante, haverá IRPF a ser recolhido, pelo alimentando ou seu responsável, até o último dia útil do mês seguinte ao mês do recebimento dos alimentos, segundo o que dispõe a legislação tributária atual.

Após o encerramento do ano-calendário, mais precisamente quando da entrega da Declaração de Rendimentos, os alimentos, tal como se procede com os demais rendimentos sujeitos à sistemática do Carne-Leão, integrarão a base de cálculo do imposto anual, sendo que o imposto até então pago, mês a mês, poderá ser compensado com o montante do IRPF apurado nessa declaração. É o que dispõe o artigo 109 do RIR/99.

Um outro aspecto relevante diz respeito ao fato de que o artigo 106, inciso II, do RIR/99 atribui, como ressaltado, a sistemática do Carnê-Leão para os alimentos recebidos “em cumprimento de decisão judicial” ou “acordo homologado judicialmente”. Logo, no caso de alimentos pagos de outro modo que não esses especificados, ou seja, sem que tenham sido firmados em decisão judicial ou em acordo homologado judicialmente, poder-se-ia entender que não haveria dever de tributação mensal segundo a sistemática do Carnê-Leão, cabendo ao alimentando ou a seu responsável recolherem o IRPF sobre o montante recebido somente quando da apuração anual. No entanto, o artigo 8º, “caput”, da Lei nº 7.713/88, que é o fundamento legal desse artigo 106 do RIR/99, trata genericamente de “rendimentos e ganhos de capital que não tenham sido tributados na fonte, no País” e que sejam recebidos por pessoa física de outra pessoa física.

Nesses casos, então, de acordos efetuados à revelia de homologação judicial, haverá incidência do IRPF, a cargo do alimentando, tanto em bases mensais, quanto na entrega da Declaração de Rendimentos. No entanto, como será adiante demonstrado, nessas situações de pagamento voluntário sem as formalidades da lei, o alimentante não está autorizado a deduzir os alimentos pagos da base de cálculo do seu IRPF, o que resulta por aumentar a carga tributária global sobre os alimentos, por se dar dupla incidência do imposto.

Na hipótese de pagamento de pensão por força da “escritura pública a que se refere o art. 1.124-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”, expressão que está contida no artigo 4º, inciso II, e no artigo 8º, inciso II, letra “f” da Lei nº 9.250/95, ambos com suas redações dadas pela Lei nº 11.727/2008, e que diz respeito a modalidade de avença que igualmente não está mencionada textualmente no artigo 106 do RIR/99, também incide o artigo 8º, “caput”, da Lei nº 7.713/88, aplicando-se o Carnê-Leão sobre os recebimentos recebidos pelo alimentando. Nesse caso, no entanto, a legislação tributária assegura a dedução dos valores pagos, tanto em bases mensais, quanto na entrega da Declaração de Rendimentos, de modo que o imposto incide uma única vez.

### **3. Dedução dos alimentos pagos**

Passando-se, agora, mais especificamente, à questão da dedução dos alimentos pagos, pelo alimentante, dispõe o supracitado artigo 4º, inciso II, da Lei nº 9.250/95, com redação dada pela Lei nº 11.727/2008, que, “Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda poderão ser deduzidas (...) as importâncias pagas a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial, inclusive a prestação de alimentos provisionais, de acordo homologado judicialmente, ou de escritura pública a que se refere o art. 1.124-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

Mais adiante, no artigo 8º, inciso II, letra “f” da mesma lei, também com redação dada pela Lei nº 11.727/2008, assegura-se, igualmente, a dedução dos valores pagos a título de alimentos quando da apuração da base de cálculo do imposto devido no ano-calendário, a ser levada a efeito com a entrega da Declaração de Rendimentos.

Reafirma-se, aqui, o conceito de que o legislador, ao mesmo tempo em que determina a tributação dos alimentos, admite a dedução integral do valor pago, quando preenchidos os requisitos legais, orientando-se pela ótica da “transferência de renda”.

Como adiantado no tópico anterior, no caso de alimentos recebidos de outro modo que não o previsto na legislação tributária, a exemplo daqueles que são pagos voluntariamente e sem qualquer formalidade (sem que tenham sido firmados em decisão

judicial, em acordo homologado judicialmente ou por meio de escritura pública), a dedução pelo alimentante não é permitida, nem na apuração mensal do IRPF, nem quando da entrega da sua Declaração de Rendimentos.

Nessa circunstância, o alimentante suporta o ônus de pagar o IRPF sobre seus rendimentos integrais, sem que lhe seja admitida a dedução dos alimentos pagos, ao mesmo tempo em que o alimentando não estará dispensado do pagamento do imposto de renda, também, uma vez que esse montante deverá compor o seu rendimento bruto, por força do artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 7.713/88. Garante-se, no entanto, a dedutibilidade, pelo alimentando, das demais despesas na apuração do seu IRPF, a exemplo de despesas com instrução e das despesas médicas.

É claro, portanto, que essa opção representa maior ônus global do tributo sobre o pagamento de alimentos, pois tanto o alimentante, quanto o alimentando ou seus responsáveis sofrerão o ônus do IRPF sobre o valor pago/recebido. Essa razão induz os alimentantes a buscarem a “formalização” do pagamento, para, com isso, alcançarem economia tributária. Não é a intenção do legislador tributar multiplamente os alimentos, mas, sim, induzir os alimentantes a sujeitarem a um juiz ou a um tabelião a “fiscalização” da avença alimentar, para, com isso, evitar abusos e fraudes.

Há, ainda, um dispositivo da legislação tributária disciplinando que as despesas médicas e de educação dos alimentandos assumidas diretamente pelo alimentante por força de decisão judicial, acordo homologado judicialmente ou escritura pública somente possam ser deduzidas quando da apuração do IRPF na sua Declaração de Rendimentos (artigo 8º, parágrafo 3º, da Lei nº 9.250/95, com redação dada pela Lei nº 11.727/2008). Logo, não podem ser deduzidos, esses montantes, do valor mensal do IRPF apurado pelo alimentante, nem é possível a ele deduzir montante de despesas com educação que seja superior aos limites legais, o que, enfim, equipara tais pagamentos aos demais efetuados por todo e qualquer contribuinte do imposto para seus dependentes. Pela mesma razão, de isonomia, outros gastos assumidos pelo alimentante, a exemplo de aluguéis, condomínio e transporte, mesmo que formalmente definidos, não podem ser deduzidos na apuração do IRPF do alimentante.

Por fim, temos que a questão da dedutibilidade dos pagamentos de alimentos definidos em escritura pública não veio a ser afetada pela revogação do antigo Código de Processo Civil. É bem verdade que o artigo 4º, inciso II, e o artigo 8º, inciso II, letra “f” da Lei nº 9.250/95, ambos com suas redações dadas pela Lei nº 11.727/2008, fazem menção a “escritura pública a que se refere o art. 1.124-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”. No entanto, no novo Código, consubstanciado na Lei nº 13.105/2015, o artigo 733 cogita de escritura pública em termos equivalentes, de modo que se mantiveram íntegras as regras de dedutibilidade do IRPF nesse tocante.



#### 4. Racionalidade da sistemática de tributação dos alimentos

Sob a perspectiva do Fisco, a tributação dos alimentos não importa em ganho de arrecadação, pois, como demonstrado, apesar do alimentando tributar pelo IRPF os alimentos recebidos, o alimentante tem, em regra, o direito de deduzir, na apuração do imposto a seu cargo, o mesmo montante, que por ele é pago para que o alimentando possa satisfazer suas necessidades vitais. Isso é consequência, como demonstrado, do tratamento legal dado ao pagamento dos alimentos, de “transferência de renda”.

Vamos tomar exemplos numéricos ideais e simplificados, para evidenciar essa assertiva, demonstrando a apuração do IRPF de um alimentante e de um detentor da guarda de um alimentando em determinados meses. Desconsideraremos, nessas hipóteses, a apuração anual do Imposto de Renda, e, portanto, as deduções anuais, a exemplo das despesas médicas e de instrução, assim como a possibilidade de adoção do modelo simplificado de Declaração de IRPF, de forma que esse cenário demonstrado representará os maiores ônus fiscais possíveis nas condições dadas.

Assim, admita-se que um alimentante receba R\$ 10.000,00 (dez mil Reais), em determinado mês, a título de salários, enquanto que o detentor da guarda unilateral do menor, auferindo rendimentos do trabalho não-assalariado provindos de pessoas físicas, e, portanto, sem que tenham sofrido a retenção na fonte de Imposto de Renda, receba, na sua condição de autônomo, remunerações também no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil Reais), no mesmo mês. Assim seria apurado o IRPF do alimentante e do detentor da guarda do menor, aplicando-se a supratranscrita Tabela Progressiva mensal “antes” que os alimentos sejam definidos e pagos:

IRPF Antes dos alimentos	Alimentante	Detentor da guarda
Salário	10.000,00	10.000,00
INSS	(570,88)	(1.037,96)
Dependentes	-	(189,59)
Base de cálculo	9.429,12	8.772,45
Alíquota	27,5%	27,5%
IRPF devido	2.593,01	2.412,42

Parcela a deduzir	(869,36)	(869,36)
<hr/>		
IRPF a recolher	1.723,65	1.543,06

Com base nesses dados, vamos admitir que seja fixado o percentual de 15% (quinze por cento) para estipulação do valor dos alimentos, a incidir sobre o salário bruto do alimentante, antes de todos os descontos que, por força de lei, sejam obrigatórios<sup>8</sup>:

#### Cálculo dos alimentos

Salário	10.000,00
Percentual	15%
<hr/>	
Alimentos	1.500,00

Agora, vamos considerar o IRPF do alimentante e do detentor da guarda “após” a definição e o pagamento dos alimentos:

	Alimentante	Detentor da guarda
IRPF Após os alimentos		
<hr/>		
Salário	10.000,00	10.000,00
INSS	(570,88)	(1.037,96)
Dependentes	-	(189,59)
Alimentos	(1.500,00)	1.500,00
<hr/>		
Base de cálculo	7.929,12	10.272,45
Alíquota	27,5%	27,5%
<hr/>		
IRPF devido	2.180,51	2.824,92
Parcela a deduzir	(869,36)	(869,36)
<hr/>		

<sup>8</sup> Quando se determina a incidência de percentual de apuração de alimentos sobre o rendimento do alimentante líquido dos descontos legais (obrigatórios), o valor dos alimentos, por ser dedutível da base de cálculo do IRPF, deve ser calculado simultaneamente ao valor desse imposto, o que se faz considerando um “sistema de duas equações de primeiro grau com duas incógnitas”. Para simplificar o exemplo, consideraremos o valor dos alimentos como sendo arbitrado sobre o valor bruto da remuneração do alimentante.

IRPF a recolher	1.311,15	1.955,56
-----------------	----------	----------

Quando comparados os recolhimentos a título de IRPF “antes” e “após” o pagamento/recebimento dos alimentos, tem-se os seguintes saldos:

	Alimentante	Detentor da guarda
Carga tributária dos alimentos		
Antes dos alimentos	1.723,65	1.543,06
Depois dos alimentos	1.311,15	1.955,56
Efeito fiscal	(412,50)	412,50

A conclusão é a de que, aplicando-se a legislação tributária tal como hoje está conformada, nos casos em que o alimentante e o detentor da guarda tenham, ambos, rendimentos tributáveis sob a alíquota de 27,5% (vinte e sete e meio por cento) de Imposto de Renda, que é a destinada para as mais altas rendas tributáveis, a carga tributária global dos alimentos tende a não ser alterada, se comparados os recolhimentos de IRPF “antes” e “após” os pagamentos. Dizendo de outro modo, o efeito financeiro da redução do imposto que logra o alimentante, em função da dedução dos alimentos, é transferido para o alimentando ou seu responsável.

Também deve ser notado que, ao atribuir o auferimento de proventos tributáveis ao alimentando ou ao seu responsável, ao mesmo tempo em que a eles assegura o direito de utilização da faixa de isenção e das demais regras de dedução de despesas médicas e de instrução, por exemplo, o legislador coloca-os sob as mesmas condições de tributação a que todos os contribuintes estão submetidos. E ao permitir a dedução integral dos alimentos pagos, pura e simplesmente reconhece que foi suprimida do alimentante a parte da renda transferida, ao mesmo tempo em que lhe retira as prerrogativas de utilização das deduções dispostas em lei, que somente poderão ser tomadas por quem vier a receber os alimentos.

A atual sistemática de tributação dos alimentos tem a sua racionalidade, portanto, fundada que está no princípio da capacidade contributiva constante do artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição, a determinar que os impostos deverão ter “caráter pessoal” e ser “graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”, e, também, nos princípios da isonomia e da generalidade do Imposto de Renda.

Há, por outro lado, entendimentos doutrinários de que a tributação dos alimentos pelo IRPF seria incompatível com a Constituição. Afora os respeitáveis fundamentos jurídicos envolvidos, questão necessária de ser enfrentada, no entanto, diz respeito à simultânea dedução dos alimentos pagos pelo alimentante, que integra a sistemática de tributação dos alimentos. A legislação tributária imbrica as duas questões, (i) dedução e (ii) tributação, de modo a não ser possível ignorar esse contexto.

Mantidos os números utilizados no exemplo anterior, vamos admitir, agora, que, por força de decisão judicial que acolha os argumentos que sustentam a não-tributação dos alimentos, seja afastado o recolhimento do imposto, a cargo do detentor da guarda, ao mesmo tempo em que seja mantida a dedução dos alimentos pagos, por parte do alimentante:

IRPF Após os alimentos	Alimentante	Detentor da guarda
Salário	10.000,00	10.000,00
INSS	(570,88)	(1.037,96)
Dependentes	-	(189,59)
Alimentos	(1.500,00)	-
Base de cálculo	7.929,12	8.772,45
Alíquota	27,5%	27,5%
IRPF devido	2.180,51	2.412,42
Parcela a deduzir	(869,36)	(869,36)

IRPF a recolher 1.311,15 1.543,06

Em termos de recolhimento de IRPF, assim se passaria:

Carga tributária dos alimentos	Alimentante	Detentor da guarda
Antes dos alimentos	1.723,65	1.543,06
Depois dos alimentos	1.311,15	1.543,06
Efeito fiscal	(412,50)	-

Nesse caso, a carga tributária global dos alimentos seria reduzida, pois o detentor da guarda “nada” tributaria pelos alimentos recebidos, ao mesmo tempo em que o alimentante reduziria seu IRPF por meio da “dedução” dos alimentos pagos. Ou seja, o

Fisco deixaria de recolher tributos sobre a parcela da renda transferida do alimentante para o detentor da guarda. E, ainda, quando da apuração do IRPF devido na Declaração de Rendimentos, seria assegurada, a este, a possibilidade de se utilizar das deduções legais do dependente, a título de despesas médicas e de instrução, por exemplo.

Além desse cenário trazer desequilíbrio, para o Fisco, em relação aos tributos devidos principalmente pelos detentores de guardas que disponham de maior renda, coloca as uniões dissolvidas em situação tributária privilegiada em relação às famílias unidas, o que não é justificável, no plano das normas constitucionais.

O cenário de tributação do IRPF “antes” do pagamento dos alimentos, demonstrado anteriormente, é o mesmo que seria adotado caso os cônjuges ou companheiros ainda estivessem unidos, mas declarando seus rendimentos em separado, que é a circunstância mais observada, independentemente do regime de bens adotado. Com a dissolução da união, os ex-cônjuges ou os ex-companheiros continuariam declarando seus rendimentos em separado. Mas o alimentante passaria a dispor de uma dedução que, na constância da união, não havia. Logo, caso fosse admitida a dedução dos alimentos pagos pelo alimentante, mas afastada a tributação dos alimentos pelo alimentando, o IRPF devido pelos ex-cônjuges e pelos ex-companheiros seria menor, como demonstrado, que o devido quando estavam unidos, pura e simplesmente porque parte da renda passaria a ser destinada ao alimentando sob o título de “alimentos”.

Com isso, seria, então, criada uma diferenciação injustificável, em relação a contribuintes que não precisam, em termos de capacidade contributiva, de favores legais, por disporem de alta renda, e, ainda, atribuindo às uniões desfeitas um “benefício fiscal” que as famílias unidas não têm, sendo que o artigo 226 da Constituição assegura as mesmas garantias às famílias unidas e às comunidades formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes após a dissolução.

Por outro lado, a sistemática tributária dos alimentos disposta na legislação atual já importa em redução da carga tributária global sobre o valor dos alimentos no contexto dos mais pobres.

Vamos admitir que determinado alimentante aufera R\$ 5.000,00 (cinco mil Reais) a título de salários, enquanto que o alimentando ou o detentor de sua guarda não disponham de renda própria. Aplicando-se a Tabela Progressiva mensal, o IRPF devido “antes” do pagamento da pensão seria apurado desse modo:

IRPF Antes dos alimentos	Alimentante	Detentor da guarda
Salário	5.000,00	-

INSS	(550,00)	
Dependentes	-	
<hr/>		
Base de cálculo	4.450,00	-
Alíquota	22,5%	-
<hr/>		
IRPF devido	1.001,25	
Parcela a deduzir	(636,13)	
<hr/>		
IRPF a recolher	365,12	-

Possamos admitir, então, o percentual de 30% (trinta por cento) para a estipulação do valor dos alimentos, a incidir sobre o salário bruto do alimentante, antes, portanto, dos descontos legais:

#### Cálculo dos alimentos

Salário	5.000,00
Percentual	30%
<hr/>	
Alimentos	1.500,00

Em vista do pagamento dos alimentos, assim seria apurado o IRPF do alimentante e do detentor da guarda:

IRPF Após a pensão	Alimentante	Detentor da guarda
Salário	5.000,00	-
INSS	(550,00)	-
Dependentes	-	-
Alimentos	(1.500,00)	1.500,00
<hr/>		
Base de cálculo	2.950,00	1.500,00
Alíquota	15,0%	isento
<hr/>		
IRPF devido		isento

	442,50	
Parcela a deduzir	(354,80)	
<hr/>		
IRPF a recolher	87,70	isento

Comparando os recolhimentos a título de IRPF “antes” e “após” o pagamento/recebimento dos alimentos, teremos os seguintes saldos:

Carga tributária dos alimentos	Alimentante	Detentor da guarda
Antes dos alimentos	365,12	-
Depois dos alimentos	87,70	-
Efeito fiscal	(277,42)	-

Ou seja, a carga tributária global foi reduzida “após” o pagamento dos alimentos, de forma que o Fisco deixou de receber tributos em relação ao que era devido “antes” desse ato. E isso se deu porque o alimentando auferiu alimentos em montante menor do que a faixa de isenção do IRPF mensal, que, atualmente, é de R\$ 1.903,98 (mil, novecentos e três Reais e noventa e oito centavos).

De se notar, nesse exemplo, que a união dissolvida ficaria, mais uma vez, em situação tributária mais vantajosa do que estava anteriormente à dissolução. No entanto, além dessa circunstância decorrer de lei isonomicamente aplicada, válida para todos os contribuintes, que podem, indistintamente, utilizar-se da faixa de isenção do IRPF, trata-se de contribuintes com baixa, ou nenhuma, capacidade contributiva, de forma que o discrimen torna-se compreensível, pois, em faixas de rendimento mais baixas, a tributação, empobrecendo ainda mais quem já é pobre, teria por efeito sujeitar o contribuinte a buscar junto ao Estado benefícios sociais capazes de alimentá-lo, o que, além de não fazer sentido, deve ser evitado, para que se garanta ao cidadão o direito de viver fora da tutela estatal, em condições de realizar com plenitude as suas liberdades civis.

Ou seja, a dedução dos alimentos pagos simultaneamente à desoneração dos alimentos recebidos, em última análise, intoleravelmente beneficia as famílias desunidas de alta renda. A despeito da necessidade de se lamentar a desunião, em vista das consequências em regra trazidas principalmente para o alimentando em menoridade, conceder benefícios fiscais a titulares de alta renda malferir os constitucionais princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da generalidade do Imposto de Renda, assim como

a isonomia entre as famílias unidas e as comunidades formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes após a dissolução da unidade familiar.

Por fim, mesmo no caso de alimentos prestados por “culpa de quem os pleiteia”, a abrangerem, nos termos do artigo 1.694, parágrafo 2º, do Código Civil, “apenas os indispensáveis à subsistência”, a questão, seguindo a sistemática tributária adotada atualmente, é bem tratada, em termos de capacidade contributiva e de isonomia, também pela aplicação da Tabela Progressiva do IRPF. Se o montante recebido estiver abaixo da faixa de isenção, nada será tributado; se for maior do que esse valor, será progressivamente tributado, como, ademais, se passa com os demais contribuintes do Imposto de Renda.

## **5. Conclusões**

A atual sistemática de tributação dos alimentos tem guarida na matriz constitucional do Imposto de Renda, tal como delineada no artigo 153, inciso III, da Constituição, assim como sua racionalidade é compatível com os princípios tributários da capacidade contributiva, da isonomia e da generalidade do Imposto de Renda, tipificando adequadamente “transferência de renda”, fazendo incidir, desse modo, o IRPF sobre o titular definitivo do ganho.

E mantém, como demonstrado, a carga tributária global dos alimentos nos mesmos patamares “antes” e “após”, por exemplo, as dissoluções das unidades familiares de alta renda, no contexto das quais se tenham dados os pagamentos de verbas alimentares, assim como não deixa de assegurar, para as unidades familiares dissolvidas de baixa renda, menor ou nenhuma carga tributária.

É bem verdade que argumentos jurídicos relevantes são sustentados para se tentar afastar a tributação dos alimentos. No entanto, uma decisão judicial nesse sentido deve também dispor a respeito do tratamento tributário a ser destinado à dedução do valor pago pelo alimentante, em razão da dedução e da tributação terem sido imbricadas pelo legislador federal, no exercício regular da sua constitucional competência tributária. Na “transferência de renda”, por definição, imbricam-se um pagador e um recebedor, de forma que que nem um, nem outro podem ser ignorados.

Decidindo, o Poder Judiciário, pelo afastamento da tributação dos alimentos recebidos pelo alimentando, eventualmente o mais justo seja que, superados os óbices processuais, na mesma decisão venha a ser vedada a dedução dos alimentos pagos pelo alimentante, assim como também seja proibida a utilização, pelo alimentando ou seu responsável, na apuração do seu IRPF, das despesas dedutíveis na Declaração anual, a exemplo das despesas médicas e de instrução. Nesse caso, o efeito da decisão seria neutro



para o Fisco, em termos de carga tributária global dos alimentos, e o IRPF seria assumido integralmente pelo alimentante, quando da tributação de seus rendimentos.

Em última análise, o tema deveria ser objeto de debate legislativo, pois mesmo que se admita ser “justa” a não-tributação dos alimentos, o afastamento do IRPF por meio de decisão judicial poderia criar “benefício fiscal” para famílias dissolvidas de alta renda, vindo a suprimir a generalidade que é atribuída ao imposto, o que não é justificável, no plano das normas constitucionais.

A concessão de uma “desoneração” pelo Poder Judiciário, em vista da tripartição dos Poderes, deve ser evitada, ainda mais quando é evidente, como no presente caso, que essa possibilidade foi ponderada, mas não acolhida, pelo Poder Legislativo nas diversas alterações que foram promovidas ao longo dos anos na legislação tributária federal, tanto na vigência da ordem constitucional anterior, quanto na atual. Deve ser considerado, no caso, até mesmo o impacto que uma “renúncia fiscal” dessa natureza, que não foi sopesada no orçamento do Estado, possa representar nas contas públicas, o que, em sede jurisdicional, não é possível de se fazer em condições ótimas.

É de nosso entender que, comparando-se a legislação como está com as possibilidades de alteração legislativa, aparenta fazer mais sentido manter-se a atual sistemática de tributação de alimentos, pois suas imperfeições são, em termos de capacidade contributiva e de isonomia, e em vista da generalidade do Imposto de Renda, de menor substância, e até mesmo justificáveis em termos constitucionais.

**ESTADO E AUTONOMIA FAMILIAR: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO  
HOMESCHOOLING (EDUCAÇÃO ESCOLAR DOMICILAR) E DA LEI DA  
PALMADA NO BRASIL**

**STATE AND THE AUTONOMY OF THE FAMILY: CONSIDERATIONS ABOUT  
HOMESCHOOLING ( SCHOOL EDUCATION HOUSEHOLD ) AND LAW OF SLAP  
IN BRAZIL**

**Antonio Jorge Pereira Júnior**

Advogado. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza – PPGD-UNIFOR.

**José Weidson de Oliveira Neto.**

Advogado, Especialista em Direito e Processo de Família e Sucessões pela Faculdade Damásio de Jesus, Mestrando em Direito Constitucional nas Relações Privadas, pela Universidade de Fortaleza.

**Nardejane Martins Cardoso**

Advogada. Especialista em Direito e Processo Constitucionais e Mestranda em Direito Constitucional, pela Universidade de Fortaleza – PPGD – UNIFOR.

Palavras-chave: Direito à educação. Intervencionismo estatal. Poder Familiar. Homeschooling. Lei da Palmada.

*Keywords: Right to education. State interventionism. Parent Authority. Homeschooling. Law of slap.*

Resumo: O artigo analisa a intervenção estatal na família, no que se refere à educação que os pais concedem aos filhos, sob a proteção integral e prioridade absoluta que a ordem constitucional instituiu em favor da criança e do adolescente. Inicia-se com breve evolução histórica do direito à educação nas Constituições do Brasil. Examinam-se disposições sobre educação da criança e do adolescente na

Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases para a Educação. Discutem-se dois exemplos de intervenção do Estado na educação familiar: a obrigatoriedade de matrícula e frequência escolar (proibição da Educação Domiciliar) e a Lei nº 13.010/2014 (Lei da Palmada). A metodologia utilizada é bibliográfica, a partir da leitura de trabalhos científicos e pesquisa jurisprudencial, que evidenciam aspectos fáticos dos direitos em estudo.

*Abstract: The article analyzes the intervention of State into the Family, with regard to the education that parents must give to children from the full protection and absolute priority that the constitutional order established in favor of children. It begins with a brief development of the right to education in the Constitutions of Brazil. It analyzes the 1988 Constitution and its provisions on the education of children and adolescent, as well as the Statute of Children and Adolescents and the Law of Guidelines and Bases for Education. It is discussed two examples of state intervention in family education: compulsory registration and attendance (prohibition of Homeschooling) and Law nº 13.010/2014 (Law of slap). The methodology used is literature, from the reading of scientific papers involving and jurisprudential research, which show factual aspects of the rights in the study.*

**Sumário.** Introdução. 1 O direito à educação nas constituições brasileiras. 2 A Constituição Federal de 1988 e a educação de crianças e adolescentes. 3 A (im)possibilidade da educação domiciliar no Brasil. 4 Intervenção estatal na família: a lei da palmada. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

A família, enquanto instituição social, é reconhecida como base da sociedade e protegida com a tutela especial do Estado, conforme artigo 226 da Constituição Federal vigente. Na sequência, o constituinte originário dispôs a criança e o adolescente como sujeitos de direitos essenciais, dentre eles a educação, com absoluta prioridade, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurá-los, conforme texto do artigo 227 do Constituição Federal de 1988.

A atividade intervencionista própria do Estado Democrático de Direito e as disposições de ordem privada constantes na Constituição Federal de 1988

favorecem as freqüentes discussões acerca dos limites da interferência do Poder Público na esfera privada.

Nesse sentido é que se desenvolve a discussão acerca da liberdade e dos limites à intervenção do Estado na educação que os pais dão aos filhos, em que se destacam a Lei da Palmada – Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014 – e a vedação à educação domiciliar (*homeschooling*), que é objeto de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 888.815/RS *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, como também, no Mandado de Segurança nº 7.407/02, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão foi pela impossibilidade da prática de ensino em casa.

A Lei da Palmada acrescentou os artigos 18-A, 18-B e 70-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, vedando o uso de castigos físicos ou tratamentos cruéis e degradantes na educação de crianças e adolescentes, representando um cerceamento às “palmadas” e “surras” frequentes na educação familiar brasileira.

Por sua vez, a educação domiciliar valoriza a opção dos pais, enquanto detentores do poder familiar, de optarem por uma educação domiciliar, realizando o ensino básico em sua própria casa, sem que isso implique em descumprimento do dever de educar, comum aos pais e ao Estado, constantes nos artigos 205 e 208 da Constituição Federal. Alguns desses casos já chegaram ao Judiciário, e o mais recente, teve reconhecida a Repercussão Geral da matéria no RE nº 888.815/RS pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste artigo, objetiva-se realizar ponderações acerca dos limites da intervenção estatal no âmbito da educação familiar dos filhos, considerando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a autonomia privada, a aplicabilidade do poder familiar inerente aos pais, e o dever de educar dos mesmos e do Estado, a fim de encontrar solução viável a atender o real sujeito tutelado e vulnerável nesta relação: a criança ou adolescente.

## **1. O direito à educação nas constituições brasileiras**

A primeira fase da educação brasileira, ainda no Brasil Colônia, foi incumbência de religiosos jesuítas, vindos com o império português para auxiliar na

colonização do território brasileiro. Os jesuítas utilizavam-se das “escolas de primeiras letras” para alfabetizar e, assim, catequizar os índios<sup>9</sup>.

Com a proclamação da independência e o advento da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, a educação alcançou o texto constitucional por meio do Ato Adicional de 1834, que incluía o inciso XXXII ao artigo 179 da Carta Magna, adicionando a instrução primária e gratuita a todos os cidadãos como direito civil e político inviolável.

Entretanto, a Carta Constitucional do Império excluía do conceito de cidadão, constante em seu artigo 6º, os escravos, que representavam parte da população da época. Logo, não sendo cidadãos, não possuíam direito assegurado à instrução primária e gratuita.

A Constituição de 1891, por sua vez, recepciona o direito à educação constante na Carta Constitucional anterior, desvinculando o Estado da Igreja Católica, instituição responsável por boa parte das escolas brasileiras.

A Assembleia Constituinte de 1933, sob influência internacional acerca dos direitos sociais e políticos, editou, pela primeira vez no Brasil, uma sistematização do direito à educação no texto da Constituição de 1934, no Capítulo II do Título V, possibilitando uma conceituação ampla sobre a matéria<sup>10</sup>.

Importa ressaltar que o artigo 149 da Constituição de 1934 define a educação como um direito de todos, atribuindo à família e aos Poderes Públicos o dever de proporcioná-la, a fim de desenvolver a consciência da solidariedade humana. E ainda, o artigo 139 atribui também às empresas que se situam fora dos centros escolares e tenham mais de cinquenta trabalhadores, com pelo menos dez pessoas analfabetas – entre estes e seus filhos –, o dever de fornecer-lhes ensino gratuito primário.

Percebe-se que a Constituição do Brasil de 1934 representou grande avanço no direito à educação, inclusive por vincular o processo educativo ao crescimento moral e econômico da sociedade, com vistas a formar uma consciência de solidariedade no povo brasileiro.

---

<sup>9</sup>VELTRONI, Alexandre Lucas. O direito à educação no Brasil: o enfoque dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Revista de Direito Educacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, JAN/JUN, 2010, p. 45

<sup>10</sup>PISTINZI, Bruno Fraga. O Direito à educação nas Constituições brasileiras. In: GARCIA, Marcia. *Revista de direito educacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, JUL/DEZ, 2010, p. 79.

Na Constituição de 1937, mantêm-se disposições próprias e expressas acerca da educação. Porém, inova-se ao atribuir o dever de educar a prole primariamente à família, sendo subsidiária a ação do Estado. Traz ainda tutela destinada especificamente à educação de crianças e adolescentes, instituindo o abandono intelectual do menor como falta grave dos pais. Continua o processo de adequação da educação escolar ao Estado Laico instituído na Constituição de 1891. Agora, todavia, o ensino religioso existirá nas escolas, sendo a frequência facultativa.

Após o período ditatorial, a Constituição de 1946 aduz que o ensino primário é obrigatório e gratuito, enquanto os demais níveis de ensino serão oferecidos gratuitamente a quem comprovar ausência de recursos. Gina Pompeu assevera que a Constituição de 1946 favoreceu o ensino privado e religioso pois, além de permitir a livre iniciativa privada, incluiu a disciplina religiosa na grade curricular, sendo facultada a frequência mediante justificativa do aluno ou responsável<sup>11</sup>.

Houve ainda previsão constitucional de destinação específica de parcela dos impostos exclusivamente à educação. No entanto, não se verificou mudança de concepção conducente à obrigatoriedade do Estado em provê-la, preservando-se o encargo apenas à família e escola.

Em dezembro de 1961, sob a égide da Constituição de 1946, e da presidência de João Goulart – o presidente Jânio Quadros renunciara em 25 de agosto - ocorre a edição da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 4.024/1961). Essa lei tratava de todo o sistema educacional, desde o pré-escolar até o ensino superior. Até hoje parte dela se mantém vigente, naquilo que trata dos Conselhos. Vale notar, que ao tratar do direito à educação, a norma diz, em seu art. 2º que “a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola”. Em seu parágrafo único dispunha que “à família cabe escolher o gênero de educação que deve dar a seus filhos”. Ainda é oportuno trazer o que estabelecia o art. 3º, que assegurava o direito à educação, “pela obrigação do poder público e pela liberdade de iniciativa particular de ministrarem o ensino em todos os graus, na forma de lei em vigor” (inciso I) e, também, “pela obrigação do Estado de fornecer recursos indispensáveis para que a família e, na falta desta, os demais membros da

---

<sup>11</sup>POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 76-79.

sociedade se desobriguem dos encargos da educação, quando provada a insuficiência de meios, de modo que sejam asseguradas iguais oportunidades a todos” (inciso II). Evidencia-se a subsidiariedade estatal.

Já no período militar, a educação também guardou avanços, principalmente no que diz respeito aos ensinos médio e universitário, além de instituir a obrigatoriedade para as crianças de sete a catorze anos de idade. São diplomas desse período a Lei nº 5.540/68, que organizou articulação do ensino superior com o ensino médio, e a Lei nº 5.692/71, que fixou as diretrizes e bases para o ensino do 1º e 2º graus, priorizando a profissionalização<sup>12</sup>.

## **2. A constituição federal de 1988 e a educação de crianças e adolescentes**

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas disposições acerca da educação, das quais se destaca a sua previsão como um direito social (art. 6º), sendo competência e dever do Estado, em todos os seus entes – União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, V) – bem como da família (art. 205). Destaca-se que foi a primeira vez em que uma constituição brasileira, em seu texto, na disposição do dever de educação (art. 205), trouxe a palavra “Estado” antes de “Família”. Isso poderia gerar interpretação favorável a maior intervencionismo estatal no domínio familiar. No entanto, mais razoável crer que caberá ao Estado a prioridade na ação para evitar que, em caso de omissão ou de ausência da família, a pessoa sob seu cuidado seja prontamente atendida. Nesse mesmo sentido, vale notar que o Estado deve atender ao direito à educação de todos, inclusive os que já são plenamente capazes, enquanto o dever da família, como regra, cessaria ao findar o poder familiar, aos 18 anos do cidadão, excepcionadas as situações particulares quando judicialmente se impõe aos pais, se tiverem condições para tanto, o dever de pensão alimentar que contemple gasto com educação do filho maior, mesmo de ensino superior<sup>13</sup>.

Importa ressaltar que se manteve a obrigatoriedade da educação básica, devendo ser assegurada de forma gratuita, conforme se extrai do artigo 208 da

---

<sup>12</sup>POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 85.

<sup>13</sup>PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Art. 205. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2227.

Constituição Federal de 1988. Em decorrência, será sancionada a Lei nº 9.394/1996, a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, recentemente alterada pela Lei nº 12.796/2013. Nela se estabelece a obrigatoriedade dos pais ou responsáveis de realizar matrícula das crianças, a partir dos quatro anos de idade, na educação básica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, com o fito de regulamentar o artigo 227 da Constituição Federal, e instrumentalizar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, também expressa garantia ao direito à educação aos seus tutelados, e ao ensino fundamental obrigatório e gratuito. Inclusive, obriga os pais ou responsáveis a matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino (art. 55, ECA). Aqui entra um dos pontos de especial indagação desse estudo.

Atualmente, a proteção integral (art. 1<sup>a</sup>, ECA) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6<sup>o</sup>, ECA), representam o reconhecimento legal da vulnerabilidade desses indivíduos, em vista de se alcançar o ideal de igualdade, característico do Estado Democrático de Direito<sup>14</sup>. Assim, na família, o indivíduo mais vulnerável é sempre o filho criança ou adolescente. Nesse sentido, Ana Carolina Teixeira afirma:

“A autoridade parental modificou sua estrutura e sua função com o passar dos tempos, já que o foco de tutela constitucional passou a ser os filhos menores, pessoas em desenvolvimento que merecem diferenciada proteção do Estado, da família e da sociedade<sup>15</sup>”.

A garantia do acesso à educação, a proteção integral da criança e do adolescente, o exercício do poder familiar dos pais, o intervencionismo e a liberdade próprios do Estado Democrático de Direito, são assuntos que fundamentam o debate acerca da intervenção estatal nas famílias, principalmente no que se refere à educação que os pais dão aos filhos. A Lei da Palmada (Lei nº 13.010/2014), que se tentou renomear de Lei do Menino Bernardo, e a possibilidade ou proibição da

---

<sup>14</sup>KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. *Conflitos interfamiliares de guarda e princípio do melhor interesse: uma associação possível*. 2007. 118f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

<sup>15</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder Familiar e o aspecto finalístico de promover o desenvolvimento e o bem-estar da pessoa. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das Famílias por Juristas Brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 412.



educação domiciliar, sob análise do Supremo Tribunal Federal (STF), são exemplos recentes de manifestações intervencionistas do Estado no âmbito da educação familiar das crianças e adolescentes.

### 3. A (im)possibilidade da educação domiciliar no Brasil

A realidade defasada das escolas públicas do Brasil, bem como o alto preço pago para custear o ensino privado, os riscos de violência e *bullying* tem levado alguns pais brasileiros a optar por realizar o ensino dos seus filhos em casa<sup>16</sup>. A liberdade dos pais no planejamento familiar, no Brasil, positivado no § 7º do artigo 227 da atual Constituição Federal e o poder familiar que lhe é reconhecido – Constituição Federal art. 229, Código Civil de 2002, art. 1.630, ECA, art. 22 – para gerir a educação dos filhos, deveria dar-lhes, de rigor, a prerrogativa de decidirem ou não a forma de ensino que sua prole receberá.

A liberdade dos pais em optar pela forma de ensino dos filhos perpassa por motivações múltiplas, sejam sociais, políticas ou religiosas, e não é apenas uma realidade de famílias brasileiras. Chad Olsen afirma que os pais norte-americanos que optam pela *home education*, o fazem por discordarem das políticas de ensino nas escolas públicas ou por questões de cunho religioso<sup>17</sup>.

No mesmo sentido, a autora russa Staroverova assevera que a escolha dos pais pelo *homeschooling* motiva-se pela convicção de que conhecem melhor as necessidades da criança, podendo planejar, implementar e criar o programa de ensino a ser aplicado<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup>Ilustra-se com uma reportagem da Folha de São Paulo, de 25 de fevereiro de 2015, que retrata a situação dos estudantes em educação domiciliar que prestam o Exame Nacional do Ensino Médio e obtêm o certificado de conclusão do ensino médio. EX-ALUNOS CONTAM EXPERIÊNCIA DE ENSINO DOMILIAR QUE CRESCE NO PAIS. *Folha de São Paulo*, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/02/1594329-ex-alunos-contam-experiencia-de-ensino-domiciliar-que-cresce-no-pais.shtml>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

<sup>17</sup>"The parents chose to school their children because of the religious beliefs and because they did not believe in certain public school policies". OLSEN, Chad. *Constitutionality of Home Education: How the Supreme Court and American History Endorse Parental Choice*. *Brigham Young University Education and Law Journal*. BYU Educ. & L.J.: Provo, 2009, p. 400. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1263&context=elj>>. Acesso em: 25 nov 2015.

<sup>18</sup>"This choice is the result of the parents' conviction that home education will be better able to meet their children's needs. The parents are able to plan, implement, and rate the program used for their children's schooling". STAROVEROVA, T. I. *Home Education in Russia*. *Russia Education and Society*. 2001, vol. 3, n. 10, OUT, p. 23-24.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo XXVI estabelece que todo ser humano tem direito à instrução e ressalta em seu ponto nº 3 que os pais têm prioritariamente o direito de escolher o gênero de educação que será ministrada aos filhos.

“Artigo XXVI. 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. *Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos* (grifou-se)<sup>19</sup>”.

É certo que as famílias são as que mais conhecem as características do infante, sendo totalmente possível que organizem o plano de ensino de seus filhos ou pupilos. Nesse modelo de ensino domiciliar, não se pretende, necessariamente, afastar o ente estatal, que poderia exercer de forma subsidiária o seu dever de educar, inclusive desenvolvendo formas de controle e avaliação do educando, para identificar se o ensino que tem recebido em casa é eficiente. Trata-se de nova forma de combinação de Estado e família na educação das crianças e adolescentes.

Édison Prado de Andrade explica que *Unschooling* é um movimento que surgiu nos Estados Unidos da América entre as décadas de 1970 e 1980, e teve como um de seus maiores defensores John Holt, e propõe o afastamento governamental da educação da criança e do adolescente realizada no ambiente familiar. A desescolarização difere do *homeschooling* (educação domiciliar), pois este é uma versão mais branda, que não afasta totalmente o Estado do modelo educacional, permite a fiscalização, concedendo-se, contudo, maior protagonismo

---

<sup>19</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

dos pais ou responsáveis na instrução dos filhos. Na educação domiciliar os pais levam a escola para o lar<sup>20</sup>.

Segundo a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) a educação domiciliar não é um método de ensino, ou apenas utilização de material didático específico, e não se reduz à prática de retirar crianças e adolescentes da escola, por opção ideológica fechada. A educação domiciliar é *modalidade de educação* na qual os pais do educando são os principais responsáveis e a educação ocorre no contexto da família. O modo como funciona é variado, a depender dos interesses da criança e das escolhas feitas pelos pais e mães<sup>21</sup>.

Apesar de ser um modelo conciliável com a ação estatal, no Brasil, as possibilidades existentes na legislação vigente são apenas a matrícula e a frequência em instituições de ensino escolar público ou privado. Deste modo, veda-se, indiretamente, o *home education*, por meio da obrigatoriedade de matrícula das crianças a partir dos quatro anos de idade, conforme a recente Lei nº 12.796/2013, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), gerando até mesmo sanções para os pais ou responsáveis, podendo constituir crime de abandono intelectual.

Com a recepção do Código Penal de 1940 pela Constituição Federal de 1988, e a previsão de obrigatoriedade de matrícula da criança em rede de ensino, a partir dos quatro anos de idade – art. 55 do ECA com art. 6º da LDB – passou-se a considerar que a conduta do responsável em não matricular seu pupilo em rede de ensino se enquadraria na tipificação do art. 246 do CP/1940.

Não obstante as disposições legais já existentes e vigentes, a matéria alcançou o Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu a repercussão geral da matéria, conforme se observa na jurisprudência:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio

---

<sup>20</sup>ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação*. 2014, p. 552. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2014. p. 19.

<sup>21</sup>ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR – ANED. *O que é educação domiciliar?* Disponível em: < <http://www.aned.org.br/portal/index.php/ensino-domiciliar>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988. 2. Repercussão geral reconhecida<sup>22</sup>”.

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso, em seu voto, aduz que o cerne da questão em análise é a definição de contornos na relação entre Estado e família na educação de crianças e adolescente, bem como limites da autonomia privada contra imposições estatais<sup>23</sup>.

Em 24 de abril de 2002, em sede do Mandado de Segurança nº 7.407<sup>24</sup>, o Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente o pedido de pais que solicitavam a possibilidade de educação domiciliar de seus filhos. Contudo, é preciso observar os votos dos ministros, haja vista que não foi votação unânime. Há votos vencidos com ponderações que merecem atenção.

O relator do processo foi o Ministro Francisco Peçanha Martins, que decidiu por não reconhecer o direito aos pais de ensinarem os filhos em casa, independente da frequência escolar, e com ele votaram os Ministros: Humberto Gomes de Barros, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Laurita Vaz e Garcia Vieira. Os votos vencidos foram os Ministros Franciulli Netto e Paulo Medina.

No caso, os pais de três crianças impetraram o mandado de segurança no intuito de que fosse garantido o ensino em casa, independente da frequência escolar, mas com a matrícula em colégio regular e as devidas avaliações para comprovar a instrução dos filhos. A autoridade coatora acionada foi o Ministério da Educação que emitiu um parecer pela Câmara de Ensino Básico do Conselho Nacional de Educação (CEB/CNE) que denegou o pedido dos pais.

O Ministro Francisco Peçanha Martins, relator, foi contrário ao pedido de direito líquido e certo dos impetrantes, pois não havia norma expressa que assegurasse a educação em domicílio. E, portanto, não competiria ao Judiciário, mas ao Legislativo, assegurar tal possibilidade. Assim como, entendeu não existir ilegalidade ou abuso por parte do MEC, haja vista que a legislação prevê a necessidade de matrícula em rede regular de ensino.

---

<sup>22</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial Nº 888.815/RS. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 04/06/2015. *Diário de Justiça*, 15 jun 2015.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *Mandado de Segurança nº 7.407* de 24 de abril de 2002. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200100228437&dt\\_publicacao=21/03/2005](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100228437&dt_publicacao=21/03/2005)>. Acesso em: 01 dez. 2015.

Por outro lado, o Ministro Franciulli Netto compreendia que a educação deve ser vista pela ótica do pluralismo do Estado Democrático de Direito, assim como o direito à liberdade - não só dos pais, mas da família - de optar por outra modalidade de ensino. Oportuniza que, no caso em concreto, como as crianças demonstraram uma capacidade avançada, haja vista que estavam um ano à frente às suas idades, os pais estariam aptos a assumir a função de garantir diretamente a educação formal. Para o ministro, a frequência escolar é subsidiária e a educação vai além da mera transmissão de informações, sendo a família a responsável principal pela formação não só intelectual, mas cidadã e social das crianças e adolescentes.

No mesmo viés, o Ministro Paulo Medina ressaltou a liberdade prevista nos dispositivos constitucionais relativos à educação (artigo 205 a 208, CF/88) e a noção de pluralismo de ideias. E ainda ressaltou que a tarefa do Estado de zelar pela educação das crianças e adolescentes não restaria obstruída pelo ensino doméstico, uma vez que as crianças ainda teriam de prestar os exames necessários e estariam matriculadas numa escola. Assim afirma:

“Cumprindo a família, de forma excelente, como comprovado no caso dos autos, a obrigação de prover à educação dos filhos, afasta-se a necessidade da interferência comissiva do Estado, que deve se limitar à fiscalização das atividades dessa entidade social, para garantia da efetivação dos fins constitucionalmente fixados, isto é, ‘pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho’”.

Existe, ainda, jurisprudência dos Tribunais de Justiça Estaduais que já manifestam o entendimento acerca do assunto. Destaca-se, a seguir, uma apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do qual se infere que o zelo pela escolaridade da criança é inerente ao poder familiar, e que se configura como infração o descaso intencional dos pais com a matrícula e frequência do educando à escola<sup>25</sup>.

Por sua vez, o art. 1.634 do Código Civil de 2002 estabelece que o Poder Familiar inerente aos pais lhes atribui o dever de dirigir a criação e educação dos filhos. Questiona-se: “dirigir a educação dos filhos” não significaria organizá-la da

---

<sup>25</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação: 7671920118260595 SP 0000767-19.2011.8.26.0595. Câmara Especial. Relator: Desembargador Maia da Cunha. Data de Julgamento: 17/10/2011. *Diário de Justiça*, 18 out 2011.

melhor forma possível para a criança, observadas suas necessidades enquanto indivíduo? De rigor, em nada a educação domiciliar feriria direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Como há confronto de legislação acerca da vedação ou possibilidade do *homeschooling*, urge que o Supremo Tribunal Federal se manifeste acerca da matéria no julgamento do Recurso Especial Nº 888.815/RS, no qual se espera decisão acertada prevalecendo a autonomia privada das famílias, o poder familiar dos pais, a convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

“Há diferentes métodos de ensino condizentes com a ordem social e os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, deve amadurecer a incorporação de modelos que expressem autêntica liberdade de ensinar e respeito ao pluralismo. Modelos como a educação diferenciada e a educação escolar domiciliar (*homeschooling*) [...]. Convém ponderar sob a moldura da liberdade e da solidariedade, que se desdobra na cooperação e subsidiariedade. Ou seja, sempre que alguma iniciativa favoreça a educação e respeite os direitos fundamentais dos educandos, deve ela ser examinada sob prisma colaborativo<sup>26</sup>”.

Assim sendo, Estado, família e sociedade devem agir em conjunto no sentido de garantir o direito a uma educação que forme futuros jovens e adultos verdadeiramente livres e responsáveis, sendo uma alternativa para isso a educação domiciliar. De rigor, e ao contrário do que se pensa, o ensino domiciliar não afasta a tutela do Estado sobre a criança: o ente público pode estabelecer matérias básicas de ensino para cada faixa etária e desenvolver maneiras de controle e supervisão da eficiência do *homeschooling* para cada criança, por exemplo, por meio da aplicação de provas de conhecimento em períodos pré-estabelecidos. Nesse caso, a criança compareceria à escola para realizar exames a fim de verificar se as matérias básicas estão sendo ensinadas, afastando a possibilidade de abandono intelectual.

Em suma, infere-se que uma das formas de se operacionalizar o *homeschooling*, mantendo a subsidiariedade ativa do Estado por meio da fiscalização e controle, em plena observância da legislação brasileira, é manter-se a obrigatoriedade de matrícula da criança em instituição de ensino, sendo esta

---

<sup>26</sup>PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Art. 205. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2231.

dispensada da freqüência às aulas escolares – substituídas pelo ensino domiciliar – e convocada apenas para realização de provas de conhecimento das matérias, constantes na grade curricular da escola. Há, por exemplo, proposição normativa no Congresso Nacional.

O Projeto de Lei nº 3.179 de 08 de fevereiro de 2012<sup>27</sup>, de autoria do deputado Lincoln Portela do PR de Minas Gerais, pretendia modificar a LDB e inserir expressamente a possibilidade de educação domiciliar no Brasil, acrescenta parágrafo ao art. 23 da LDB, que oferta a educação domiciliar<sup>28</sup>. Em 31 de janeiro de 2015 a proposta foi arquivada, e em 06 de fevereiro de 2015 foi desarquivada, e permanece na mesa diretora da Câmara. Leva-se em conta que foi aprovada pela Comissão de Educação da Câmara dos Deputados em 11 de novembro de 2014, em relatoria da Deputada Dorinha Seabra Rezende.

Segundo o relatório, houve propostas anteriores que foram rejeitadas, com a justificativa de que não se coadunavam com os dispositivos legais que foram citados alhures, que poderia se caracterizar como uma medida elitista, e que mitigaria a socialização das crianças e adolescentes. A relatora refutou os argumentos, e ressaltou que a mudança proposta na LDB não significa a ausência completa das instituições de ensino ou do Estado na educação, porém, garante-se uma nova possibilidade aos pais e filhos. Assim, explica a Deputada Dorinha Rezende:

“Um dos méritos das proposições, portanto, é o de admitir, sem obrigar, a possibilidade de uma diferenciação na responsabilidade pela educação básica, autorizando os sistemas de ensino a prever, em suas normas, a alternativa de que pais e tutores se responsabilizem diretamente pela condução do processo

---

<sup>27</sup>Antes dessa proposição legislativa houve os seguintes projetos de lei, similares, porém, rejeitados pelos parlamentares na Comissão de Educação e Cultura: PL nº 6001/2001; PL nº 6484/2002; PL nº 3518/2008; PL nº 4122/2008.

<sup>28</sup>Possível parágrafo proposto no Projeto de Lei nº 3.179/2012: “§ 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais, que contemplarão especialmente: I – autorização pelo órgão competente do sistema de ensino; II – acompanhamento pelo órgão competente do trabalho dos pais ou responsáveis na condução do processo de ensino e aprendizagem; III - obrigatoriedade de matrícula do estudante em escola pública; IV – manutenção de registro oficial das famílias optantes pela educação domiciliar; V – cumprimento de currículo mínimo e avaliação da aprendizagem, nos termos e na periodicidade estabelecidos no projeto pedagógico da escola em que o estudante estiver matriculado; VI – participação do estudante nos exames do sistema nacional e local de avaliação da educação básica; VII – previsão de inspeção educacional, pelo órgão competente do sistema de ensino, no ambiente em que o estudante estiver recebendo a educação domiciliar”.

ensino/aprendizagem de crianças e jovens de suas famílias. Ressalte-se novamente que o projeto principal especifica que deve haver diretrizes que assegurem a articulação, a supervisão e a avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios dos sistemas de ensino. O projeto apensado, por seu turno, autoriza a educação domiciliar, nos termos da regulamentação do sistema de ensino, sendo obrigatória a matrícula e a obediência a calendário de avaliações<sup>29</sup>.

Dessa forma, mantém-se a primazia da família em optar pelo ensino domiciliar cumulada a uma atuação subsidiária e efetiva do Estado ao instituir uma matriz curricular basilar a ser cumprida na educação das crianças, fiscalizando-se a educação domiciliar quanto à sua eficácia relativamente aos infantes. Saliente-se que a vinculação a uma grade curricular basilar instituída pelo poder público não impede que os pais, optantes do *homeschooling*, complementem-na livremente.

Deve-se levar em conta que os pais que escolhem a educação domiciliar não estão desvinculando o Estado da educação dos filhos. Não se trata de um abandono intelectual, mas de uma forma alternativa de garantir a instrução científica e ética, que também pode ser aprendida em casa, não apenas nas escolas. Pois ensino ou aprendizado e escola não são iguais, ainda que esta seja um ambiente que propicie – pelo menos deveria propiciar - aquele. Por sua vez, a efetivação da convivência comunitária não depende apenas do Estado e da escola, mas se compõem de diversas formas, mediante esforço conjunto das três entidades que devem garantir os direitos da criança e do adolescente: família, sociedade e Estado<sup>30</sup>.

#### 4. Intervenção estatal na família: a Lei da Palmada

---

<sup>29</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.179* de 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

<sup>30</sup>“Quando algumas famílias começam, na atualidade, a cogitar da possibilidade de educar seus filhos e familiares no espaço doméstico, esta terminologia necessita incorporar novas significações, capazes de dar conta dos sentidos e limites de cada termo. Desta forma, a educação retoma a sua concepção mais ampla, sendo entendida como o processo integral de ensinar e aprender, para além das delimitações da escola que, por sua vez, passa a ser entendida como a instituição que oferece educação formal, baseada em um sistema de escolarização com códigos e normas próprios atribuídos aos sujeitos em etapas, as quais precisam ser alcançadas para que se passe à seguinte” (VASCONCELOS, Maria Celi Chaves; MORGADO, José Carlos Bernardino Carvalho. *Desafios à escolarização obrigatória: a inserção do homeschooling na legislação educacional no Brasil e em Portugal*. *RBPAE*, Goiânia, v. 30, n. 1, p. 203-230, jan./abr. 2014. p. 209)



Importante trazer as bases normativas necessárias para a correta apreciação acerca do alcance da Lei da Palmada no ordenamento brasileiro. Ao mesmo tempo, é oportuno recordar que o Estado é a instituição mais estruturada pela sociedade civil para organizar a vida social e proteger os cidadãos. Nesse mesmo diapasão, a família é a unidade essencial da sociedade e, logo, credora do melhor tratamento político e jurídico. O Estado deve ofertar especial proteção à família (art. 226, CF/88). Isso se concretiza mediante políticas públicas que favoreçam o desenvolvimento pleno da família. Todavia, em razão do poder de que dispõe, inclusive com a função de auxiliar a família, o Estado pode, eventualmente, incorrer em abuso, pela ação dos agentes estatais que agem de forma contrária ao melhor interesse da família, mesmo com a melhor das intenções. Por isso, para evitar efeitos negativos da intervenção estatal, é conveniente conhecer e respeitar as competências de cada um dos círculos sociais em torno da pessoa, e seguir critérios capazes de preservar a ação harmoniosa entre eles, de modo a se garantir o melhor à família. Também é necessário avaliar o alcance que pode ser dado a cada lei, dentro do sistema que ela passa a integrar, para que não seja ela fonte de insegurança social e licença para abuso de poder<sup>31</sup>.

A Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, visa ao “aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente”. Ao mesmo tempo, em seu § 1º, estabelece que “a intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada”. Portanto, ela reforça o dever colaborativo e subsidiário do Estado com relação aos pais, em sua função do cuidado da prole. Ou seja, no exercício do poder familiar. O Estado deve, portanto, favorecer a convivência da criança e do adolescente em sua família natural, o que exigiria criar políticas públicas e serviços de auxílio às famílias, de modo a ajudar os pais. Essa perspectiva deve estar na

---

<sup>31</sup> Cf. A co-regulação da família pelos círculos sociais (sociedade civil e estado): um diálogo com a Constituição Federal do Brasil. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. In: *Direito de Família*. SANTIAGO, Mariana Ribeiro; SILVA, Marcos Alves da; CARDIN, Valéria Sílvia Galdino. Curitiba: CONPEDI, 2013, p. 8-38.

mente de qualquer aplicador das normas que incidam sobre a família, em especial no que se refere a criança e ao adolescente na relação com seus pais.

A Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, por sua vez, trata também de tema relativo aos direitos da criança e do adolescente. Foi denominada de “Lei da Palmada” ou “Lei do Menino Bernardo”. Por curiosa coincidência numérica (12.010 e 13.010), essas leis se situam exatamente entre outras 1.000 (mil) leis federais, editadas no Brasil em menos de 5 anos (entre 3 de agosto de 2009 e 26 de junho de 2014). Pois bem, esta última acrescentou os artigos 18-A, 18-B e 70-A e alterou os artigos 13 e 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como adicionou o § 9º ao artigo 26 da Lei de Diretrizes e Bases para a Educação. O mérito principal da Lei nº 13.010/2014 foi garantir que a criança não seja exposta, em seu processo educativo, a castigos físicos ou tratamentos cruéis e degradantes. Destaca-se que o novo artigo 18-A do Estatuto da Criança e do Adolescente define como castigo físico qualquer ação disciplinar ou punitiva que utilize força física sobre o infante, resultando em sofrimento físico ou lesão para este.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 1990, e os organismos multilaterais de promoção dos Direitos Humanos, preconizam que a autoridade parental deve ser exercida sem qualquer forma de violência. Países signatários da Convenção têm sido convocados a especificar em lei a proibição mais ampla de atos, sob os termos castigos físicos, tratamentos cruéis e degradantes<sup>32</sup>. A Lei da Palmada, assim, em parte desenvolve disposições da Convenção de 1989, e proíbe castigos físicos, tratamento cruel e degradante na educação das crianças e adolescentes. No entanto, a matéria divide opiniões. Não pelo fato de coibir excessos, que se traduzem em violência. Mas, sobretudo, pela indeterminação acerca do que se entenderia como tal. Além disso, muitos adultos, mental e fisicamente saudáveis, sofreram palmadas em sua infância, e reputam que isso lhes teria sido útil como recurso educativo de seus pais. Outros entendem que o Estado não deveria interferir a esse ponto na educação. Efetivamente, a lei ficou um tanto quanto aberta. Isso facilitou a confusão. É todavia necessário interpretá-la em nova chave.

Já havia no Brasil normas contrárias à violência de pais ou responsáveis para com vulneráveis sob seu poder. Assim, é forçoso compreender que a intenção

---

<sup>32</sup>RIBEIRO, Fernanda Bittencourt. Governo dos adultos, governo das crianças: agentes, práticas e discursos a partir da “lei da palmada”. *Revista Civitas*, v. 13, n. 02, MAIO-AGO, 2013, p. 292-308.

do legislador, na nova Lei, estaria, de rigor, para além de estabelecer pena para aqueles que cometessem excessos na aplicação de castigos físicos disciplinares em crianças e adolescentes, deixando sobrepor-se, ao efeito corretivo, sua própria irritação, estresse ou destempero.

Ou seja, a lei estaria em contexto de inflexão. Visaria a promoção de nova cultura educacional. Na medida em que ela traduz pretensão de reconfiguração de hábitos educativos, deve necessariamente ser implementada com políticas públicas paralelas, voltadas a esse fim específico. Ao mesmo tempo, esclarece-se que não se pretende, aqui, esgotar a análise da lei, tampouco avaliar sua real eficácia – até mesmo por muito recente – mas simplesmente fomentar reflexão necessária sobre seu posicionamento no sistema jurídico, de modo que não redunde em justificativa para abuso dos agentes estatais no que se refere à educação dos filhos e em prejuízo dos princípios reforçados pela Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009.

Importa recordar que a Constituição Federal de 1988 (art. 227) deu à criança prioridade absoluta, aduzindo primazia de seus interesses, enquanto pessoa em desenvolvimento, em relação aos adultos. Em sequência, o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu sua proteção integral, combinando direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais<sup>33</sup>. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, desde 1990, em seu artigo 5º já fixava que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de violência, crueldade e opressão. Ou seja, a proibição de castigos físicos já estava tipificada. Ocorre que o Código Civil de 2002, ao estabelecer vedação apenas aos castigos imoderados aos filhos, parecia permitir uso de força como atividade corretiva de filhos ao vedar o castigo “imoderado”<sup>34</sup>. Assim, a Lei da Palmada de certa forma traz um norte interpretativo para esse dispositivo. Reforçou a proteção integral do Estatuto da Criança e do Adolescente e proíbe qualquer forma de violência contra infantes, ao tipificar os castigos físicos disciplinares como crime. Supera a idéia de que se tratava de contravenção penal. Como se dizia, já havia no Brasil o crime de maus-tratos, tipificado no art. 136 do Código Penal.

---

<sup>33</sup>FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. Da palmada à palavra: um ensaio sobre a proibição da violência contra a criança e o adolescente no ambiente familiar brasileiro contemporâneo. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Direito e Dignidade da Família*. São Paulo: Almedina, 2012, p. 224-227.

<sup>34</sup> *Idem*.

Na abertura do texto legal, sem dúvida há espaço para intervenção abusiva do Estado na família. Por isso a reação defensiva da opinião pública. Afirmou-se que houve desrespeito ao princípio da intervenção mínima na família ou autonomia familiar, disposto no art. 1.513 do Código Civil vigente<sup>35</sup>. A interpretação abusiva do art. 18-A e 18-B pode levar à retração de pais que agem, em consciência, a seu modo, pelo melhor interesse dos filhos, bem como haveria espaço para uma ação estatal incriminadora de quem mereceria antes suporte do Estado para aperfeiçoar seu método de correção. Esse receio ficou patente em pesquisa de âmbito nacional realizada pelo Instituto Datafolha, em julho de 2010. Por tal levantamento, 54% dos brasileiros eram contra o projeto da Lei da Palmada. Outros dados importantes desta pesquisa: 58% dos entrevistados já bateram em seus filhos e as mulheres eram as que mais recorriam ao método da palmada (69%)<sup>36</sup>.

A crítica à Lei da Palmada, portanto, se alia ao receio de que a vedação aos castigos físicos englobasse inclusive aqueles “moderados”, como o “tapinha na mão” da criança que aproxima o dedo da tomada. Isso seria cerceamento na liberdade individual e na privacidade da família por parte do Estado, com base em um ideal de controle<sup>37</sup>.

A lei diz que “a criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante”. A afirmação, por si, está condizente com o sistema de proteção da criança. No entanto, há medo de eventual abuso por parte de agente estatal, dada a abertura dos conceitos indeterminados que enunciam condutas sobre as quais pode incidir a lei. Geram incerteza. Ao mesmo tempo, a punição aos pais, isoladamente, jamais seria a atuação mais efetiva para auxiliar as crianças. Melhor uma medida que redunde em mudança de método educativo.

Antes da Lei 13.010 já existiam normas a regulamentar a violência contra a criança - inclusive a Lei Maria da Penha tem sido aplicada também em face

---

<sup>35</sup>PELLEGRINI, Jaqueline Siqueira; PAIVA, Letícia Maffini de; FELTRIN, Lohana Pinheiro; FEVERSANI, Marina Somavilla. *Lei da Palmada: reflexões e implicações psicojurídicas*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 8, n.1, 2013. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/8860>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>36</sup> Pesquisa divulgada pelo Instituto de Pesquisa Datafolha, em 22 de julho de 2010.

<sup>37</sup> COELHO, Ana Carla Tavares. *A intervenção do Estado Brasileiro na vida privada: um estudo sobre a Lei da Palmada*. 2012. 122 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012, p. 95.

da violência contra a filha mulher – que, nesse passo, terminam por ser um tipo de intervenção do Estado na família. Mas não causam polêmica. Maior desconforto surgiu com a Lei da Palmada, que representaria avanço na concretização da prioridade absoluta do artigo 227 da Constituição Federal, exatamente pela expressão “palmada” e pela abertura semântica gerar insegurança quanto à ação dos pais que, de rigor, não são habitualmente violentos, mas poderiam ser enquadrados como criminosos, por uma única ação excessiva, ampliando-se a divisão paterno-filial, que deveria ser favorecida.

Nota-se que o Judiciário tem evitado fundamentar na Lei da Palmada as penas aplicadas aos pais que abusam do poder de correção. Alguns Tribunais de Justiça têm mencionado a Lei da Palmada em seus julgados, corroborando o combate à violência infantil doméstica, mas sobretudo para reforçar sua dimensão educativa, valendo-se de outras normas para aplicação da pena. Nesse sentido estão diversos acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, em casos de castigos físicos imoderados, nos quais a conduta foi tipificada como lesão corporal leve<sup>38</sup> e maus tratos<sup>39</sup>. Portanto, jurisprudência paulista tem evitado usar dos artigos polêmicos da Lei da Palmada para qualificar os infratores, preferindo outras normas para tal fim, citando-se o conteúdo da Lei da Palmada, incorporado ao ECA, para reforçar o caráter de proteção integral. O Judiciário lida com parcimônia em face da Lei, especialmente em face de pais que desconhecem o procedimento adequado para educar, talvez eles mesmos vítimas de seus pais quando crianças e, a despeito desse tratamento, chegaram à idade adulta com caráter, desejosos de legar aos filhos o mesmo resultado, por isso confiantes nos mesmos métodos.

Sem dúvida castigos físicos não são a única opção para a educação de crianças. A psicologia traz diversos métodos eficientes para educação de crianças e adolescentes. Inclusive existem programas televisivos e *sites* da internet que auxiliam na promoção de novas técnicas. Assim, “educar os pais para a educação” seria outra serventia da Lei da Palmada, para além de coibir a conduta violenta do adulto em face da criança ou adolescente, situação regulada por outras normas. Mas, para que a pretensão maior da lei tenha eficácia – uma cultura educativa mais

---

<sup>38</sup> Apelação nº 0003758-86.2014.8.26.0554, cuja Relatora foi a Desembargadora Rachid Vaz de Almeida, julgada em 12 de novembro de 2015, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

<sup>39</sup> Apelação nº 0000810-37.2014.8.26.0534, cujo Relator foio Desembargador Péricles Piza, julgada em 29 de fevereiro de 2016, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

pacífica - é necessário contar com políticas públicas conjuntas: instrumentalização e estruturação dos Conselhos Tutelares e investimentos em políticas preventivas educativas para os pais. Isso ainda é muito tímido. Seria importante para convencer os pais quanto a métodos melhores. Desse modo se colocaria a Lei da Palmada resguardada quanto à possibilidade de legitima abuso de agente estatal. Sobretudo porque a Lei 13.010, de 2009, reforçou como princípio do Estatuto da Criança e do Adolescente, por diversos dispositivos, o dever de fortalecer os vínculos entre pais e filhos, e o dever de favorecer a convivência familiar. Aplicação da Lei da Palmada sob diferente moldura, efetivamente pode resultar em abuso do poder estatal. A intromissão na família deve ser sempre com a missão de favorecer a família. A atitude que facilite a separação ou o distanciamento entre pais e filhos é medida extrema.

Em síntese, a palmada é uma realidade cultural do Brasil. Para ser alterada, carece de políticas educativas de grande escala para alcançar os pais e informá-los sobre as diversas formas de educar seus filhos sem o emprego de castigos físicos ou tratamentos cruéis e degradantes. Ou seja, a Lei da Palmada somente teria eficácia em seu objetivo de proteção integral da criança e do adolescente aliada à estruturação dos Conselhos Tutelares e políticas públicas educativas direcionadas aos pais.

## Conclusão

O direito à educação no Brasil passou por diversas mudanças desde a Constituição do Império de 1924 até alcançar o *status* de direito social e fundamental, atribuído a todos, e dever do Estado, da família e da sociedade. Paralelamente, o Direito de Família também evoluiu, alcançando a família definição constitucional de base da sociedade. Por sua vez, a Constituição de 1988 inaugurou nova fase na proteção dos vulneráveis, com destaque para as crianças, que gozam de prioridade absoluta.

Nessa perspectiva atual, o direito à educação, o Direito de Família e Direito da Infância e Juventude se interseccionam quando se trata da educação que os pais dão aos filhos. A perspectiva inaugurada pela Constituição Federal de 1988 confere primazia absoluta à criança e ao adolescente, os mais vulneráveis nas relações de família. No que tange à educação, quando há competências

concorrentes e comuns insurgem polêmicas acerca das recentes intervenções do Estado na educação que os pais dão aos filhos, das quais destacam-se a Lei da Palmada e questão da possibilidade do ensino domiciliar no Brasil.

Infere-se que o *homeschooling* pode ser uma forma eficiente de promover a educação das crianças, visto que os pais podem desenvolver e organizar o ensino de acordo com as características – aptidões e dificuldades – individuais de seus filhos. Nesse caso, não se afasta a tutela do Estado, que de modo subsidiário pode adotar medidas como: manter a obrigatoriedade de matrícula da criança em instituição de ensino, dispensando-a da frequência às aulas escolares, e convocando a criança a realizar provas a fim de atestar se a *home education* está sendo eficaz.

Por sua vez, também se questiona o grau de invasão na esfera do poder familiar operado pela Lei nº 13.010/2014 (Lei da Palmada), que alterou Estatuto da Criança e do Adolescente para estabelecer sanções aos educadores que aplicarem quaisquer castigos físicos ou tratamentos cruéis para disciplinar crianças e adolescentes. Como se dizia, já havia no País normas para coibir a violência contra os filhos. No entanto, a lei prima por uma nova cultura educativa. Todavia, a eficácia desta pretensão dependerá de investimentos para instrumentalização dos Conselhos Tutelares e desenvolvimento de políticas públicas preventivas, notadamente no sentido de conscientizar os pais acerca dos métodos de educação de filhos sem uso de palmadas e castigos.

Desta forma, conclui-se que a concretização do direito à educação da criança e do adolescente depende da colaboração da família, do Estado e da sociedade em desenvolver ambientes favoráveis ao aprendizado e livres de qualquer forma de violência. A família, autônoma para escolher a forma de ensino do infante, deve colaborar com as políticas públicas que visam extirpar a violência contra as crianças, mesmo que isto cause restrições a atitudes plausíveis, como alguns tipos de palmada, pois a proteção integral daqueles é prioridade absoluta do Estado Democrático de Direito. Deve prevalecer a tônica colaborativa, cooperativa ou subsidiária, entre família e Estado.

Referências

ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação*. 2014, p. 552. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2014.

BRASIL. *Constituição (1824)*. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.html)>.

Acesso em 24 nov. 2015.

BRASIL. *Constituição (1891)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.html)>.

Acesso em: 24 nov. 2015.

BRASIL. *Constituição (1934)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.html)>.

Acesso em: 24 nov. 2015.

BRASIL. *Constituição (1946)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.html)>.

Acesso em: 24 nov. 2015.

BRASIL. *Constituição (1967)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.html)>.

Acesso em: 25 nov. 2015.

BRASIL. *Constituição (1967)*. Emenda Constitucional n.1, de 24 de janeiro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.html)>.

Acesso em 25 nov. 2015.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.

Acesso em: 25 nov. 2015.



BRASIL. *Código Penal de 1940* (Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* (Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996.). Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.179* de 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial Nº 888.815/RS*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 04/06/2015. Diário de Justiça, 15 jun 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 7671920118260595 SP 0000767-19.2011.8.26.0595*. Câmara Especial. Relator: Desembargador Maia da Cunha. Data de Julgamento: 17/10/2011. Diário de Justiça, 18 out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0003758-86.2014.8.26.0554*. 10ª Câmara de Direito Criminal. Relatora: Desembargador Rachid Vaz de Almeida. Data de Julgamento: 12/11/2015. Diário de Justiça, 17 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0000810-37.2014.8.26.0534*. 1ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Desembargador Péricles Piza. Data de Julgamento: 29/02/2016. Diário de Justiça, 03 mar. 2016.

Boletim informativo do *UNICEF*. Ano 4, n. 11, abril/2008. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/pt/UNI11.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

COELHO, Ana Carla Tavares. *A intervenção do Estado Brasileiro na vida privada: um estudo sobre a Lei da Palmada*. 2012. 122 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012, p. 95.

EX-ALUNOS CONTAM EXPERIÊNCIA DE ENSINO DOMILIAR QUE CRESCE NO PAIS. *Folha de São Paulo*, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/02/1594329-ex-alunos-contam-experiencia-de-ensino-domiciliar-que-cresce-no-pais.shtml>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. Da palmada à palavra: um ensaio sobre a proibição da violência contra a criança e o adolescente no ambiente familiar brasileiro contemporâneo. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Direito e Dignidade da Família*. São Paulo: Almedina, 2012.

Instituto de Pesquisa Data Folha. *54% dos brasileiros são contra a Lei da Palmada*. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2010/07/1223479-54-dos-brasileiros-sao-contr-a-lei-da-palmada.shtml>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. *Conflitos interfamiliares de guarda e princípio do melhor interesse: uma associação possível*. 2007. 118f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

OLSEN, Chad. *Constitutionality of Home Education: How the Supreme Court and American History Endorse Parental Choice*. *Brigham Young University Education and Law Journal*. BYU Educ. & L.J.: Provo, 2009, p. 399-423. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1263&context=elj>>.

Acesso em: 25 nov 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

PELLEGRINI, Jaqueline Siqueira; PAIVA, Letícia Maffini de; FELTRIN, Lohana Pinheiro; FEVERSANI, Marina Somavilla. *Lei da Palmada: reflexões e implicações psicojurídicas*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 8, n.1, 2013. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/8860>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Art. 205. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_ A co-regulação da família pelos círculos sociais (sociedade civil e estado): um diálogo com a Constituição Federal do Brasil. In: *Direito de Família*. SANTIAGO, Mariana Ribeiro; SILVA, Marcos Alves da; CARDIN, Valéria Silvia Galdino. Curitiba: CONPEDI, 2013, p. 8-38.

PISTINZI, Bruno Fraga. O Direito à educação nas Constituições brasileiras. In: GARCIA, Marcia. *Revista de direito educacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, JUL/DEZ, 2010, p. 63-93.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2005.

RIBEIRO, Fernanda Bittencourt. Governo dos adultos, governo das crianças: agentes, práticas e discursos a partir da “lei da palmada”. *Revista Civitas*, v. 13, n. 02, MAIO-AGO, 2013, p. 292-308.

STAROVEROVA, T. I. *Home Education in Russia*. Russia Education and Society. 2001, vol. 3, n. 10, OUT, p. 23-36.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder Familiar e o aspecto finalístico de promover o desenvolvimento e o bem-estar da pessoa. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das Famílias por Juristas Brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves; MORGADO, José Carlos Bernardino Carvalho. Desafios à escolarização obrigatória: a inserção do homeschooling na legislação educacional no Brasil e em Portugal. *RBPAE*, Goiânia, v. 30, n. 1, p. 203-230, jan./abr. 2014.

VELTRONI, Alexandre Lucas. O direito à educação no Brasil: o enfoque dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Revista de Direito Educacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, JAN/JUN, 2010, p. 13-57.

**A UNIÃO ESTÁVEL E O NAMORO QUALIFICADO:  
UMA DIFERENCIAÇÃO**

***THE COMMON-LAW MARRIAGE AND THE QUALIFIED DATING***

**Carlos Alberto Dabus Maluf**

Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1970), mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (1979), doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (1984) e Livre-Docência de Direito Civil pela Universidade de São Paulo.

Atualmente é Professor Titular no Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde foi chefe no período de setembro de 2011 a setembro de 2015. Participou da Comissão de juristas criada pelo Deputado Ricardo Fiuza, para apresentar sugestões de modificações ao Código Civil de 2002.

Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Código Civil, Condomínio, Condomínio Edifício, Direito das Obrigações, Direito da Propriedade, Direito de Família e Direito das Sucessões.

**Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf**

Possui mestrado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2006) e doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2010). Atualmente é professora do Centro Universitario - UNIFMU, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil - família, sucessões, contratos e direitos reais; biodireito; direito médico.

**Sumário:** Introdução. 1. Da União Estável. 2. União Estável e Namoro Qualificado - uma Diferenciação. 3. Síntese Conclusiva.

**Introdução**

A pós-modernidade trouxe à baila a possibilidade de existência de inúmeras modalidades relacionais - as famílias.

Casamentária, homoafetiva, monoparental, unilinear, formada pela união estável, concubinária, eudemonista, unipessoal, mosaico ou reconstituída, poliamorosa, e tantas outras cujas oportunidades se multiplicam.

Na atualidade, com a mudança dos valores e dos costumes, um conflito aparente se estabelece nesse rico contexto: a efetiva determinação da família formada pela união estável.

Como esta se forma? Quando? Em que termos?

## 1. Da União Estável

A família formada pela união estável, vigente desde os tempos romanos, admitida pelas leis matrimoniais de Augusto (Leis Julia e Papia Poppaea), passou a ser considerada pelo direito, ainda que de maneira indireta, chegando a ter em Roma o valor de um quase casamento, pois, quando formada por um homem e uma mulher de classe social elevada, presumia-se que casados fossem. Podia, entretanto, ser constituída sem formalidades e com natureza lícita entre as pessoas de classes mais baixas<sup>40</sup>.

O cristianismo combateu o então chamado concubinato, insurgindo-se contra a tolerância por ele desfrutada, até ser condenado no Concílio de Trento<sup>41</sup>.

A generalização do fato social fez com que fosse reconhecida juridicamente. Na atualidade, recebe amparo constitucional, no art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Considera-se união estável a entidade familiar estabelecida entre o homem e a mulher, de forma pública, contínua e duradoura, com animus de constituir uma família, diferente do concubinato, que restringe-se às relações entre homens e mulheres impedidos de casar.

Pode ser entendida a união estável, na visão de Paulo Luiz Netto Lôbo, *"como sendo a entidade familiar constituída por um homem e uma mulher que convivem em posse do estado de casado, que se converteu em relação jurídica em*

---

<sup>40</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2. p. 320-321.

<sup>41</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 38.

*virtude da Constituição, que lhe atribuiu dignidade de entidade familiar própria, com seus direitos e deveres*"<sup>42</sup>.

Pode ser entendida como a união válida entre duas pessoas de sexo diferente, mediante convivência contínua, pública e duradoura, na qual não haja impedimentos matrimoniais para se formar, gerando, desta forma, uma aparência de casamento com o objetivo de formação familiar.

O Código Civil regula, no seu Livro IV, Título III, a união estável nos arts. 1.723 a 1.727, encontrando-se também disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como o direito sucessório dos companheiros - art. 1.790 - e a obrigação alimentar - art. 1.694.

Define-se união estável, à luz do art. 1.723 do Código Civil, como a entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Note-se que a menção expressa dos termos "*homem*" e "*mulher*" afasta a possibilidade de configurar-se união estável entre seres do mesmo sexo. Essa característica, entretanto, veio a ser desobrigada, tendo em vista recente decisão emanada do STF acolhendo as relações homoafetivas como união estável.

Impõe-se para a constituição da união estável, tal como disposto no art. 1.723, § 1º, do Código Civil, a observância dos impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil e dos deveres recíprocos entre os companheiros elencados no art. 1.724 do Código. Não vigoram, entretanto, as causas suspensivas previstas no art. 1.523, tal como dispõe o art. 1.723, § 2º, do mesmo diploma legal<sup>43</sup>.

Consiste, portanto, a união estável na ligação entre o homem e a mulher, marcada pela ausência da celebração do casamento, mas que apresente o animus de se manter uma comunhão de vida estável, durável e pública, com aparência de casamento, na qual se atribui aos companheiros o dever de lealdade similarmente ao dever de fidelidade dos cônjuges, não sendo necessária a coabitação para configurá-la<sup>44</sup>.

Pertence à própria estrutura da união estável o fato de que o início da convivência se dá sem a observância de qualquer formalidade de celebração, mas

---

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 148.

<sup>43</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

<sup>44</sup> CORNU, Gérard. Droit civil - la famille. 7. edition. Paris: Montchrestien, 2001. p. 86-87.

pelas consequências que encerra equipara-se, em verdade, a um casamento de fato, pois vivem os conviventes como se fossem marido e mulher, sem o ser<sup>45</sup>.

Desta sorte, *"para que se configure união estável é necessária a efetiva formação da família, não sendo suficiente o simples objetivo de constituí-la, como existe no namoro e no noivado, assim, é a união estável a manifestação aparente do casamento, caracterizando-se pela comunhão de vidas"*.

*"Envolve ainda a permanência estável da relação, sem interrupções, sendo essencial para a sua constituição: a dualidade de sexos; a convivência contínua, duradoura e pública; a capacidade civil dos companheiros, para a sua validade em virtude dos efeitos que produz, e a inexistência de impedimentos matrimoniais, salvo, no caso de casamento, se houver separação de fato."*

Diferentemente do casamento, que se realiza em um único ato, a união estável é oriunda de vários fatos que se concretizam com o passar do tempo e apresenta, como aquele, natureza monogâmica<sup>46</sup>.

Numa visão retrospectiva, lecionam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva que o Código Civil de 1916 ignorou a família de fato, protegendo largamente a família formada pelo casamento.

À luz da legislação da época, ficava a companheira desamparada, no que tange aos efeitos patrimoniais decorrentes da dissolução das uniões de fato, o que levou à formação de jurisprudência atinente ao tema, resultando na Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal: *"Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum"*.

Como prevê Álvaro Villaça Azevedo, *"com a ausência de divórcio e com o crescente número das uniões estáveis, coube à jurisprudência a importante tarefa de impedir as lesões que se tornaram muito frequentes, como acontece nas relações jurídicas em que se deixa solta a liberdade, sem limitações, sem responsabilidades"*<sup>47</sup>.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da família de fato. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001. p. 298-299

<sup>46</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil, p. 35-38

<sup>47</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da família de fato, p. 301.

O primeiro passo para a legalização da união estável veio com o Decreto nº 4.737, de setembro de 1942, que dispôs sobre o reconhecimento dos filhos naturais. Depois deste, diversos outros benefícios foram paulatinamente sendo concedidos às companheiras, decorrentes de lei<sup>48</sup>.

A Constituição de 1988 legitimou a união estável, conferindo-lhe o *status familiae*. A partir desta, foi promulgada a Lei nº 8.971, de 29.12.94, que estabeleceu os requisitos da união estável, impôs o prazo de cinco anos de duração da união ou existência de prole, sendo ainda a primeira lei a reconhecer o direito a alimentos; representou, outrossim, importante avanço para o reconhecimento do direito à meação na partilha de bens, abandonando a ideia de divisão de bens, na proporção do esforço empregado para sua aquisição.

A Lei nº 9.278, de 10.05.96, reconheceu como entidade familiar a convivência pública, duradoura e contínua entre o homem e a mulher com a finalidade de constituir família, apontando, em seu art. 1º, como requisitos para a união estável a dualidade de sexos, a publicidade, a continuidade, a durabilidade da relação, estabelecendo direitos e deveres de cunho pessoal e patrimonial aos conviventes<sup>49</sup>.

A doutrina amplia essa conceituação, inserindo a finalidade de constituição da família, a estabilidade, a unicidade de vínculo, a notoriedade, o informalismo, a ausência de impedimentos matrimoniais, a convivência *more uxório*, a *affectio maritalis*.

Assim sendo, muitos reflexos do casamento encontram-se consignados na união estável, tendo em vista a socialização do direito. No entendimento de Jean Carbonnier, "*a verdade é que, por trás de sua aparência de independência, a união fora do casamento é como que teleguiada pela presença do casamento ou ainda, anteriormente, pela presença da sociedade*"<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Decreto-Lei nº 7.036/1944; Lei nº 4.242/63; Lei paulista nº 2.699/54; Lei nº 4.069/62, diversas leis em matéria previdenciária tornaram-se protetivas da união estável (Lei nº 4.297/63, revogada pela Lei nº 5.698/71; Lei nº 6.194/74, alterada pela Lei nº 8.441/92; Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.032/95; e Lei nº 6.015/73).

<sup>49</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil, p. 39-42

<sup>50</sup> CARBONNIER, Jean. Flexible droit. 8. ed. Paris: LGDJ, 1995. p. 222.



*"Pode-se, assim, concluir que a família formada pela união estável representa um fato natural e bastante presente na sociedade através dos tempos históricos, legitimada na realidade brasileira pela jurisprudência, por leis esparsas, até encontrar respaldo constitucional, rompendo assim com a injustiça, o casuísmo, o preconceito, permitindo que o homem inserido na tipologia de família que melhor lhe convier possa ter sua intrínseca dignidade valorizada, desenvolver os atributos inerentes à sua personalidade."*<sup>51</sup>

## **2. União Estável e Namoro Qualificado - uma Diferenciação**

Uma questão muito discutida na atualidade é a diferenciação da união estável e do simples namoro. Para diferenciar os dois institutos, inicialmente devemos ater-nos à constituição do próprio instituto. Como saber se a relação configura um namoro ou uma união estável? É possível formalizar um documento para constituir um ou outro? Quais as consequências jurídicas de um e de outro? Quais os direitos dos companheiros na união estável? E dos namorados?

Preleciona Maria Aracy Menezes da Costa que *"a autonomia privada possibilita às partes determinar as diretrizes de sua vida pessoal, mas, de acordo com a nova cisão do direito, em nenhuma esfera esses mesmos indivíduos têm uma ilimitada possibilidade volitiva e de criação, pois a função social dos institutos não permite que isso aconteça. Nesse sentido, normas cogentes determinarão o conceito e os novos limites da autonomia da vontade"*<sup>52</sup>.

Como saber se a relação configura um namoro ou uma união estável?

Diferente da união estável, que tem previsão constitucional no art. 226, § 3º, e vem regulada pelo Código Civil nos arts. 1.723 a 1.727, o namoro não é conceituado pela lei. Assim sendo, não há requisitos a serem observados para sua formação, a não ser os requisitos morais, impostos pela própria sociedade e pelos costumes.

Nesse sentido, os costumes e a moral nos trazem a ideia de que, para uma relação ser considerada um namoro, deve estar presente a fidelidade recíproca,

---

<sup>51</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade, p. 108.

<sup>52</sup> COSTA, Maria Aracy Menezes da. Namoro qualificado: a autonomia da vontade nas relações amorosas. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 165-166.

a constância da relação e a publicidade - marcada pelo conhecimento do relacionamento por parte da família e dos amigos do casal.

Nada impede, no entanto, que alguns relacionamentos quebrem essas regras morais. Há namoros em que não há fidelidade, inclusive com a concordância mútua dos namorados nesse sentido. É o chamado "*relacionamento aberto*". Esse fato, por si só, não desconfigura a existência da relação, que na prática existe, e pode ser chamada de namoro ou um mero "caso". Da mesma forma, um namoro pode ser uma relação eventual, ou uma relação da qual nenhuma pessoa tenha conhecimento, além do próprio casal.

Portanto, para que configure o início do namoro, basta que duas pessoas iniciem um relacionamento amoroso, o que abrange desde encontros casuais até relacionamentos mais sérios, nos quais há publicidade, fidelidade e uma possível intenção de casamento ou constituição de união estável no futuro.

No entanto, a confusão que pode surgir entre o namoro e a união estável ocorre nas relações em que há observância das regras morais impostas pela sociedade. São aqueles relacionamentos duradouros, com convivência contínua do casal, nos quais há fidelidade mútua, pelo menos na aparência, na qual ambos se apresentam na sociedade como namorados<sup>53</sup>.

A doutrina divide o namoro em simples e qualificado. O namoro simples é facilmente diferenciado da união estável, pois não possui pelo menos algum de seus requisitos básicos. É, por exemplo, o namoro às escondidas, o namoro casual, o relacionamento aberto<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> *"Tem sido o entendimento majoritário neste Tribunal que não é o amor e não são os amantes que a lei protege. A Carta Constitucional é muito clara em seu art. 226 - a família merece especial proteção do Estado, a questão não é saber se houve ou não amor e se esse amor foi prolongado, mas, sim, se fundaram ou não um núcleo familiar, se essa relação constituiu ou não uma família (...), do mero relacionamento afetivo e sexual, sem vida em comum, não se retira qualquer sequela patrimonial."* (TJRS, EI 70003119187, 4ª Câ., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 12.04.02, nº 214, out. 2002)

<sup>54</sup> *"RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C/C PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. Alegação de não comprovação do fato constitutivo do direito da autora. Prequestionamento. Ausência. 2. União estável. Não configuração. Namorados que, em virtude de contingências e interesses particulares (trabalho e estudo) no exterior, passaram a coabitar. Estreitamento do relacionamento, culminando em noivado e, posteriormente, em*

Já o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. Trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra e, por vezes, até pernoitarem na casa de seus namorados, não têm o objetivo de constituir família. Por esse motivo é tão difícil, na prática, encontrar as diferenças entre a união estável e o namoro qualificado.

Entretanto, muito embora as semelhanças existentes entre ambos, o que os diferencia é o objetivo precípua de constituir família - presente na união estável e ausente no namoro qualificado.

A *affectio maritalis* deve necessariamente estar presente nessa relação. Como leciona Carlos Roberto Gonçalves, não configuram união estável os encontros amorosos, mesmo que constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem mesmo as viagens realizadas a dois ou o comparecimento juntos a festas, recepções, entre outros - se não houver, bilateralmente, o intuito de constituir família<sup>55</sup>.

Via de regra, "*a busca jurisdicional pela declaração da existência da união estável somente poderá surgir após o rompimento unilateral do relacionamento, quando um de seus componentes - aquele que não queria romper a relação -, com intuito exclusivamente patrimonial, muda de ideia e, formando a existência de união estável, pretende litigiosamente a declaração judicial de uma entidade familiar, inexistente, no caso, pela falta de vontade das partes*".

Teria, nesse sentido, o Estado o direito de declarar a existência de entidades familiares, mesmo sem o animus de uma das partes da relação? Poderia então essa relação amorosa, sem objetivo de constituição de família, produzir efeitos

---

*casamento. 3. Namoro qualificado. Verificação. Repercussão patrimonial. Inexistência. 4. Celebração de casamento, com eleição do regime da comunhão parcial de bens. Termo a partir do qual os então namorados/noivos, maduros que eram, entenderam por bem consolidar, consciente e voluntariamente, a relação amorosa vivenciada, para constituir, efetivamente, um núcleo familiar, bem como comunicar o patrimônio haurido. Observância. necessidade. 5. Recurso especial provido na parte conhecida; e recurso adesivo prejudicado." (REsp 1.454.643/RJ, Recurso Especial 2014/0067781-5, Min. Marco Aurélio Bellizze [1150], Terceira Turma, j. 03.03.2015, DJe 10.03.2015)*

<sup>55</sup> A prova do elemento subjetivo dessa relação nem sempre é fácil. São os indícios veementes que a comprovam: manutenção de um lar comum, eventual casamento religioso, existência de filhos havidos desta união, mútua dependência econômica/previdenciária ou a posse de contas bancárias conjuntas (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, p. 591).

e consequências legais e patrimoniais, tais como alimentos, partilha de bens, herança entre, outros?<sup>56</sup>.

Para que se forme a união estável, o relacionamento amoroso deve ser contínuo e não casual; ter o animus de constituir família; deve ser público - a discricção não desconstitui a união estável, não se admite é a união secreta; a união deve ser duradoura; estar marcada pelo dever de fidelidade, pela habitação comum, pela convivência *more uxorio*, pela presença de relações sexuais.

É válido ressaltar que, para a efetiva caracterização da união estável, não é necessário que todos os elementos supra citados estejam presentes, mas é indispensável a vontade de constituir família.

A coabitação não é requisito para se constituir a união estável. Desta forma, um casal pode conviver em união estável, mesmo que em casas diferentes. Na prática, porém, a união estável só vai se configurar nestes casos quando a residência em casas separadas tiver uma causa justa, como por motivos profissionais.

Além disso, deve ser observada a inexistência de impedimentos matrimoniais, previstos nos incisos do art. 1.521 do Código Civil.

Assim sendo, para a constituição da união estável, o casal deve manifestar a sua vontade de constituir família, vivendo, nesse sentido, como se casado fosse. Isso significa dizer que deve haver assistência moral e material recíproca irrestrita, esforço conjunto para concretizar sonhos em comum, participação real nos problemas e desejos do outro, entre outros.

No namoro qualificado, por outro lado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente, e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> COSTA, Maria Aracy Menezes da. Namoro qualificado: a autonomia da vontade nas relações amorosas. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 166-167.

<sup>57</sup> Neste sentido, julgou a Quarta Câmara de Direito Privado do TJSP. "*UNIÃO ESTÁVEL. Convivência que pressupõe vida comum. Caracterização que exige certos requisitos, bem delineados pela doutrina. Necessidade da existência da posse de estado de casado, consistente de relacionamento público, notório, duradouro, que configure um núcleo familiar. Art. 1.723 do novo Código Civil.*

Em voto do Ministro Marco Aurélio Bellize, Terceira Turma, no REsp 1.454.643/RJ, Recurso Especial 2014/0067781-5.

*"(...) para que se configure o início do namoro, basta que duas pessoas iniciem um relacionamento amoroso, o que abrange desde encontros casuais até relacionamentos mais sérios, nos quais há publicidade, fidelidade e uma possível intenção de casamento ou constituição de união estável no futuro. A confusão que pode surgir entre o namoro e a união estável, no entanto, ocorre nas relações em que há observância das regras morais impostas pela sociedade. São aqueles relacionamentos duradouros, com convivência contínua do casal, nos quais há fidelidade mútua, pelo menos na aparência, na qual ambos se apresentam na sociedade como namorados. A doutrina divide o namoro em simples e qualificado. O namoro simples é facilmente diferenciado da união estável, pois não possui sequer um de seus requisitos básicos.*

*(...) Já o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. Trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra e, por vezes, até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família. Por esse motivo é tão difícil, na prática, encontrar as diferenças entre a união estável e o namoro qualificado. Muito embora as semelhanças existentes entre ambos, o que os diferencia é o objetivo precípua de constituir família - presente na união estável e ausente no namoro qualificado.*

*(...) Assim, para a constituição da união estável, o casal deve manifestar a sua vontade de constituir família, vivendo, nesse sentido, como se casado fosse. Isso significa dizer que deve haver assistência moral e material recíproca irrestrita, esforço conjunto para concretizar sonhos em comum, participação real nos problemas e desejos do outro, etc.*

---

*Exigência de vida em comum, more uxorio, não necessariamente sob o mesmo teto, mas com sinais claros e indubitáveis de que aquele relacionamento é uma família, cercada de afeto e de uso comum do patrimônio. Existência de pacto concubinário, onde as partes declararam expressamente não ter intenção de estabelecer uma entidade familiar. Inexistência de provas concludentes que infirmem tal declaração ou indicativas de vício de consentimento. Situação que se aproxima de namoro qualificado, sem o propósito de constituir família. Ação improcedente. Recurso não provido"; "UNIÃO ESTÁVEL. Requisitos. Relacionamento público, notório, duradouro, que configure núcleo familiar. Convivência estável e duradoura, por quase doze anos. Prova dos autos que demonstra características do relacionamento do casal, que ultrapassam os contornos de um simples namoro. Réu que arcava com as despesas do lar, inclusive de sustento dos filhos exclusivos da companheira, assumindo a condição de verdadeiro chefe de família. Auxílio financeiro que perdurou para além do término do relacionamento, revelando dever moral estranho a simples namoro. Partilha de bens. Desnecessidade da prova de esforço comum na aquisição dos bens. Art. 5º da Lei nº 9.278/96. Comunicação ex lege apenas dos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Ação parcialmente procedente. Recurso provido em parte".*

*No namoro qualificado, por outro lado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente, e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita." (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 371-374)*

A pós-modernidade trouxe o questionamento em matéria de formalização das relações amorosas: qual seria a validade do contrato celebrado como forma de constituição do namoro ou união estável? É possível formalizar um documento para constituir um namoro ou uma união estável?

Primeiramente, é importante salientar que o art. 1.723 do Código Civil é norma de ordem pública, o qual dispõe: "*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família*". Assim sendo, não é possível que o casal renuncie qualquer dos requisitos de formação da união estável, mesmo se ambos estiverem de mútuo acordo. Isso significa que o "*contrato de namoro*" não tem validade para evitar a configuração da união estável, a qual se constituirá com ou sem contrato, desde que os seus requisitos estejam, de fato, presentes. Por outro lado, não significa que um contrato de namoro não possa ser celebrado. Embora não apresente condições de validade em inobservância do texto de lei, funciona como um instrumento útil para registrar a vontade do casal e deixar consignado o evento temporal, ou seja, o momento, a data de sua realização (isso porque, em algumas situações, é muito difícil saber e provar se determinado indivíduo tem/teve ou não o intuito de constituir família). Sem dúvida alguma, uma declaração escrita exterioriza e comprova a intenção dessa pessoa, o que é muito importante em eventual processo judicial.

Deve, entretanto, observar o contrato de namoro os limites interpostos pelo art. 421 do Código Civil: "*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*".

A função social do contrato, tal como leciona Jones Figueiredo Alves, "*acentua a sociabilidade do direito, como princípio a ser observado pelo intérprete da lei na aplicação dos contratos. Reprime o Código Civil um sistema socialmente injusto, no qual os economicamente mais fracos sujeitam-se a obrigações onerosas,*

*fazendo-se acentuar as discordâncias e divergências. É, ainda, um Código ruim para o titular dominante das relações jurídicas assimétricas, produtoras do enriquecimento sem causa, da vantagem usurária, do proveito indevido e ardiloso das contratações lesivas*"<sup>58</sup>.

Devem estar presentes os requisitos de probidade e boa-fé, nos termos do art. 422 do Código Civil, pois, no advento de haver declarações mentirosas que tente descaracterizar a união estável quando os requisitos estão presentes, este será eivado de nulidade. Da mesma maneira, não é possível que o casal pactue viver em união estável, simulando um fato inexistente, caso os requisitos do art. 1.723 do Código Civil não estiverem realmente preenchidos. Assim, por exemplo, um contrato de união estável não terá validade para um casal que estabeleça uma relação sem o objetivo de constituir família. Caso fique comprovado que o relacionamento é desprovido de qualquer dos requisitos da união estável, este contrato também será nulo.

Na vida cotidiana, é bastante comum a existência de casais, geralmente já maduros, ou não, que mantêm uma relação afetiva com outra pessoa (viajando juntos, frequentando restaurantes e eventos sociais e familiares, pernoitando na casa do outro, mas que mantêm sua vida pessoal própria, independente do outro, com seus hábitos, contas a pagar, investimentos e rendimentos separados do outro). Não lhes falta por certo o amor nem a afetividade, mas o animus de fundar uma família, elemento principal da união estável, seja porque já são viúvos ou divorciados - com os filhos crescidos ou mesmo sem filhos -, seja porque desejam, nessa quadra de sua vida, a simples companhia alegre de outrem: autonomia da vontade, desejos particulares, valorização dos direitos da personalidade, como o direito à intimidade do casal. Mantém-se, nesses casos, o chamado "*namoro qualificado, não união estável*".

Diante destas observações, pensamos: é dever do Estado interferir no afeto privado declarando a existência de união estável onde não se tem? Para a composição da união estável é necessária a manifestação da vontade de ambas as partes envolvidas

Diferente dos companheiros, cujos direitos pessoais e patrimoniais são resguardados pela lei, os namorados não têm direito à herança nem aos alimentos.

---

<sup>58</sup> ALVES, Jones Figueiredo. Código Civil comentado. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 346.

Assim sendo, com o fim do namoro, não há qualquer direito na meação dos bens do ex-namorado. Aliás, nem há que se falar em regime de bens ou em partilha de bens entre namorados<sup>59</sup>.

Os namorados, por sua vez, não têm qualquer direito, pois o namoro não é uma entidade familiar. Entretanto, caso haja contribuição financeira de um dos namorados em algum bem que seria utilizado pelo casal no futuro e se dessa contribuição sobrevier prejuízo comprovado com o fim do namoro, o ex-namorado prejudicado tem direito ao ressarcimento, pois o nosso ordenamento jurídico veda o enriquecimento sem causa.

Na concepção de Maria Berenice Dias, "*somente geram responsabilidades e encargos os relacionamentos que, por sua duração, levam ao envolvimento de vidas a ponto de provocar verdadeira mescla de patrimônios. Só assim o Judiciário admite a partilha dos bens adquiridos após o início do vínculo de convivência*"<sup>60</sup>.

Diferente é a situação jurídica oriunda do noivado, tendo em vista os esponsais, já estudados em capítulo precedente.

Tal como visto, os esponsais podem ser definidos como a promessa recíproca de casamento que fazem um homem e uma mulher, popularmente conhecido por noivado, correspondente à fase preparatória para o matrimônio.

Trata-se, na realidade, de uma promessa de contratar, uma vez que o negócio jurídico correspondente ao casamento só se concretizará no momento de sua celebração, preenchidos os requisitos legais. Desta sorte, antes da celebração em si do ato formal do casamento, é comum entre os pretendentes a realização da promessa de casamento, através da qual formalizam, diante da família, sua intenção

---

<sup>59</sup> "APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. Em tendo a prova testemunhal apresentado contradição, e tendo a prova documental carreada evidenciado apenas a existência de um 'namoro qualificado', impõe-se manutenção da decisão de primeiro grau, que não reconheceu a existência da alegada união estável. Apelo desprovido." (Apelação Cível 70009906942, 8ª C.Cív., TJRS, Rel. Antonio Carlos Stangler Pereira, j. 02.12.04); "APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA. Ausência das características necessárias para a configuração da união estável, existindo em verdade o que se pode chamar de namoro qualificado. Inocorrência de litigância de má-fé. Preliminar rejeitada. Unânime. Apelo provido em parte - voto vencido" (Apelação Cível 70003981008, 8ª C.Cív., TJRS, Relª Desª Jucelana Pereira dos Santos, j. 31.10.02).

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 171-172.



de se casar, sem haver, no entanto, a obrigação de estabelecer-se ali a data exata do evento<sup>61</sup>.

O Código Civil de 1916 não regulou os esponsais e, conseqüentemente, nem a responsabilidade decorrente do rompimento do noivado, bastando para tanto a aplicação da regra geral da responsabilidade civil, constante do art. 159 da lei civil.

Entretanto, era prevista a possibilidade de a mulher, quando acometida em sua honra, reclamar de seu ofensor um dote correspondente à sua condição e estado, quando seduzida mediante promessa de casamento não cumprida, em seu art. 1.548.

Também não o regulou o Código Civil de 2002. Entretanto, no art. 186 estabelece a regra geral dos atos ilícitos, que se aplica a todas as relações civis.

Inexiste, entretanto, qualquer medida judicial que obrigue o noivo arrependido ao cumprimento da promessa de matrimônio, pois o consentimento deve ser dado precisamente no instante da celebração do casamento.

A promessa de casamento, enquanto intenção, não pertence ao universo do direito das obrigações, pois não tem cunho patrimonial, sua natureza funda-se em ato de natureza pessoal, de caráter eminentemente afetivo.

É possível, por outro lado, que um dos noivos venha a sofrer prejuízo material com a ruptura injustificada da outra parte, arrependida, advindo das despesas inerentes ao preparo das bodas. Neste caso, provada a culpa do arrependido, assiste ao prejudicado direito de obter judicialmente a reparação do dano<sup>62</sup>.

À luz dos princípios emanados da Constituição Federal de 1988, art. 5º, X, fica assegurado o direito à indenização por danos morais no caso de rompimento injustificado de promessa de casamento. Nesse sentido, caberá ação de ressarcimento sob esse fundamento, a ser intentada pelo noivo que seja moralmente

---

<sup>61</sup> Entretanto, devido à mudança dos costumes e à formação da família na pós-modernidade, a tradicional festa de noivado, com exposição pública do desejo de casamento, veio sendo substituída pelo acordo de vontades centralizado na pessoa dos noivos. Além do mais, por não serem os esponsais uma instituição jurídica, sua celebração independe de qualquer requisito ou capacidade, ficando-se na manifestação das partes em firmar compromisso marital num futuro a ser estabelecido.

<sup>62</sup> "Noivo que constrói em terreno da noiva. Rompimento de noivado. Perda de construção em favor daquela, com ressalva de indenização." (TJRS, Indenização, El 70.000.906.834, 4ª C.Cív, Rel. Des. Rui Portanova, j.09.06.00)

atingido em sua honra pela ruptura do compromisso de casamento, uma vez que, além de eventuais prejuízos de ordem patrimonial, também podem advir desordens de origem psicológica, cuja reparação enseja danos morais. "*Aplica-se, para que subsista semelhante responsabilidade, a regra do art. 186 do Código Civil, segundo a qual fica obrigado a ressarcir aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem*"<sup>63</sup>.

O fundamento da responsabilidade civil no rompimento injustificado do noivado é a culpa, ou seja, trata-se de responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, é necessária a reunião dos seguintes fatores: ter a promessa de casamento sido feita livremente pelos noivos seguida da recusa em cumpri-la, sendo ela feita de forma expressa ou tácita - resta claro, entretanto, que, existindo impedimentos legais para o casamento, a promessa deve ser entendida como nula, devido à natureza do objeto não ser lícita, podendo ser configurado dolo em algumas situações práticas em que ocorre a pura omissão de fato impeditivo pela outra parte, como não informar o outro que já se é casado; ter havido a recusa injustificada do rompimento, além da existência donexo causal, e que exista dano, uma vez que, comumente, o rompimento dos esponsais importa em repercussões de caráter psicológico, pecuniário e moral.

Nesse sentido, "*deverá o juiz examinar o caso concreto para poder assim decidir sobre a causa justa que dará lugar à indenização*"<sup>64</sup>.

Assim sendo, aquele que se vê frustrado com o abandono na iminência de se casar - seja como se diz "*à porta da igreja*", seja quando envolvido em situações que diretamente comprometam a honra e a boa reputação, dada a repercussão social do fato -, teria legitimidade para pleitear a reparação por danos morais. Eventuais despesas pecuniárias envolvidas nas bodas devem também integrar o *quantum* da reparação.

Em relação à indenização do dano material, que decorre de gastos realizados em virtude do casamento futuro, devem ser levadas em conta a razoabilidade dos gastos e a concordância prévia da outra parte. Gastos exorbitantes, feitos sem o consentimento do outro, não devem ser indenizados. O

---

<sup>63</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil, p. 113; VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33; DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

25 <sup>64</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, p. 45-46.

razoável, como esclarece Antonio Chaves, é que "*as expensas sejam ressarcíveis na medida em que correspondam às condições econômicas das partes, alcançando as efetivamente desembolsadas e as que o noivo ou a noiva se haviam comprometido a contrair*"<sup>65</sup>.

Assim, em síntese, não é o simples rompimento do noivado que gera a possibilidade de ressarcimento de danos morais. O término do amor é um risco que permeia os relacionamentos afetivos, por diversos motivos que perpassam à ordem objetiva e subjetiva da existência. O rompimento do noivado representa o exercício regular de um direito personalíssimo, pois ninguém é obrigado a casar sem o querer, dadas as repercussões de grande envergadura que decorrem do ato matrimonial - mudança de estado, formação da família, deveres e obrigações frente à pessoa do outro cônjuge e à conseqüente prole. A exposição do outro à situação vexatória, perante a comunidade social a que pertença, é que pode ensejar o dano moral. Atitudes como o abandono "*à porta da Igreja*", sumiço intempestivo de um dos noivos, não dar o respectivo consentimento no momento da celebração da cerimônia oficial do casamento, permitir a distribuição dos convites de casamento, já tendo em mente que este não vai se realizar, entre outros, são critérios factíveis para a averiguação do constrangimento capaz de causar dano à honra e à boa imagem social do outro.

No caso de doação feita em contemplação de casamento futuro, ficará esta sem efeito se o casamento não se realizar, assim como a instituição de beneficiário de seguro, no mesmo sentido<sup>66</sup>.

Pode, ainda, ocorrer a formação de sociedade de fato entre os noivos, sendo que neste caso não se detém qualquer tipo de contrato ou documento que estipule os direitos e obrigações dos sócios, nem tampouco os objetivos sociais da empresa, ou registro no órgão competente.

Por analogia, pode-se entender possível a configuração de sociedade de fato entre os noivos, com o objetivo de construção de um patrimônio comum, com vistas ao futuro casamento. Cria-se, deste modo, uma verdadeira sociedade de fato entre os noivos quando, confiantes um no outro, adquirem bens em nome apenas de um deles.

---

<sup>65</sup> CHAVES, Antonio. Tratado de direito civil - direito de família. São Paulo: RT, 1991. v. 5. t. 1. p. 88.

<sup>66</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil, p. 117; DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, p. 46.

Assim sendo, uma vez desfeito o noivado, "*deve ser provada a contribuição de cada parte para a divisão do bem de acordo com a participação no valor do patrimônio adquirido*".

A justificativa da aplicação dos princípios e efeitos da sociedade de fato ao noivado é a vedação do enriquecimento sem causa como princípio norteador de todo o direito civil.

Conforme disposição do art. 884 do Código Civil, "*aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários*". Como exemplos práticos da sociedade de fato que ocorre entre os noivos, podemos apontar a aquisição de bem imóvel, mobiliário ou automóvel, com a contribuição de ambos, em nome de apenas um deles<sup>67</sup>.

### **3. Síntese Conclusiva**

Embora de sutil diferença, união estável e namoro qualificado não são termos sinônimos, nem congregam a mesma estrutura relacional.

Assim, em muitos casos, não vivenciam as partes uma união estável, mas, sim, um namoro qualificado, no qual, em virtude do estreitamento do relacionamento, projetaram para o futuro - e não para o presente - o propósito de constituir uma entidade familiar. A presença (ou ausência) da *affectio maritalis* faz, nesse sentido, toda a diferença.

---

<sup>67</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil, p. 116-117.

**IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO – ITCMD.  
CRITÉRIOS PARA DISTINGUIR O VALOR LIMITE DA ISENÇÃO NA  
TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E NA TRANSMISSÃO INTER VIVOS A TÍTULO  
GRATUITO**

**TAX TRANSMISSION CAUSA MORTIS AND DONATION - ITCMD. CRITERION TO  
DISTINGUISH THE LIMIT VALUE OF THE EXEMPTION IN THE TRANSMISSION  
OF CAUSA MORTIS AS WELL AS IN TRANSMISSION INTER VIVOS FREE OF  
CHARGE**

**Kiyoshi Harada**

Mestre em Processo Civil pela UNIP e Especialista em Direito Tributário e em Ciência das Finanças pela USP. Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário nos cursos de especialização em diversas instituições de ensino.

Acadêmico Perpétuo da Academia Paulista de Letras Jurídicas, da Academia Brasileira de Direito Tributário e da Academia Paulista de Direito. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Conselheiro do Conjur/Fiesp e do Conselho Superior de Direito da Fecomércio. Autor de 31 obras publicadas. Sócio fundador do escritório Harada Advogados Associados. Ex-Procurador Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Limites da controvérsia a serem dirimidos. 3 O exame do fato gerador da obrigação tributária. 3.1 O aspecto nuclear, objetivo ou material do fato gerador. 3.2 O aspecto subjetivo do fato gerador. 3.3 O aspecto temporal do fato gerador. 3.4 O aspecto quantitativo do fato gerador. 3.5 O aspecto espacial do fato gerador. 4. O critério isentivo na doação. 5 O exame das isenções na transmissão *causa mortis* e na transmissão *inter vivos* a título gratuito. 5.1 A isenção na transmissão *causa mortis*. 5.2 A isenção na transmissão *inter vivos* a título gratuito. 6 A inafastabilidade da interpretação sistemática. 7 A jurisprudência sobre a matéria. 8 O destinatário da isenção. 9 Conclusão.

Palavras-chaves: ITCMD; doação; isenção tributária; partilha; fato gerador

*Keywords: ITCMD; donation; tax exemption; partition; taxable event*

Resumo: O presente artigo objetiva distinguir o valor limite para fruição da isenção do ITCMD na transmissão *causa mortis* da transmissão *inter vivos* a título gratuito. Para tanto faz um prévio exame da teoria do fato gerador da obrigação tributária em todos os seus aspectos concluindo pela impossibilidade de estabelecer o valor do quinhão cabente a cada herdeiro ou legatário senão após a ocorrência do fato gerador do imposto, que se dá com a homologação da partilha, ao contrário do que ocorre na transmissão *inter vivos* a título gratuito.

*Abstract: This article aims to distinguish the limit value to fruition of the exemption between the ITCMD causa mortis and inter vivos free of charge. Therefore a preliminary examination of the theory of the taxable event of the tax liability in all its aspects partition for each heir or legatee but after occurrence of the taxable event of the tax, which is with the legal ratification of partition, instead what happens in inter vivos free of charge.*

## **1 Introdução**

Um dos aspectos mais controvertidos em matéria de Imposto Sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, conhecido pela sigla ITCMD é o que diz respeito aos limites e condições para fruição do benefício da isenção desse imposto n'uma e n'outra hipótese, ou seja, na transmissão *causa mortis* e na transmissão *inter vivos* a título gratuito.

Como se sabe, por força dos *lobbies* que atuou junto ao Congresso Constituinte que resultou na promulgação da Constituição de 1988, o antigo Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos Reais a ele Relativos que estava na competência impositiva dos Estados sofreu uma cisão na nova Constituição. A transmissão por ato *inter vivos* e por ato oneroso ficou na competência tributária dos Municípios, ao passo que, a transmissão *causa mortis* de bens imóveis e de direitos reais sobre os imóveis, excluídos os de garantia, assim como, a transmissão *inter vivos* a título gratuito de quaisquer bens ou direitos ficaram inseridos na competência

impositiva dos Estados. Neste particular houve um retorno ao sistema constitucional de 1946, ampliando o campo de incidência do imposto para compensar a perda da competência impositiva em relação à transmissão *inter vivos* a título oneroso, que foi para a competência dos Municípios.

Em torno da Lei nº 10.705/00 do Estado de São Paulo, que outorgou a isenção condicional do ITCMD, surgiram interpretações divergentes da doutrina e da jurisprudência com tendência a privilegiar a interpretação que favorece o fisco nas transmissões *inter vivos* a título gratuito, dispensando-se o idêntico tratamento a ser conferido à hipótese de transmissão *causa mortis*, cujo fato gerador ocorre em momentos distintos.

É propósito deste artigo demonstrar as diversidades de situações jurídicas n'uma e n'outra hipótese mediante exame do fato gerador em seus múltiplos aspectos, notadamente, por meio da conjugação dos aspectos material e temporal do fato gerador da obrigação tributária, sem ferir, contudo, a regra de interpretação literal da norma de natureza isentiva.

Dispõe a Lei nº 10.705/00 do Estado de São Paulo:

“Art. 6º Fica isento do imposto:

I – a transmissão “causa mortis”:

- a) de imóvel de residência, urbano ou rural, cujo valor não ultrapassar 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESP e os familiares nele residem e não tenham outro imóvel.
- b) de imóvel cujo valor não ultrapassar 2.500 (dois mil e quinhentos) UFESP, desde que seja o único transmitido.

.....”.

II – a transmissão por doação:

- a) cujo valor não ultrapassar 2.500 (duas mil quinhentas) UFESPs;
- b) de bem imóvel vinculado a programa de habitação de interesse social;
- c) de bem imóvel doado por particular para o Poder Público”.

As duas hipóteses do inciso I versam sobre a isenção de natureza subjetiva, isto é, outorgadas em função das particularidades do contribuinte, ainda

que utilizando-se de alguns dados de natureza objetiva que passam a integrar a norma jurídica de isenção tributária.

Na primeira hipótese, exige-se a presença de três requisitos cumulativos: (a) que o valor venal do imóvel rural ou urbano não ultrapasse 5.000 UFESPs; (b) que os familiares ou beneficiários da isenção residam nesse imóvel; (c) que os familiares ou beneficiários da isenção não tenham outro imóvel.

Na segunda hipótese devem ser observadas duas condições de forma concomitante: (a) o imóvel a ser transmitido por morte deve ser o único de propriedade do *de cujos*; (b) o valor venal desse imóvel não deve ultrapassar o valor equivalente a 2.500 UFESPs.

No inciso II as três hipóteses de isenção aí contempladas estão vinculadas a fatores meramente objetivos: imóvel de valor até 2.500 UFESPs; imóvel vinculado ao programa de habitação de interesse social e bem imóvel doado para o Poder Público.

Pela simples leitura dos dispositivos sob comento verifica-se que há obediência tanto do princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º da CF), como do princípio maior da isonomia tributária (art. 150, II da CF) que dá origem ao primeiro princípio citado. Portanto, o benéfico fiscal outorgado pela lei paulista não padece de qualquer vício de natureza constitucional.

A isenção tributária conferida em função do imóvel estar ocupado pelo seu proprietário que não possua outro encontra amparo na súmula 539 do STF que assim prescreve:

“É constitucional a lei do município que reduz o Imposto Predial Urbano sobre imóvel ocupado pela residência do proprietário, que não possua outro”.

## **2 Limites da controvérsia a serem dirimidos**

É preciso, antes de mais nada, fixar os limites da controvérsia a que aludimos. A primeira questão controvertida reside na interpretação acerca do valor venal do imóvel a ser transmitido, limitado a 5.000 UFESPs ou a 2.500 UFESPs, conforme o caso. A segunda questão que se impõe observar diz respeito à necessidade de distinguir o regime de isenção na transmissão *causa mortis* de bens



imóveis e de direitos reais relativos a bens imóveis, do regime isencional a ser observado na hipótese de transmissão desses bens por ato *inter vivos* a título gracioso, cuja tributação compete também ao Estado.

O exame dessas questões exige necessariamente a interação disciplinar entre o Direito Tributário e o Direito Civil, sob pena de a conclusão, qualquer que ela seja, carecer de fundamento científico, situando-se no plano meramente extrajurídico. Convém ter em vista que a categoria de direito civil utilizada pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados e pela Lei Orgânica do Distrito Federal e dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias, são vinculantes dentro do Direito Tributário nos expressos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional que assim prescreve: “A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pela Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

Assim, noções de transmissão *causa mortis* e de transmissão *inter vivos* de bens imóveis e de direitos a ele relativos, bem como as de direito real de garantia devem ser buscadas no Direito Civil, sob pena de tornar inócua a discriminação constitucional de impostos, que é o primeiro e o grande princípio limitador do poder de tributar.

Já vimos que a isenção sob análise atende aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia. Cumpre, agora, examinar a técnica de interpretação de normas isentivas segundo o inciso II, do art. 111 do Código Tributário Nacional que assim prescreve:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

...

II – outorga de isenção”.

Não há dúvida que a norma jurídica que versa sobre isenção não comporta interpretação extensiva, nem a analógica.

Consequentemente, poder-se-ia sustentar que apenas o imóvel, cujo valor venal não ultrapassar o valor de 5.000 UFESPs ou 2.500 UFESPs, conforme o

caso, estaria abrangido pela isenção. Superados esses valores não se cogitaria de isenção, sendo irrelevante o atendimento ou não das condições subjetivas que estão assinaladas nas letras “a” e “b”, do inciso I, do art. 6º da Lei sob exame. É o que se conclui pelo emprego do método de interpretação literal, também conhecido como método de interpretação gramatical.

Contudo, a interpretação literal a pretexto de observar a regra do inciso II, do art. 111 do CTN não pode resultar em conclusões que conflitam com as categorias ou conceitos de direito privado empregados pelo texto constitucional para deferir competência tributária ao Estado ou ao Município, conforme de trate de transmissão *causa mortis* ou de transmissão *inter vivos* por ato oneroso de bens imóveis ou de direitos reais relativos a bens imóveis, excetuados os de garantia (penhor, anticrese e hipoteca).

### **3 O exame do fato gerador da obrigação tributária**

A chamada interpretação literal não afasta, nem pode implicar desconsideração do exame aprofundado do fato gerador de cada tributo em seus múltiplos elementos ou aspectos para buscar, dentro do sistema jurídico global, o verdadeiro alcance e conteúdo do dispositivo legal que outorga a isenção.

Como a isenção é um corolário da incidência, que o Código Tributário Nacional inclui dentre as hipóteses de exclusão do crédito tributário, consoante prescrição de seu inciso I, do art. 175, ela deve ser examinada à luz dos diversos aspectos em que se desdobra o fato gerador da obrigação tributária. Passaremos a examinar nos tópicos seguintes cada um desses aspectos para, ao depois, procedermos à sua aplicação prática ao caso sob análise.

#### **3.1 O aspecto nuclear, objetivo ou material do fato gerador**

O art. 35 do CTN que veio à luz na vigência da ordem constitucional antecedente não sofreu atualização legislativa com o advento da Constituição de 1988 que, como vimos, dividiu o antigo Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos Relativos a Bens Imóveis, transferindo uma parte dele, a transmissão *inter vivos* a título oneroso, para a competência impositiva dos Municípios.

Contudo, é perfeitamente possível fazer uma interpretação atualizada do texto do art. 35 do CTN à luz da Constituição Federal de 1988 (art. 155, I) e afirmar que o aspecto nuclear, objetivo ou material do fato gerador do ITCMD é a transmissão *causa mortis* de bens imóveis, por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil, e de direitos reais a eles relativos, exceto os de garantia, bem como a transmissão a título gratuito de bens de qualquer natureza.

Uma vez concretizado no mundo real aquela situação abstrata e genericamente descrita na norma de imposição tributária (aspecto nuclear do fato gerador) surge, *ipso facto*, a obrigação tributária. É a chamada subsunção do fato concreto à hipótese legal prevista. Surgida a obrigação tributária cabe ao agente administrativo competente constituir o crédito tributário pelo lançamento tornando líquida e certa a obrigação, por uma das três modalidades de lançamento: lançamento de ofício, lançamento por declaração e lançamento por homologação. Assinale-se que não existe o chamado autolancamento proclamado por parcela da doutrina, porque a constituição definitiva do crédito tributário por meio do lançamento é ato privado do agente administrativo competente, por expressa disposição legal (art. 142 do CTN).

### **3.2 O aspecto subjetivo do fato gerador**

Esse aspecto subjetivo corresponde aos sujeitos da relação tributária que se instaura com a ocorrência do fato gerador. Concretizado o fato gerador surge, *ipso facto*, a obrigação tributária que outra coisa não é senão uma relação jurídica. E como tal pressupõe um sujeito ativo, de um lado (Fazenda, federal, estadual ou municipal) e um sujeito passivo, de outro lado (contribuinte ou responsável tributário). No caso, o contribuinte deverá preencher todos os requisitos previstos nas normas de isenção, artigo 6º, inciso I e II da Lei nº 10.705/00.

### **3.3 O aspecto temporal do fato gerador**

Esse aspecto diz respeito ao momento em que se tem por ocorrido o fato gerador, isto é, quando se considera surgida a obrigação tributária a ser tornada líquida e certa pelo lançamento tributário por uma das três modalidades conhecidas. O aspecto temporal do fato gerador é de capital importância para precisar a

legislação tributária aplicável ao caso concreto, de conformidade com o princípio *tempus regit actum*. O dinamismo da legislação tributária nas três esferas políticas está a demonstrar a suprema importância desse aspecto para proceder a aplicação de norma jurídica competente. Não importa que no momento de sua aplicação a norma já tenha sido revogada. O importante é que ela esteja em vigor no momento da ocorrência do fato gerador.

No que tange ao imposto sobre transmissão *causa mortis* o aspecto temporal do fato gerador corresponde à data da abertura da sucessão que ocorre com a morte da pessoa.

De fato prescreve o art. 1.784 do Código Civil:

“Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legitimados e testamentários.”

Como se verifica, o legislador adotou claramente o princípio da *saisini*<sup>68</sup> segundo o qual a posse decorre de imperativo legal. Por ficção jurídica os herdeiros entram na posse da herança, *ipso facto*, com a abertura da sucessão. Essa posse difere do ato de possuir que pressupõe ato de vontade.

Fazendo tabula rasa ao dispositivo legal supra transcrito muitos autores de nomeada situam o aspecto temporal do imposto sobre transmissão *causa mortis* para o momento da aceitação da herança, sem o que não se poderia cogitar de transmissão de bens. Contudo, os defensores dessa tese não conseguem dar uma explicação satisfatória ao disposto no art. 1.806 do CC no sentido de que “a renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.”

Ora, por óbvio descabe a cogitação de renúncia à herança por quem não é o seu titular. A herança, como já o dissemos, transmite-se, *ipso facto*, com o evento morte por força do princípio da *saisini* incorporado pelo legislador brasileiro ao nosso ordenamento jurídico. Os dispositivos dos arts. 1.807 e 1.808 do CC

---

<sup>68</sup> Instituto jurídico próprio do Direito das Sucessões que o legislador pátrio adotou, segundo o qual ocorrendo a morte, um evento natural, propicia, *ipso facto*, e por ficção jurídica a posse indireta dos bens que compõem a herança deixada pelo *de cuius*. A morte constitui-se em fato jurídico que tem o condão de tornar realidade uma expectativa de direito, qual seja, com o passamento do *de cuius* os seus herdeiros entram imediatamente na posse indireta de seus bens deixados, independentemente de terem tomado conhecimento da morte, por força do princípio da *saisini*. O vocábulo *saisini* vem da palavra latina *sacire* que significa apropriar-se, se imitar na posse. É a *saisini* que assinala o momento da ocorrência do fato gerador do ITCMD.

adiante transcritos também pressupõem a transmissão da herança com a abertura da sucessão que se dá com o evento morte. Vejamos:

“Art. 1.807 – O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita”.

“Art. 1.808 – Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo”.

Porém, com relação à transmissão *inter vivos* a título gratuito (doação) o aspecto temporal do fato gerador do imposto é o registro do título de transferência (escritura de doação) no registro de imóveis competente, de conformidade com a regra do art. 1.245 do CC, *in verbis*: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”. Esse aspecto é de suma importância quando formos analisar a questão da isenção pela conjugação do aspecto quantitativo do fato gerador do ITCMD com os demais aspectos da obrigação tributária. Outrossim, a desconsideração da categoria de direito privado que vincula o direito tributário tem levado a discussões intermináveis na doutrina e na jurisprudência quanto ao momento certo do recolhimento, por exemplo, da sisa: se no ato da lavratura da escritura de compra e venda, conforme determina grande parte da legislação tributária municipal, implicando indevida antecipação do pagamento do ITBI, ou se no ato do registro da escritura aquisitiva perante o Registro Imobiliário competente.

### **3.4 O aspecto quantitativo do fato gerador**

Quase a totalidade dos conceitos de direito são indeterminados. O tributo é um dos poucos conceitos de direito que é determinado. Não se pode exigir, nem pagar um tributo que não tenha um valor líquido e certo. Não existe, nem pode existir um tributo de valor presumido. As eventuais antecipações tributárias previstas nas legislações das três esferas impositivas sujeitam-se sempre a um mecanismo de ajuste final. A base de cálculo e a alíquota constituem elementos indispensáveis para quantificar o valor certo do tributo a ser recolhido ao erário. Mesmo nos

chamados tributos de valor fixo existem tanto a base de cálculo, como a alíquota, esta nem sempre não expressa em termos de percentuais, como ocorre na generalidade dos casos.

Na hipótese do imposto de transmissão *causa mortis* a sua base de cálculo é o valor venal da bem imóvel *transmitido*. Advirta-se que não é o valor venal do imóvel por inteiro, mas tão somente o valor da parte transmitida que deve ser levado em conta. De fato, na transmissão *causa mortis* não se computa a meação do cônjuge supérstite, pois o que é transmitida a herdeiros legítimos ou testamentários é apenas a herança. Como é sabido, a meação já pertencia ao cônjuge supérstite desde o início, sendo certo que a lei tornou insuscetível de separação a meação em vida. Importante salientar, outrossim, que a base de cálculo é o valor venal que não se confunde com o valor de mercado do imóvel a ser apurado por peritos em casos de desapropriação.

### **3.5 O aspecto espacial do fato gerador**

Esse aspecto espacial do fato gerador diz respeito ao local da sua ocorrência e tem o condão de apontar o sujeito ativo do tributo. Como se sabe, toda obrigação surge em um determinado local. No presente estudo estamos considerando como entidade política tributante o Estado de São Paulo. Daí o exame da matéria à luz da legislação paulista. No exame do aspecto espacial é importante atentar para o disposto no art. 102 do CTN que excepciona do princípio da territorialidade as normas das legislações estaduais e municipais, com o fito de prevenir situações de conflito de competências impositivas.

### **4 O critério isentivo na doação**

Na hipótese de transmissão *inter vivos* a título gratuito é possível às partes convencionarem a transmissão de parte ideal do imóvel na proporção que bem entenderem. Ademais, na doação o critério para fruição da isenção é diferente:

- (a) transmissão de bem de *qualquer natureza* cujo valor não ultrapassar 2.500 UFESPs (art. 6º, II, a);

- (b) transmissão de bem imóvel vinculado a programa de habitação de interesse social (art. 6º, II, b); e
- (c) transmissão de bem imóvel doado por particular para o Poder Público (art. 6º, II, c).

Nota-se dos textos acima referidos que a isenção não se limita à transmissão de bens imóveis. Com efeito, a alínea a refere-se a bem de qualquer natureza limitada a até 2.500 UFESPs.

## **5 O exame das isenções na transmissão *causa mortis* e na transmissão *inter vivos* a título gratuito**

Como são diversos os momentos da ocorrência do fato gerador na transmissão *causa mortis* e na transmissão *inter vivos* a título gratuito, o exame da isenção n'uma e n'outra hipótese deve ser feito separadamente. É o que passaremos a fazer.

### **5.1 A isenção na transmissão *causa mortis***

Consoante escrevemos anteriormente, na transmissão *causa mortis* os herdeiros entram, *ipso facto*, na posse da herança com a abertura da sucessão por força do princípio da saisini. Foi esclarecido, também, que a meação não integra a herança. Não faz sentido partilhar a meação que pertence ao cônjuge supérstite.

Como se sabe, a herança é una e indivisível até o momento da partilha. Disso decorre que a herança é transmitida com a abertura da sucessão em regime de condomínio consoante prescrição do art. 1.791 do Código Civil:

“Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.”

Portanto, procedendo-se à conjugação dos quatro primeiros aspectos do fato gerador retro mencionados podemos concluir que a isenção no caso de transmissão *causa mortis* favorece os herdeiros ou legatários de herança de bem imóvel, cujo valor venal não ultrapasse o valor equivalente a 5.000 UFESPs ou a 2.500 UFESPs, conforme se trate de isenção referida na letra “a” ou na letra “b”, do inciso I, do art. 6º da Lei Paulista.

Por ocasião da transmissão que ocorre com o evento morte, isto é, quando ocorre o fato gerador fazendo surgir, *ipso facto*, a respectiva obrigação tributária não há, ainda, a individualização do quinhão cabente a cada um dos herdeiros. Essa individualização somente acontecerá por ocasião da homologação da partilha, ou seja, em momento posterior ao da ocorrência do fato gerador que determina a legislação tributária aplicável, de conformidade com o seu aspecto temporal. Por isso, não cabe a cogitação de isenção do imposto segundo o valor da parte ideal transmitido a cada herdeiro.

## **5.2 A isenção na transmissão *inter vivos* a título gratuito**

Na transmissão *inter vivos* a título gracioso, igualmente submetido à tributação pelo ITCMD é diferente do que ocorre na transmissão *causa mortis*. De fato, na doação é possível haver transmissão de partes ideais na proporção que as partes interessadas estipularem, porque nesse tipo de transmissão prevalece o princípio da autonomia da vontade das partes. Em não havendo estipulação de quinhões diferentes entre os donatários pressupõe-se que todos foram contemplados com igual quinhão: 1/3, 1/4, 1/5 etc.

Alguns doutrinadores querem aplicar esse princípio próprio da transmissão *inter vivos* a título gratuito na transmissão *causa mortis*, invocando a faculdade de recusar ou aceitar a herança. Já vimos que por força do princípio da *saisini*, adotado pelo art. 1.784 do CC, aberta a sucessão a herança deixada pelo *de cuius* transmite-se automaticamente aos herdeiros ou legatários, independentemente de os destinatários da herança terem tomado conhecimento da morte.

Na transmissão *inter vivos* a título gratuito é possível transmitir-se a cada donatário uma determinada porção ideal do imóvel. Como o fato gerador do ITCMD, no caso, ocorre apenas no momento do registro do título de transferência (escritura pública de doação) no registro de imóveis competente é possível considerar de per



si cada um do quinhão com que foi contemplado para aferir o valor limite para fruição do favor fiscal. Em outras palavras, se a porção ideal de um determinado donatário não ultrapassar o valor limite definido em lei ele estará livre do pagamento do ITCMD que incide tanto na hipótese de transmissão *causa mortis*, como no caso de transmissão *inter vivos* a título gratuitos (doação).

Portanto, se a porção transmitida a título de doação não for superior a 2.500 UFESPs não haverá incidência do ITCMD, qualquer que seja a natureza do bem transmitido. Porém, na prática não é o que vem acontecendo. Se for lavrada uma escritura pública de doação contemplando vários donatários, ainda que individualizados os quinhões de cada um, os cartórios em geral exigem o recolhimento do ITCMD considerando o valor global equivalente a 2.500 UFESPs, dispensando-se idêntico tratamento a ser conferido na transmissão *causa mortis*.

## **6 A inafastabilidade da interpretação sistemática**

Impõe-se a interpretação sistemática da regra do inciso II, do art. 111 do CTN que prescreve o método de interpretação literal. A interpretação gramatical do aludido texto não pode implicar desconhecimento dos diversos aspectos do fato gerador da obrigação tributária, sob pena de violar o princípio da legalidade tributária, para tributar situações que a lei mandar isentar. Impossível a correta apuração do ITCMD sem a consideração de todos os aspectos do fato gerador retroexaminados, notadamente, do aspecto material ou objetivo e do aspecto temporal.

Sabemos que faltando qualquer um dos cinco elementos ou aspectos do fato gerador (aspecto nuclear ou material, aspecto subjetivo ativo e passivo, aspecto quantitativo, aspecto temporal e o aspecto espacial) o tributo deixa de existir no mundo jurídico, pois ele pressupõe: (a) a definição da hipótese de incidência do tributo representada por uma norma jurídica genérica e abstrata, cujo acontecimento no mundo fático acarreta, *ipso facto*, o surgimento da obrigação tributária; (b) os sujeitos da relação jurídico-tributária que se instaura com o surgimento da obrigação tributária: a Fazenda de um lado, e o contribuinte ou o responsável tributário, de outro lado; (c) o momento em que surgiu a obrigação tributária que define a legislação a ser aplicada em cada caso concreto; e (d) o local onde surgiu essa obrigação que define o sujeito ativo do tributo. (e) uma importância líquida e certa a

pagar expressa em moeda corrente, a ser apurada pelo instituto do lançamento tributário por uma das três modalidades de lançamento.

Se não levadas em conta essas considerações que derivam de uma interpretação sistemática do fato gerador do ITCMD fica difícil a sustentação da tese pela incidência, ou pela isenção do imposto na hipótese sob exame. Não se trata de preferência por esta ou aquela tese, segundo as conveniências de uma ou de outra parte. A legislação tributária não deve ser interpretada pró fisco, nem pró contribuinte, mas pró *lege* na precisa lição do saudoso Ruy Barbosa Nogueira, o introdutor da cadeira de Direito Tributário no Brasil.

## **7 A jurisprudência sobre a matéria**

Não há unanimidade na jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, havendo decisões conflitantes como se pode constatar pelo exame das ementas abaixo:

“ITCMD. Isenção. LEI nº 10.705/00. Art. 6º, I, “b”. Valor total do imóvel superior a 2.500 UFESP. Valor da fração ideal arrolada inferior a 2.500 UFESP. – Isenção. Valor do imóvel. A LEI nº 10.705/00 isenta do ITCMD a transmissão causa mortis de imóvel cujo valor não ultrapasse 2.500 UFESP, desde que seja o único transmitido; a lei considera o valor do imóvel, não da parte transmitida, e não pode o juiz ampliar a hipótese legal. A sentença está correta – Segurança denegada. Recurso do impetrante desprovido” (Ap. Civ. nº 994.05.018830-O ou 450.273.5/0.00, 10ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Torres de Carvalho, j. em 22-11-2010).

“Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Imposto de transmissão causa mortis e doação. Pretensão de isenção do tributo sobre a meação com incidência apenas sobre a metade ideal inventariada, ou fração transmitida. Ausência ainda de comprovação de herdeiros ou familiares serem residentes no imóvel. Artigo 6º, I, a, da Lei n. 10.705/2000 e 111, II, do CTN. Liminar. Inadmissibilidade. Requisitos legais não atendidos.

Recurso provido” (AI nº 789.712-5/2-00, 4ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Escutari de Almeida, j. em 27-11-2008,).

“ITCMD. Isenção. Bem herdado à metade. Valor venal do imóvel que não leva em conta quotas dos herdeiros, mas a integralidade do bem. Cálculo do imposto que se junte a tal entendimento. Restrição, ademais, porque os herdeiros não residem no imóvel. Inteligência do art. 6º, I, a, da Lei n. 10.705/2000, do Estado de São Paulo. Recurso não provido” (AI nº 538.114-4/3-00, 6ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Percival Nogueira, j. em 27-3-2008).

“Agravo de Instrumento – Mandado de segurança - Isenção de ITCMD. Isenção de ITCMD – Transmissão de parte do imóvel – Fragmento que ostenta valor venal inferior ao limite de 5.000 UFESPS, fazendo a Agravada jus à benesse legal – Aplicabilidade do art. 6º, I, “a” da Lei 10.705/00 – Agravo desprovido” (AI nº 0141305-55-2012.8.26.0000; 3ª Câmara de Direito Publico; Rel. Des. Marrey Uint, j. em 27-11-2012).

“Arrolamento de bens – Isenção relativa ao ITCMD – A parte ideal objeto do presente inventário tem valor inferior ao limite de isenção determinado na nova lei, conforme verificado. E por isso não se pode deixar de reconhecer a isenção – Não há desrespeito algum à interpretação restritiva da lei que concede a isenção, pois no caso não houve ampliação do benefício, mas apenas inexistiu a transmissão da totalidade do imóvel – A presente hipótese está abarcada pela benesse legal, sendo indevido o imposto que a Fazenda tenta cobrar do agravante – Recurso provido.  
(...)

A transmissão causa mortes envolveu 50% do imóvel e não a sua totalidade. Por isso o imposto deve levar em consideração apenas esse percentual para o seu cálculo, que traz como fato gerador a transmissão efetivamente ocorrida com o falecimento.

A parte ideal objeto do presente inventário tem valor inferior ao limite de isenção determinado na nova lei, conforme verificado. E por isso não se pode deixar de reconhecer a isenção.

Não há desrespeito algum à interpretação restritiva da lei que concede a isenção, pois no caso não houve ampliação do benefício, mas apenas inexistiu a transmissão da totalidade do imóvel.

A presente hipótese está abarcada pela benesse legal, sendo indevido o imposto que a Fazenda tenta cobrar do agravante.

Dessarte, dá-se provimento ao recurso” (Agravo de Instrumento nº 0002656-47.2011.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. em 04-10-2011).

As correntes jurisprudenciais, embora discrepantes, contêm fundamentos jurídicos que se conformam com o bom direito, com exceção daquela corrente que submete à tributação a meação do cônjuge supérstite que não constitui herança que é o objeto do ITCMD.

Aquele posicionamento jurisprudencial que sustenta a tributação da transmissão de imóvel de valor superior a 5.000 UFESPs, na hipótese de isenção versada na letra “a”, do inciso I, do art. 6º da Lei nº 10.705/00, ou de valor que supere o equivalente a 2.500 UFESPs na hipótese de isenção de que cuida a letra “b” do mesmo permissivo legal, parte do princípio de que o legislador estadual tomou como parâmetro do benefício fiscal, em um primeiro momento, um dado objetivo básico, ou seja, um imóvel cujo valor venal não ultrapasse o equivalente a 5.000 UFESPs para, em um segundo momento, considerar os fatores subjetivos dos beneficiários da isenção, ou sejam, que os familiares residam no referido imóvel e não tenham outro. Seguiu à risca a determinação contida no inciso II, do art. 111 do CTN não permitindo sua interpretação sistemática.

A outra corrente jurisprudencial promove a conjugação dos aspectos subjetivo e quantitativo do fato gerador do ITCMD com os demais aspectos desse mesmo fato gerador, alcançando a conclusão de que é isento do ITCMD a transmissão da parte ideal do imóvel que não ultrapasse 5.000 UFESPs.

É importante esclarecer que na transmissão *causa mortis* não há que se cogitar de um bem imóvel por inteiro, mas apenas da parte correspondente à herança, que se transmite de forma *una e indivisível*. A individualização do quinhão de cada herdeiro só se dará com a partilha, isto é, após surgida a obrigação tributária pela ocorrência do fato gerador. Daí o acerto da decisão que isenta a transmissão da herança consistente em imóvel de valor venal de até 5.000 UFESPs.

Nunca é demais repetir que na herança não se inclui a meação, como tem acontecido reiteradas vezes na prática ensejando a repetição de indébito no prazo legal.

Quando se tratar de transmissão *inter vivos* a título gracioso, igualmente submetida à tributação do ITCMD, será possível a definição exata do valor do bem transmitido a cada donatário para o efeito de isenção. Na hipótese de a fração ideal recebida por cada um dos donatários não ultrapassar o valor equivalente a 2.500 UFESPs, qualquer que seja a natureza do bem (art. 6º, II, “a” da Lei nº 10.705/00), impõe-se o reconhecimento da isenção.

## **8 O destinatário da isenção**

É costume até nos dias atuais separar os impostos pessoais dos impostos reais com fundamento na classificação doutrinária clássica que já perdeu sua nitidez na ausência de classificação legal. Hoje, apenas o exame completo e exaustivo de todos os elementos do fato gerador permite classificar determinado imposto como sendo de natureza real ou de natureza pessoal. Contudo, é importante ter em mente que seja o imposto de natureza real ou de natureza pessoal, a obrigação tributária é sempre pessoal. Quem paga o IPTU, outrora protótipo de imposto de natureza real, é o proprietário, titular do domínio útil ou possuidor, do contrário imóvel sem dono também deveria estar pagando imposto.

Do exposto resulta que o destinatário do favor fiscal sob exame é o herdeiro ou donatário.

No caso sob exame a transmissão a título gratuito, por ato *inter vivos*, de um bem de qualquer natureza (imóvel, bem móvel, direitos ou semoventes) de valor que não supere o equivalente a 2.500 UFESPs estará isento do ITCMD que grava não o bem, mas a sua transmissão.

## **9 Conclusão**

Em face do exposto concordamos com a jurisprudência da 3º Câmara de Direito Público e da 9ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Relembre-se que o preceito legal isentivo diz respeito à *transmissão* de imóvel de valor até 5.000 UFESPs ou de até 2.500 UFESPs, conforme o caso e que o que é transmitido é apenas a herança que não inclui a meação do cônjuge supérstite.

Por derradeiro , não encontramos, até hoje, jurisprudência versando sobre o limite de isenção na hipótese de transmissão por meio de doação, igualmente tributada pelo ITCMD. Como vimos, neste caso os requisitos para reconhecimento da isenção diferem da hipótese de transmissão *causa mortis*, assim como o fato gerador do imposto n'um e n'outro caso acontece em momentos diversos. Na doação é possível mensurar o valor do quinhão de cada donatário antes da ocorrência do fato gerador, o que não é possível no caso de transmissão *causa mortis*, em que os herdeiros ou legatários recebem a herança em regime de condomínio, de forma una e indivisível. A individualização do quinhão de cada um somente se dá com a partilha dos bens, ou seja, em momento posterior ao da ocorrência do fato gerador do ITCMD.

## DIREITO AO ESQUECIMENTO OU DIREITO À PRIVACIDADE?

### RIGHT TO BE FORGOTTEN OR RIGHT TO PRIVACY?

**Laís Gomes Monte de Lyra**

Bacharel em Direito, Advogada.

Graduada pela Faculdade 7 Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil.

**Maria Vital da Rocha**

Doutora em Direito Civil, pela USP; Professora Adjunta da Faculdade de Direito da

UFC; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da FA7,

Procuradora Federal.

**Sumário:** 1. Direito à privacidade x Liberdade de Expressão. 2. Casuística na legislação estrangeira. 3. Posicionamento dos Tribunais brasileiros. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Direito à Privacidade x Liberdade de Expressão. Justiça Brasileira. Justiça Estrangeira.

*Keywords: Right to be Forgotten. Right to Privacy x Freedom of Expression. Brazilian Justice. Foreign Justice*

Resumo: A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, X, a preservação da privacidade de todo e qualquer ser humano, devendo ser resguardadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. O direito ao esquecimento é um conceito novo e que pode ser enquadrado como uma das espécies do direito à privacidade. A discussão a respeito do assunto surgiu em virtude de casos reais que foram levados a tribunais superiores, em que se buscava uma proteção ao direito à privacidade de pessoas expostas, no presente, por situações ocorridas no passado. Note-se que a Constituição também resguarda, em seus arts. 5º, IV, IX, XIV e 220, parágrafos 1º e 2º, o direito à liberdade de expressão. Com base nesses

fundamentos, os meios de comunicação social do país, dizem-se autorizados a veicular praticamente todo tipo de informação, o que pode acarretar graves prejuízos àqueles que tiveram seus dados expostos, sem prévia autorização. Nessas situações, registra-se um choque de princípios e garantias constitucionais, restando ao Poder Judiciário sopesar valores e aplicar princípios de proporcionalidade e ponderação, de acordo com o caso concreto.

*Abstract: The Federal Constitution provides in Article 5th, X, the preservation of privacy of each and every human being and must being safeguarded the intimacy, private life, honor and people image. The right to be forgotten is a new concept that can be classified as a species of the privacy right. The discussion on the subject appears because of real cases that were brought to supreme courts, in which it sought a protection of the right to privacy of people exposed at present by situations that have occurred in the past. Observe that the Constitution also protects in its articles 5th, IV, IX, XIV and 220, paragraphs 1st and 2nd, the right to freedom of expression. Based on these foundations, the media of the country says that is allowed to convey almost all type of information, which can cause serious damage to those who had their exposed data without permission. In these situations, it registers a clash of principles and constitutional guarantees, leaving the judiciary to weigh values and apply principles of proportionality and balance, according to the case.*

## **Introdução**

Com a crescente evolução dos meios de comunicação, a privacidade das pessoas se viu afetada, uma vez que as informações se espalham rapidamente e com grande alcance.

A mídia, em nome do direito de informar e do interesse público, traz à tona assuntos passados, relembra à sociedade situações já adormecidas e expõe memórias e intimidades de pessoas, sem seu consentimento ou autorização.

Guy Debord traz à reflexão o fato de a sociedade ter uma vida dependente das histórias contadas, tomando-as como verdades reais, independentemente de sê-las. O povo, portanto, vive uma alienação em relação às histórias contadas, o que, atualmente, com a grande evolução dos meios de comunicação, pode acarretar um poder da mídia para manipulação em massa.



Desde o século XX, pode-se encontrar casos onde se invocou o direito ao esquecimento, mas, apenas recentemente, as discussões a respeito desse tema foram afloradas, levando os tribunais a expressarem seu posicionamento.

O direito ao esquecimento visa proteger que assuntos pretéritos e pessoais sejam expostos à sociedade, principalmente na mídia, de forma a evitar a relembração de acontecimentos, na maioria das vezes negativos, que possam gerar constrangimentos e dificultar o processo de superação.

Nesse sentido, indaga-se: qual deve prevalecer, o direito à privacidade ou o da liberdade de expressão? É possível preservar o direito ao esquecimento equilibrando tais garantias constitucionais? É plausível, numa democracia, calar uma notícia em nome da privacidade? É legítimo divulgar informações privadas ainda que para atender aos anseios da sociedade? Como os tribunais vêm decidindo acerca dessa matéria?

O presente artigo estuda a importância do direito ao esquecimento como direito fundamental do homem, considerado como uma espécie do direito à privacidade, previsto no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, bem como analisa o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais superiores europeus, nos casos em que esse tema é o objeto.

A discussão sobre a matéria envolve a proteção do direito à privacidade e a proteção do direito à liberdade de expressão, também prevista na CF/88, em seu art. X, uma vez que a proteção do direito ao esquecimento, na maioria dos casos, enseja a proibição de que determinadas informações pretéritas sejam veiculadas pelas redes de radiodifusão, colocando em conflito duas garantias constitucionais.

Os Tribunais brasileiros e estrangeiros deparam-se com casos em que o direito ao esquecimento é invocado e, por isso, se faz necessária a ponderação de valores para a solução dos conflitos constitucionais.

## **1 Direito à privacidade x liberdade de expressão**

O direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão são direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. Frequentemente, tais garantias entram em conflito e se faz necessária uma análise detalhada do caso concreto, a fim de ponderar os valores em questão e garantir o máximo de proteção aos direitos em choque.

## 1.1 Do direito à privacidade

Em 1890, Louis D. Brandeis e Samuel D. Warren, publicaram os primeiros estudos tratando acerca de um direito até então considerado novo, o direito à privacidade, o direito de “ser deixado em paz”, conforme ensina Marcos da Costa (2007, *online*).

Para Mori (2001, p. 17), “a noção de intimidade surgiu com o nascimento da burguesia como classe social”, ou seja, o sentimento do “direito de ser deixado em paz”, teria inspirado os estudos elaborados por Brandeis e Warren, anos depois.

Sobre o surgimento da noção de intimidade no ser humano, Doneda adverte que: “Diversas menções à privacidade podem ser encontradas na Bíblia, em textos gregos clássicos e mesmo da China antiga, enfocando basicamente o direito, ou então a necessidade da solidão. Na Inglaterra do século XVII estabeleceu-se o princípio da inviolabilidade de domicílio – *man’s house is his castle*, que iria dar origem à tutela de alguns aspectos da vida privada do homem. (...) No outono da Idade Média surgia o homem burguês que, juntamente com sua necessidade da propriedade privada, precisava também de uma vida privada. O burguês passou a se isolar dentro de sua própria classe, dentro de sua própria casa – dentro de sua propriedade” (2000, p. 13).

Entretanto, somente em 10 de dezembro de 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à privacidade passou a ser efetivamente regulamentado, no art. XII, ao dizer que “ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (ONU, 1998, *online*).

No Brasil, apenas com o advento da CF/88 passou a existir expressa referência à intimidade e à vida privada como direito fundamental.

A CF/88 tem no título reservado aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, um capítulo especial para os “Direitos e deveres individuais e coletivos”, assegurando em seu art. 5º, X a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, e garantindo o direito à indenização por danos morais e materiais, ocorridos em caso de violação a algum dos direitos previstos no referido artigo.

Para Araújo, a “Constituição Federal tratou de proteger, além da integridade física e patrimonial do indivíduo, também a sua integralidade moral. E, para tanto, garantiu, expressamente, a indenização pelo dano moral. Repetimos, tal indenização já vinha sendo fixada pela jurisprudência, mas foi importante o seu reconhecimento constitucional, para dar guia claro ao intérprete” (2009, p. 111).

A expressão “direito à privacidade” engloba todos os direitos consagrados no art. 5º, X de forma genérica, ampla e “de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”, conforme ensina Silva (2010, p. 206).

Rodrigues Junior afirma que a privacidade é uma “faculdade inerente a todo e qualquer indivíduo de manter fora do alcance de terceiros o conhecimento sobre fatos inerentes a sua própria pessoa ou atividades particulares”. (*apud* Ramos, 2008, *online*)

O conceito de intimidade engloba as relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, tais como, família, amizade; já o conceito de vida privada, envolve os relacionamentos objetivos, como as relações comerciais, de trabalho e de estudo. (Gonçalves, 2008, p. 35).

Dessa maneira, pode-se compreender que o direito à privacidade está relacionado à necessidade que todo indivíduo tem de possuir uma vida doméstica, recluso, sozinho, em família ou com quem deseja relacionar-se afetivamente, com diferentes hábitos e costumes, com segredos, sonhos, planos e projetos para o futuro, sem que ninguém tenha conhecimento de tais fatos, ou os exponha na mídia, exceto, quando o próprio titular do direito os permitir.

Vale dizer que todo ser humano tem direito de estar só, de ter um espaço próprio, uma espécie de “círculo imaginário” ao seu redor (que se pode chamar de privacidade) onde ninguém pode invadir, observar, opinar, criticar, comentar, fotografar ou expor a terceiros, sem que haja autorização ou convite para entrar no dito círculo.

Tal necessidade não se resume a um mero ato do legislador, não se limita a um dispositivo legal. A necessidade de ter uma vida privada, sem a interferência de terceiros, é intrínseca ao ser humano.

Mendes e Branco lecionam: “A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o

enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas” (2012, p. 318).

Assim, depreende-se do art. 5º, X e da doutrina a respeito do tema, que todo e qualquer ser humano tem o direito e a necessidade de não ter informações acerca de sua vida privada conhecidas ou divulgadas a terceiros, independente do caráter das informações.

No entanto, não se pode ser absoluto na aplicação do direito à privacidade, pois, em algumas situações, pode haver conflitos entre normas constitucionais ou “o interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de ser deixado só” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 322).

Também há a possibilidade de consentimento do indivíduo em expor alguns fatos relacionados à sua vida privada. Como direito fundamental, o direito à privacidade não pode sofrer renúncia total, mas pode ser autolimitado, desde que não haja prejuízo à dignidade da pessoa humana.

Lê-se, em Canotilho, que “são os direitos de liberdade que limitam a lei, não é a lei que cria e dispõe dos direitos fundamentais” (1999, p. 54).

Dessa maneira, cada situação deve ser observada de forma específica, analisando o caso concreto e aplicando a norma constitucional de forma razoável, ponderada e proporcional.

Um dos direitos fundamentais que mais colide com o direito à privacidade é o direito à liberdade de expressão, a seguir abordado.

## **1.2 Do direito à liberdade de expressão**

A liberdade de expressão também é resguardada pela CF/88, em seus arts. 5º, IV, IX, XIV e 220 §§ 1º e 2º, sendo vedado qualquer tipo de restrição, com ressalvas.

Este direito é assegurado aos brasileiros, desde a Constituição de 1824, porém, de maneira discreta e superficial, como dispõe o art. 179, ao dizer que: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por

base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar”.

No entanto, em alguns momentos da história do país, a liberdade de expressão foi restringida e censurada, o que causou grande “trauma” na sociedade, que se viu tolhida em manifestar suas ideias, pensamentos e, inclusive, em ter uma imprensa que transmitisse informações fidedignas com a realidade.<sup>69</sup>

Com o surgimento do Estado Novo, durante o governo de Getúlio Vargas, a imprensa brasileira começou a enfrentar problemas relacionados à liberdade de expressão, principalmente após a outorga da Constituição Federal de 1937, que aboliu tal direito.

Foi um período de forte censura à liberdade de expressão, onde o interesse do Estado era impedir que a imprensa viesse a influenciar a opinião pública, principalmente naquilo que fosse contrário ao governo.

Sobre o tema, Pessoa, Cardoso e Souza dizem que “durante o Estado Novo, durante o governo do presidente Getúlio Vargas, o princípio constitucional da liberdade de manifestação de pensamento desapareceu. Adotou-se a censura como meio de debelar a publicação, divulgação ou a reprodução de certas informações, muitas vezes consideradas como ideais que atentavam contra a segurança nacional. A censura veio a reprimir a liberdade de expressão”. (2012, *online*).

Observa-se que, em 1939, Getúlio Vargas criou o DIP - Departamento de Imprensa e Propaganda, responsável pela censura aos meios de comunicação e divulgação do Estado Novo. Tudo o que fosse contrário ao presidente não poderia ser publicado.

A Constituição de 1946, no governo de Eurico Gaspar Dutra, voltou a falar de liberdade de expressão, ainda de forma limitada, principalmente após a retomada do poder por Getúlio Vargas, que, à época, editou a Lei da Liberdade de Imprensa

---

<sup>69</sup> As informações sobre este assunto estão disponíveis em: <<http://jus.com.br/artigos/23157/evolucao-do-tratamento-da-liberdade-de-imprensa-nas-constituicoes-brasileiras-preteritas-1824-a-1967-69/2>>, <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/liberdade-de-express%C3%A3o-e-sua-deficiente-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-no-ordenamento-jur%C3%ADdico-p%C3%A1trio>> e <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/26.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2014.

(Lei 2.083/1953), que trouxe bastante repressão à liberdade de expressão dos jornalistas e regulamentou os crimes de imprensa.

Na Constituição de 1967, a liberdade de expressão não foi completamente abolida, mas se viu limitada a aspectos de ordem pública e dos bons costumes. O governo era extremamente radical na aplicação de sanções jurídicas a quem se manifestasse de forma contrária a ele, ou seja, a liberdade de expressão só existia na teoria, pois na prática ela não podia ser efetivamente exercida.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o direito à liberdade de expressão foi considerado direito fundamental de todo e qualquer ser humano, sendo requisito básico para a existência de uma sociedade democrática.

Após uma repressão de, aproximadamente, cinquenta anos, a sociedade brasileira teve o direito à liberdade de expressão novamente resguardado e, após o “trauma” dos governos autoritários, há grande dificuldade na população em aceitar qualquer limitação que se faça à liberdade de manifestar-se.

Sabe-se, no entanto, que há a possibilidade de uma colisão de direitos e interesses, e a própria CF/88 em seu art. 220, § 1º, faz uma ressalva em relação a casos em que possa haver conflito de interesses.

Portanto, mesmo se tratando de direito fundamental e ainda que haja grandes barreiras na sociedade em aceitar qualquer limitação ao exercício do direito à liberdade de expressão, os limites existem e devem obedecer a critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Pode-se considerar a terminologia “liberdade de expressão” como expressão genérica, que abrange vários outros direitos, tais como: a liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, mídia, divulgação e radiodifusão, conforme ensina Oliveira Junior (2008, *online*).

Para Godoy, no conceito de liberdade de expressão, têm-se três principais direitos a serem protegidos: liberdade de informação, direito à informação e liberdade de imprensa (2001, p. 58-63).

A liberdade de informação está relacionada ao “direito que a pessoa tem de informar, de comunicar, enfim, de exteriorizar sua opinião (art. 5º, IV, da CF/88)” (GODOY, 2001, p. 58).

Ou seja, todo ser humano tem a garantia de poder compartilhar o que pensa com outras pessoas, sem sofrer qualquer tipo de constrangimento.

O direito à informação, por sua vez, consiste na garantia que todo o indivíduo tem de ser informado e de conhecer a realidade que o cerca. Restringir o acesso e o direito de alguém se manter informado viola uma garantia constitucional.

A liberdade de imprensa, por sua vez, constitui o concomitante exercício da liberdade de informação e do direito à informação através dos órgãos de imprensa.

Através da liberdade de imprensa, indivíduos expressam sua opinião enquanto outros se mantêm informados através de instrumentos específicos e de alcance coletivo.

Marmelstein, acerca da liberdade de expressão, diz que “[...] é um instrumento essencial para democracia, na medida em que permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto de opiniões, em que todos os cidadãos, dos mais variados grupos sociais, devem poder participar, falando, ouvindo, escrevendo, desenhando, encenando, enfim, colaborando da melhor forma que entenderem.” (2009, p. 105).

Dessa forma, pode-se compreender a liberdade de expressão como o direito que todo o indivíduo tem de manifestar seu pensamento e se manter informado sobre qualquer assunto ou indivíduo, de qualquer maneira e para quem quer que seja, como uma das formas de socializar-se, debater ideias e discutir opiniões, sem sofrer censura ou repressão de ninguém, inclusive do Estado, salvo o disposto na Constituição Federal.

Por toda essa proteção assegurada pela CF/88, as principais entidades de comunicação social do país, veem-se protegidas e amparadas pela própria Constituição para veicular praticamente todo e qualquer tipo de informação em nome da liberdade de expressão.

No entanto, muitas vezes as informações prestadas estão relacionadas à privacidade de determinados indivíduos, o que acarreta graves prejuízos àqueles que tiveram sua intimidade e imagem expostas sem prévia autorização.

Nesse contexto, tem-se um choque de direitos fundamentais. De um lado, tem-se o direito à privacidade, de outro lado, tem-se o direito à liberdade de expressão.

A principal dificuldade está em estabelecer limites e definir qual tipo de informação seria considerada uma ofensa à privacidade do indivíduo e qual tipo de restrição não seria radical a ponto de ofender a liberdade de expressão.

Mendes e Branco entendem que a liberdade de expressão está limitada pela própria Constituição Federal, quando em seu art. 220, prevê que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, *observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*” [destacou-se] (2012, p. 306).

Nessas situações de colisões de direitos fundamentais, depara-se com uma controvérsia constitucional oblíqua, em que pese se ter de um lado, um direito à privacidade a ser resguardado e, do lado oposto, um direito à liberdade de expressão a ser protegido.

### **1.3 Do princípio da proporcionalidade e da ponderação de valores em casos de colisão de direitos fundamentais na proteção do direito ao esquecimento**

Em casos onde há confronto de princípios e garantias constitucionais, resta ao Judiciário sopesar valores e aplicar os direitos fundamentais, de forma ponderada, de acordo com o caso concreto.

O Direito ao esquecimento, objeto de análise deste artigo, além de um conceito novo, surgiu em virtude de casos reais que foram levados ao Poder Judiciário, onde se buscava uma proteção à privacidade das pessoas, lembradas e expostas na mídia, por ações realizadas no passado.

Ainda que não previsto expressamente na CF/88, o direito ao esquecimento está assegurado no conceito de direito à privacidade, onde este poderia ser considerado gênero do qual aquele é espécie.

Na maioria dos casos onde se invoca o direito ao esquecimento, há uma colisão de direitos fundamentais: direito à privacidade x liberdade de expressão. De um lado tem-se um indivíduo buscando ser esquecido pelo que fez no passado, tentando ser visto de outra maneira pela sociedade e, no lado oposto, tem-se uma imprensa exercendo seu direito de expressar-se e realizando reportagens, retrospectivas, programas policiais ou prestando informações de qualquer gênero acerca de acontecimentos passados.



Para Marmelstein, o choque entre o direito de informação com o direito à imagem e a liberdade jornalística com o direito à intimidade, constituem casos clássicos de colisão de direitos fundamentais, principalmente pelo fato de que “as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito” (2009, p. 368).

Resta, repita-se, ao Poder Judiciário, analisar o caso concreto e aplicar os princípios da proporcionalidade e da ponderação de valores.

Deve, ainda, obedecer a critérios de *necessidade*, sendo vedado o excesso ou a insuficiência e, devendo ser aplicada a solução mais benéfica possível, de acordo com o caso concreto. A lei ou decisão limitadora deve estar no limite certo, não sendo nem mais, nem menos necessária à solução do conflito.

Por fim, deve ser aplicada a *proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste numa ponderação, devendo haver uma análise das vantagens e desvantagens que a lei ou decisão acarretará.

Assim, em um caso concreto onde seja invocado o direito ao esquecimento em face de matéria veiculada pela imprensa nacional, o Poder Judiciário deverá aplicar o princípio da proporcionalidade e buscar uma solução que seja adequada, eficaz e capaz de atingir o resultado desejado; que obedeça aos critérios de necessidade, não sendo uma solução exagerada ou insuficiente; e que seja uma solução proporcional em sentido estrito, de forma a ponderar os direitos à privacidade e à liberdade de expressão, fazendo sobressair aquele que trazer mais benefícios e corresponder melhor à vontade do legislador.

O princípio da ponderação dos valores, por sua vez, é uma técnica também utilizada em casos onde há colisão de normas, devendo ser realizada uma harmonização dos interesses em questão.

Para Marmelstein: “A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. [...]. Na técnica da ponderação, o jurista deverá, em um primeiro momento, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, através do princípio da concordância prática. Somente depois, se não for possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita” (2009, p. 388-389).

A técnica da harmonização ou concordância prática ensina que o jurista, ao se deparar com um conflito de normas, não deve dar preferência a nenhuma delas, mas, sim, fazer um balanço de valores e preservar ambos os direitos em conflito.

No entanto, em alguns casos não será possível a harmonização dos direitos conflitantes, razão pela qual deverá ser aplicado o princípio da ponderação, de acordo com a técnica do sopesamento de valores.

Nesses casos, onde não se faz possível a aplicação da técnica da harmonização, o Poder Judiciário deverá analisar o caso concreto e escolher qual norma deverá prevalecer e qual norma deverá ser sacrificada.

Além dos princípios da proporcionalidade e da ponderação de valores, outros elementos podem ser considerados na solução de casos onde o direito à privacidade (onde o direito ao esquecimento está inserido) esteja em colisão com a liberdade de expressão.

Marmelstein aponta alguns fatores importantes a serem analisados: “I – importância da informação (a informação é de interesse público?); II – intuito de lucro (está havendo lucro direto com a divulgação da informação ou da imagem?); III – violação da honra (a divulgação da matéria/imagem viola a honra do interessado?); IV – intimidade (a divulgação da matéria/imagem viola a intimidade do interessado? É em lugar público ou privado? É em lugar exposto ao público ou é em lugar reservado?); V – veracidade da informação (a informação é verdadeira?); VI – proteção de menores (há interesse de menores em jogo?)” (2009, p. 369).

Pode-se perceber, portanto, que na maioria das situações em que se busca a proteção ao direito ao esquecimento, dois direitos fundamentais entram em choque: o direito à privacidade e à liberdade de expressão.

Nesses casos, cabe ao Poder Judiciário buscar a solução mais adequada, de forma a não ferir de maneira grosseira nenhuma das garantias fundamentais, aplicando, para tanto, os princípios da proporcionalidade e ponderação de valores, para que os indivíduos se vejam protegidos no seu direito de ser esquecido e a liberdade de expressão não seja absolutamente restringida.

#### **1.4 Abordagem infraconstitucional**

A tutela do direito ao esquecimento trava uma batalha entre duas garantias constitucionais. De um lado, tem-se o direito à privacidade, o direito de

todo indivíduo de não ter informações acerca de sua intimidade expostas à sociedade, e, do outro lado, o direito dos órgãos de imprensa, de prestar informações e de dar notícias à população, sem sofrer óbices.

Além do embasamento constitucional que se pode observar na proteção do direito ao esquecimento, outros dispositivos infraconstitucionais apontam para a proteção desse direito no Brasil.

No âmbito penal, o direito a ser esquecido em relação à prática de crimes e infrações penais, é assegurado, há bastante tempo, ainda que implicitamente, em diversas legislações penais brasileiras.

O Código Penal brasileiro, no art. 93, assegura ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação, bem como o art. 748 do Código de Processo Penal brasileiro garante que as condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado.

O mesmo entendimento é previsto no art. 202 da Lei de Execução Penal, art. 202, ao estabelecer que “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”.

A reabilitação é um direito do condenado, através do qual complementam: “Estimula-se o condenado à completa regeneração, possibilitando-lhe plenas condições de voltar ao convívio da sociedade sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos.” (Mirabete e Fabbrini, 2010, p. 341).

Pode-se perceber que a legislação penal brasileira entende como fundamental o “esquecimento” dos crimes que já tiveram sua pena cumprida pelo autor e este já demonstra aptidão ao convívio em sociedade, ou em casos em que o acusado é absolvido, como maneira de assegurar a plena ressocialização do ser humano à sociedade, sem a constante lembrança de que este já teria sido acusado ou cometido algum crime.

É necessário recordar Beccaria, que, de forma enfática, escreveu que “A prisão não deveria deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes hediondos, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem da veneração do povo os primeiros cargos do Estado? Por que é tão diferente, em nossos dias, a sorte de um inocente preso?” (1764, p. 40)

É, sem dúvida, um forte posicionamento, que mostra uma desarrazoabilidade na exposição de um indivíduo na mídia, por um crime pelo qual foi absolvido ou já cumpriu pena, pois, nesses casos, o instituto da ressocialização perde seu efeito e o indivíduo tende a ser lembrado, apontado, julgado, constrangido e reprimido pela sociedade.

Permitir que a mídia exponha fatos desabonadores e passados das pessoas, sem qualquer restrição, é impor-lhes uma pena de caráter perpétuo, onde os indivíduos podem ser alvos de acusações e constrangimentos diários, sem nunca conseguir superar e voltar ao convívio normal em sociedade.

Na esfera cível, o Código Civil de 2002 reserva um capítulo específico para a proteção dos direitos da personalidade, no qual se pode destacar os artigos, nos artigos 11 a 21.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Têm como objeto os atributos da própria pessoa, com suas emanações e prolongamentos.

Assim, os direitos protegidos pelo art. 5º, X da CF/88, em especial o direito à privacidade aqui já analisado, integram os direitos da personalidade, uma vez que a proteção dos direitos da personalidade teve seu nascimento na Constituição Federal de 1988, expressamente no art. 5º, X.

Dessa maneira, o direito ao esquecimento também pode ser considerado um direito da personalidade resguardado pelo Código Civil brasileiro de 2002. Inclusive, em março de 2013, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado enunciado a respeito do tema: “ENUNCIADO 531 - A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Art. 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

Além disso, o art. 12 do CC/02 prevê a exigência de cessão de ameaça ou lesão a direito da personalidade, com possibilidade de indenização por danos morais e materiais.

Os arts. 17 e 20 do CC/02 também protegem o indivíduo da exposição de seu nome ou imagem em divulgações que possam lhe trazer desprezo público, afetem sua honra, boa fama ou respeitabilidade, com ressalvas, independente da intenção difamatória.

Nesse contexto, muitas vezes, a divulgação de informações pessoais e antigas pela mídia, pode gerar consequências para o indivíduo e prejudicar seu convívio em sociedade e, assim, o direito ao esquecimento deve ser invocado e resguardado, pois além de protegido pela CF/88, também o é pelo CC/02.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro também traz a ideia de um direito ao esquecimento, impedindo que determinadas informações sobre o consumidor permaneçam eternamente em cadastros ou anotações, conforme o art. 43, § 1º., ao dizer que “Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, *não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos [destacou-se]”*.

Pelo visto, além da previsão constitucional, a legislação infraconstitucional e a doutrina brasileira também garantem a tutela do direito ao esquecimento, apesar de ainda pouco explorada. Os tribunais superiores em âmbito nacional e internacional também reconhecem a existência desse direito, como se observa nos capítulos seguintes.

## **2 Casuística na legislação estrangeira**

No presente capítulo, analisa-se dois emblemáticos casos envolvendo direito ao esquecimento, ocorridos na Europa, nos anos de 1970 e 2014. A escolha dos referidos casos justifica-se pela repercussão que tiveram na sociedade, sendo o caso Lebach um dos primeiros e mais marcantes conflitos envolvendo o direito ao esquecimento, e o caso Mario Costeja x Google, sendo um dos mais recentes e o primeiro a garantir o direito ao esquecimento na *web*.

### **2.1 Caso Lebach X Zdf (segundo canal de TV alemão)**

No contexto internacional, a Alemanha foi um dos primeiros países a promover a solução de conflitos de princípios constitucionais no sentido de resguardar o direito ao esquecimento.

Assim como no Brasil, a Constituição Federal da Alemanha (1949) foi aprovada após um período conturbado no país, onde o povo vivia sob um regime ditatorial, nazista e sem muitas liberdades ou garantias individuais.

Por esse motivo, a Lei Fundamental da República da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) dá especial atenção e muito valoriza os direitos fundamentais, tanto que um dos responsáveis pela elaboração da LF, Carlo Schmidt, afirmou que “A razão de ser no novo Estado deveria ser o homem, e não o homem a razão de ser do Estado”. Däubler-Gmelin (*apud* Marmelstein, 2007, p. 26).

A LF<sup>70</sup> trata dos Direitos Fundamentais em seu primeiro capítulo, e assegura a proteção da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º: “Art. 1º. [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”.

Em seu art. 79, III a LF prevê a impossibilidade de alteração do disposto no seu art. 1º: “Art. 79 [Alteração da Lei Fundamental] (3) Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos arts. 1º e 20”.

Importante destacar o previsto no art. 2º da LF, que diz respeito aos direitos de liberdade: “Art. 2º [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade de da pessoa é inviolável. Estes direitos só

---

<sup>70</sup> A íntegra da tradução da LF encontra-se disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2014.

podem ser restringidos em virtude de lei. A proteção à liberdade de expressão, por sua vez, encontra-se prevista no art. 5º da LF: Art. 5º [Liberdade de opinião, de arte e ciência] (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição”.

Destaque-se, ainda, a existência da Lei de Direito Autoral em obras de arte e fotografia (*Gesetz betreffend das Urheberrecht na Werken der bildenden Künste und der Photographie*), de 9/1/1907, com última redação em 16/02/2001, especialmente os §§ 22 e 23<sup>71</sup>: “§ 22 *Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten. § 23 (1) Ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung dürfen verbreitet und zur Schau gestellt werden: 1. Bildnisse aus dem Bereiche der Zeitgeschichte; 2. Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit erscheinen; 3. Bilder*

---

<sup>71</sup> Tradução do Google tradutor com contribuições das autoras:

§ 22 As imagens podem ser divulgadas publicamente ou exibidas com o consentimento da pessoa retratada. O consentimento é duvidoso se para o fato de que ele se permitiu representar, recebeu uma recompensa. Após a morte da pessoa retratada é necessário até o término dos 10 anos, o consentimento dos familiares da pessoa retratada. Membros ao abrigo desta lei, o cônjuge sobrevivente ou companheiro e os filhos da pessoa retratada e se nenhum cônjuge ou parceiro de vida de crianças ainda estão presentes, os pais da pessoa retratada.

§ 23

(1) Sem o consentimento exigido pelo § 22 pode ser distribuído e apresentado:

1. As primeiras imagens de áreas da história contemporânea;
2. Fotos onde as pessoas aparecem apenas como acessório, além de uma paisagem ou outro local;
3. Fotos de reuniões e eventos similares, onde as pessoas representadas participaram;
4. Imagens que não são feitas sob encomenda, se a distribuição ou exposição servir a um maior interesse da arte.

(2) A autoridade não se estende à divulgação e ostentação, através de um interesse legítimo da pessoa retratada ou se ele morreu, sua família é ofendida.

*von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben; 4. Bildnisse, die nicht auf Bestellung angefertigt sind, sofern die Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dient. (2) Die Befugnis erstreckt sich jedoch nicht auf eine Verbreitung und Schaustellung, durch die ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten oder, falls dieser verstorben ist, seiner Angehörigen verletzt wird.*

Pelo teor dos artigos supracitados e pelo momento histórico de superação do regime nazista no qual a Alemanha estava vivendo, fica evidenciada a importância que é dada aos direitos fundamentais na sociedade e no Direito alemão.

Dentro dessa realidade de grande valorização dos direitos fundamentais e já sob a vigência da LF, ocorreu na Alemanha um dos primeiros e mais relevantes casos onde se invocou a proteção ao direito ao esquecimento.

O caso conhecido como Lebach ocorreu em meados de 1969, num lugarejo homônimo, na Alemanha, onde cinco militares guardavam um depósito de munição e, durante a noite, quatro deles foram assassinados e um ficou gravemente ferido, com armas e munições roubadas.<sup>72</sup>

A perseguição dos suspeitos durou vários meses e a imprensa cobriu com detalhes o processo de busca, com grande envolvimento da população alemã no caso.

Dois dos principais acusados pelo latrocínio foram condenados, em 1970, à prisão perpétua. Um terceiro acusado foi condenado a seis anos de reclusão, por ter prestado auxílio na preparação do crime.

A ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal de TV Alemão) produziu um documentário sobre o latrocínio, escrito por *Jürgen Neven-du Mont*, *Rainer Söhnlein* e *Karl Schütz* e nomeado “O assassinato dos soldados Lebach”, apresentando fotos e nomes dos dois acusados como mandantes do crime e também daquele acusado como auxiliar.

O documentário também faria uma representação do crime, onde atores iriam encenar o que ocorreu na noite do latrocínio, a perseguição e a condenação dos acusados pela polícia, a relação pessoal dos condenados e possíveis ligações homossexuais.

---

<sup>72</sup> As informações sobre o presente caso estão disponíveis em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/alemanha.pdf>> e <[http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=52:colisao-de-direitos-individuais-anotacoes&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74](http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=52:colisao-de-direitos-individuais-anotacoes&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74)>. Acesso em: 5 ago. 2014.



Ocorre que o documentário seria exibido pouco tempo antes da soltura do terceiro acusado, pois este já teria cumprido boa parte de sua pena, motivo pelo qual procurou a Justiça para impedir a exibição do documentário, em razão de que lhe seria ferido o direito ao desenvolvimento da personalidade, pois tornaria difícil sua ressocialização.

As primeiras tentativas do reclamante em impedir a exibição do documentário não foram satisfatórias<sup>73</sup>.

O Tribunal Distrital e o Tribunal Regional Superior entenderam que havia interesse público na informação e que as liberdades de expressão e de comunicação deveriam ser protegidas.

Após duas improcedências, o conflito chegou ao órgão supremo: o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

O TCF analisou as alegações do reclamante, que sustentava que a exposição e a encenação de sua imagem lhe colocariam em situação humilhante, afetando-lhe intimamente e impossibilitando a recuperação de sua posição na sociedade, além de que seria plenamente possível reproduzir o documentário sem mencionar seu nome ou exibir sua imagem.

Ainda, para o reclamante, a exposição da condição homossexual dos acusados estaria sendo distorcida e dando margem ao preconceito, o que demonstra que o principal interesse da ZDF na exibição do documentário estaria na satisfação do sensacionalismo.

O Ministério da Justiça opinou afirmando que a história do crime era de grande interesse à população, porém, a exibição de informações personalíssimas do reclamante não se fazia necessária e seria prejudicial à ressocialização deste.

Assim, não seria cabível a proibição total da exibição do documentário, mas tão somente daquilo que dissesse respeito às características personalíssimas do reclamante que, por sua vez, deveria tolerar a exibição do documentário nessas condições.

Para a ZDF, a denúncia deveria ser considerada improcedente, uma vez que a emissora de televisão era legitimada a satisfazer o interesse público no que diz respeito a prestar informações completas e adequadas sobre um evento da

---

<sup>73</sup> As informações sobre o presente caso estão disponíveis em: <<http://www.telemedicus.info/urteile/Allgemeines-Persoenlichkeitsrecht/Personen-der-Zeitgeschichte/Straftaeter/90-BVerfG-Az-1-BvR-53672-Lebach.html>>. Acesso em: 19 set. 2014.

história contemporânea. Além disso, a exibição do documentário contribuía para a formação da opinião pública, mostrava toda a ação tática da polícia e todo seu esforço na solução do caso, de forma a desestimular a ação de futuros criminosos, pois poucas seriam as chances de êxito. Alegou, ainda, que a apresentação do reclamante no documentário ocorreu de forma discreta e sempre evidenciando que este teria apenas auxiliado na execução do crime.

Como Medida Provisória, o TCF proibiu a exibição do documentário no que dissesse respeito à pessoa do reclamante, até que se houvesse uma decisão definitiva para o caso.

Ao analisar o mérito, o TCF entendeu pela procedência do pedido, proibindo a rede televisiva ZDF de transmitir o documentário, à medida que transmitisse informações personalíssimas do reclamante, conforme ementa da decisão: “1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5º I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto. 2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5º I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2º I c. c. Art. 5º I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população. 3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito a mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário

posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização). A ameaça à ressocialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura”. (SCHWABE, 2005, p. 487-488)

Observa-se que o Tribunal Constitucional Alemão, aplicando o princípio da ponderação, buscou harmonizar os valores em conflito e decidiu que a rede de televisão alemã não poderia exibir o documentário caso houvesse exibição da imagem do terceiro acusado ou menção de seu nome.

Pode-se perceber que, de acordo com o caso concreto em comento, não houve restrição total de nenhum dos direitos em jogo. Ambos foram balanceados e, a rede de televisão pôde transmitir seu documentário, com a condição de que não exibisse fotos ou nome do terceiro acusado, de forma a preservar seu direito à privacidade.

Ocorre que, em 1999, o caso Lebach foi, novamente, objeto de discussão no TCF. Essa diferença cronológica permitiu que alguns doutrinadores, como Rodrigues Junior (2013, *online*), apresentassem uma diferenciação entre os casos, denominando-os de caso Lebach I – ocorrido em 1973 – e o caso Lebach II – ocorrido em 1999.

No caso Lebach II, a rede de televisão alemã SAT 1, produziu uma série sobre crimes que entraram na história, dentre eles, o latrocínio em Lebach.

Diferente do que aconteceu no documentário da ZDF, a SAT 1 não utilizou os nomes verdadeiros dos envolvidos, nem utilizou suas imagens ou informações pessoais, mas, ainda assim, os envolvidos no caso entraram com ação contra a rede televisiva SAT 1.

Nas palavras de Rodrigues Junior, o TCF decidiu que: “1) A ‘liberdade de radiodifusão’ é assegurada, mas não sem reservas. Cabe aos tribunais, na hipótese de colisão com outros direitos, resolver o caso, tendo em conta o art. 5º, *Absatz* 2º da Lei Fundamental, além das normas ordinárias. Sendo certo que a atuação do Tribunal Constitucional, em matéria civil, deve ocorrer somente se houver violação total aos direitos fundamentais e em caráter de reserva. 2) O direito geral da personalidade é protetivo dos indivíduos em face de situações como a representações da pessoa, que

distorçam ou desfigurem sua imagem em público, de modo a impedir o livre desenvolvimento da personalidade, o que se revela de modo evidente quando há sério risco de estigmatização. Outra hipótese de ofensa a esse direito fundamental dá-se quando essas representações ameaçam, de modo efetivo, a reintegração dos delinquentes à sociedade, desde que esses hajam cumprido suas penas. 3) No Caso Lebach-1, o Tribunal Constitucional preservou o direito geral da personalidade porque ali havia uma lesão capaz de associar, de modo permanente, o criminoso a essa condição. Tratou-se, portanto, de uma questão de intensidade do ato que interferiu no direito ao desenvolvimento da personalidade. Nos termos do acórdão, é de se lembrar que o mero fato de ter cumprido a pena de prisão não significa que o criminoso adquiriu o ‘direito a ser deixado em paz’ (ou, mais literalmente, ‘direito a ser deixado só’). 4) A intensidade da violação ao direito fundamental dos criminosos, no Caso Lebach-1, era sensível porquanto o programa de televisão da ZDF conferira um caráter sensacionalista ao fato, com a exposição do nome e de fotografias dos envolvidos. A veiculação do documentário, à época, prejudicaria e muito a ressocialização dos condenados. 5) No programa da SAT 1, no entanto, é inadequado encontrar tal nível de interferência no direito ao desenvolvimento da personalidade dos autores da reclamação constitucional. Passaram-se 30 anos da ocorrência do crime (de 1969; o acórdão é de 1999) e os riscos para a ressocialização foram bastante minorados. 6) O Tribunal Constitucional Federal anotou ainda que, com base no direito à radiodifusão, *a proibição a um programa é sempre uma forte violação ao direito fundamenta*” (2013, *online*).

Ao contrário do que aconteceu no Caso Lebach I, onde o pedido do reclamante foi julgado procedente no sentido de resguardar sua imagem e garantir sua ressocialização, no caso Lebach II o pedido foi julgado improcedente, uma vez que a série não divulgava nomes, fotos e dados pessoais dos envolvidos que pudessem lhes causar dano à personalidade.

Pela análise do caso Lebach, pode-se perceber que a aplicação do direito ao esquecimento vai, repita-se, depender do caso concreto, cabendo ao órgão jurisdicional fazer uma ponderação de valores e encontrar um ponto de equilíbrio para a solução do caso de forma a não restringir totalmente o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão.

## **2.2 Caso Mario Costeja X Google**

O Tribunal de Justiça da União Europeia aplicou, pela primeira vez, o direito ao esquecimento na *web*, através do polêmico caso “Mario Costeja x Google”.

Mario Costeja González, advogado e consultor, de nacionalidade e residência espanhola, era proprietário de um apartamento em Barcelona, de aproximadamente noventa metros quadrados, o qual foi levado à hasta pública em 1998, para pagamento de dívidas do setor de Seguridade Social de Barcelona.<sup>74</sup>

Na época, a lista de imóveis que seriam leiloados em hasta pública foi publicada na página de anúncios do jornal *La Vanguardia* e mencionava o nome de Mario Costeja González e alguns dados sobre seu imóvel.

Em 2009, Mario Costeja entrou em contato com o jornal *La Vanguardia*, solicitando que seu nome não fosse mais associado a esse fato quando houvesse pesquisas no setor de busca da internet, já que a dívida fora quitada, sem a necessidade da venda em hasta pública do seu imóvel.

O jornal, por sua vez, entendeu que não seria possível realizar a dissociação, uma vez que a publicação feita em 1998 teria sido de cunho informativo e solicitada pelo Ministério do Trabalho e Seguridade Social.

Em 2010, Mario Costeja também entrou em contato com o Google Espanha, para resolver a questão no âmbito administrativo, mas, o Google também entendeu não ser pertinente a retirada dos dados da *web*.

Desta feita, Mario Costeja entrou com uma ação na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), contra as empresas La Vanguardia, Google Espanha e Google Inc., requerendo que seus dados não fossem mais associados ao anúncio de venda de imóveis em hasta pública divulgados pelo *La Vanguardia*, uma vez que a dívida já havia sido paga e a vinculação da notícia à sua pessoa estaria ferindo seus direitos de personalidade.

A AEPD analisou o caso e julgou o pedido improcedente em relação ao jornal, uma vez que este teria apenas cumprido sua função de informar e, ainda, teria feito a publicação às ordens do Ministério do Trabalho e Seguridade Social.

---

<sup>74</sup> As informações sobre o presente caso estão disponíveis em: <[http://fernandafav.jusbrasil.com.br/noticias/120588662/e-possivel-morrer-depois-da-internet?ref=topic\\_feed](http://fernandafav.jusbrasil.com.br/noticias/120588662/e-possivel-morrer-depois-da-internet?ref=topic_feed)>, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>> e <<http://www.theguardian.com/technology/2014/may/13/right-to-be-forgotten-eu-court-google-search-results>>. Acesso em: 23 set. 2014.

Porém, julgou o pedido procedente em relação ao Google Espanha e Google Inc., entendendo que ambos eram responsáveis pela intermediação das informações e, por isso, estavam sujeitos à legislação de proteção de dados.

O Google Espanha e o Google Inc. apresentaram recurso e o caso foi encaminhado para julgamento ao Tribunal de Justiça da União Europeia, já que envolvia o conteúdo da **Diretiva<sup>75</sup> 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.**

O julgamento foi realizado em maio de 2014 e os pontos principais da discussão estavam relacionados à interpretação dos arts. 2º, b e d, 12, b e 14, a da Diretiva, de seguinte teor: “Art. 2º Definições Para efeitos da presente directiva, entende-se por: a) «Dados pessoais», qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social; b) «Tratamento de dados pessoais» («tratamento»), qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição; [...] d) «Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário; [...] Art. 12 Direito de acesso Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento: a) Livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demora ou custos

---

<sup>75</sup> Conforme sítio eletrónico da Comissão da União Europeia, as diretivas europeias fixam os objetivos a atingir pelos Estados-Membros, delegando nestes a escolha dos meios para o fazer. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/eu\\_law/directives/directives\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/eu_law/directives/directives_pt.htm)>. Acesso em: 23 set. 2014.

excessivos: - a confirmação de terem ou não sido tratados dados que lhes digam respeito, e informações pelo menos sobre os fins a que se destina esse tratamento, as categorias de dados sobre que incide e os destinatários ou categorias de destinatários a quem são comunicados os dados, - a comunicação, sob forma inteligível, dos dados sujeitos a tratamento e de quaisquer informações disponíveis sobre a origem dos dados, - o conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito, pelo menos no que se refere às decisões automatizadas referidas no nº 1 do art. 15; b) Consoante o caso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados; c) A notificação aos terceiros a quem os dados tenham sido comunicados de qualquer rectificação, apagamento ou bloqueio efectuado nos termos da alínea b), salvo se isso for comprovadamente impossível ou implicar um esforço desproporcionado. Art. 14 Direito de oposição da pessoa em causa Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de: [...] b) Se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de mala directa; ou ser informada antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de mala directa ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para garantir que as pessoas em causa tenham conhecimento do direito referido no primeiro parágrafo da alínea b)”.

**Assim, o Tribunal definiu que os motores de buscas, como o Google, realizam tratamento de dados nos termos do art. 2º, b da Diretiva 95/46 e são responsáveis pela finalidade e pelos meios de tratamento dos dados pessoais que disponibilizam, conforme art. 2º, d da Diretiva 95/46.**

**Ainda sobre a responsabilidade, o Tribunal entendeu que os sítios eletrônicos de buscas organizam informações publicadas na internet e ajudam seus usuários a encontrarem com maior facilidade o que estão procurando.**

**Logo, se um usuário faz uma pesquisa pelo nome de um indivíduo, o sítio de busca apresentará uma lista de endereços da internet onde se pode obter informações sobre este indivíduo, proporcionando, desse modo, que seja traçado um perfil daquele que teve o nome buscado.**

**Portanto, a atividade realizada pelos motores de busca pode intervir de maneira considerável nos direitos à vida privada e à proteção de dados pessoais, conforme se pode destacar de importante trecho do acórdão: “[...] é pacífico que essa atividade dos motores de busca tem um papel decisivo na difusão global dos referidos dados, na medida em que os torna acessíveis a qualquer internauta que efetue uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa, incluindo aos internautas que, de outra forma, não teriam encontrado a página *web* onde esses mesmos dados estão publicados. Além disso, a organização e a agregação das informações publicadas na Internet, efetuadas pelos motores de busca com o objetivo de facilitar aos seus utilizadores o acesso às mesmas, podem conduzir, quando a pesquisa desses utilizadores é feita a partir do nome de uma pessoa singular, a que estes obtenham, com a lista de resultados, uma visão global mais estruturada das informações sobre essa pessoa, que se podem encontrar na Internet, que lhes permita estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa. Por conseguinte, na medida em que a atividade de um motor de busca é suscetível de afetar, significativamente e por acréscimo à dos editores de sítios *web*, os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais, o operador desse motor, como pessoa que determina as finalidades e os meios dessa atividade, deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, das suas competências e das suas possibilidades, que essa atividade satisfaça as exigências da Diretiva 95/46, para que as garantias nesta previstas possam produzir pleno efeito e possa efetivamente realizar-se uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, designadamente do seu direito ao respeito pela sua vida privada” (UNIÃO EUROPÉIA, 2014, *online*).**

**Saliente-se que o advogado-geral da União Europeia, Niilo Jääskinen, adotou posicionamento diferente, emitindo parecer<sup>76</sup> no sentido de que os motores de busca não poderiam ser responsabilizados pelos dados existentes nas páginas listadas durante a busca. Seu parecer, no entanto, não foi acolhido.**

**Por fim, o Tribunal declarou a existência do direito de oposição, conforme art. 14 da Diretiva 95/46, onde uma pessoa pode requerer o bloqueio ou a exclusão de dados que atentem contra seus direitos de personalidade.**

---

<sup>76</sup> Íntegra do parecer do Advogado Geral da União, Niilo Jääskinen, disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.



**Para Rodrigues Júnior:** “Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, o direito de oposição operacionaliza-se desse modo: a) a pessoa requer ao ente responsável pelo tratamento dos dados a sua alteração ou supressão; b) o pedido deve ser examinado, observando-se se há fundamento e causa para ser atendido; c) se o responsável pelo tratamento não der sequência ao requerimento, a pessoa poderá levar o conflito à autoridade administrativa (no caso espanhol, a agência de proteção de dados) ou aos tribunais judiciais, a fim de que se avalie a procedência da pretensão e que tomem as medidas adequadas” (2013, *online*).

**Para o Tribunal, o direito de oposição pode ser exercido quando as informações forem inexatas, inadequadas, impertinentes ou excessivas, levando-se em consideração a atualização de tratamento dos dados ou a conservação dos dados por tempo superior ao necessário.**

**O exercício do direito de oposição, no entanto, deve ser balizado de acordo com o caso concreto, observando-se fatores como relevância histórica, científica ou estatística, interesse público e o grau de prejuízo que a informação traz ao requerente.**

**Interessante destacar que no caso em questão pode-se perceber claramente a presença do fator “conservação dos dados por tempo superior ao necessário”, uma vez que manter, por mais de dez anos, a associação do nome de Mario Costeja com a publicação do jornal *La Vanguardia* onde seu imóvel estaria sendo levado à hasta pública para pagamento de dívidas é inadequado e excessivo.**

**O Tribunal de Justiça da União Europeia, concluiu, portanto, que:** “1) O art. 2º, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais», na aceção do artigo 2º, alínea b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento, na aceção do referido artigo 2º, alínea d). 2) O artigo 4º, n. 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do

responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro. 3) Os artigos 12, alínea b), e 14, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita. 4) Os artigos 12, alínea b), e 14, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7º e 8º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão”.

**Em decorrência da decisão, o Google elaborou um formulário *online*, disponível apenas na União Europeia, para que todos aqueles que desejam ter seus**

**dados suprimidos do servidor de busca, possam preencher, indicar o *link* a ser removido e ter seu pedido analisado por uma equipe do Google, podendo ser deferido ou não.**

**O formulário está disponível na página de ajuda do Google e tem a seguinte introdução:** *“Search removal request under data protection law in Europe Background. A recent ruling by the Court of Justice of the European Union (C-131/12, 13 May 2014) found that certain people can ask search engines to remove specific results for queries that include their name, where the interests in those results appearing are outweighed by the person’s privacy rights. When you make such a request, we will balance the privacy rights of the individual with the public’s interest to know and the right to distribute information. When evaluating your request, we will look at whether the results include outdated information about you, as well as whether there’s a public interest in the information — for example, we may decline to remove certain information about financial scams, professional malpractice, criminal convictions, or public conduct of government officials. You will need a digital copy of a form of identification to complete this form. If you are submitting this request on behalf of someone else, you will need to supply identification for them. Fields marked with an asterisk \* must be completed for your request to be submitted”.*<sup>77</sup>

**No primeiro dia de disponibilização do formulário, 30/05/2014, cerca de doze mil europeus solicitaram a exclusão de seus dados na pesquisa do Google.**<sup>78</sup>

**É interessante ter-se em vista que o direito ao esquecimento não é absoluto, uma vez que em muitos casos os dados pessoais de determinado indivíduo são indissociáveis da história, do dever de informar ou do interesse público.**

---

<sup>77</sup> Tradução livre das autoras: “Pedido de remoção de pesquisa ao abrigo da lei de proteção na Europa. Contexto. Uma decisão recente do Tribunal de Justiça da União Europeia (C-131/12, 13 de maio de 2014) estabelece que determinadas pessoas podem solicitar que os motores de busca removam resultados específicos de consultas que incluam o seu nome, em que os interesses subjacentes à disponibilização desses resultados que aparecem são ultrapassados pelos direitos de privacidade individuais. Se efetuar um pedido desta natureza, iremos ponderar os direitos de privacidade do indivíduo com os direitos de interesse público e os direitos à distribuição da informação. Ao avaliar o seu pedido, verificaremos se os resultados incluem informação desatualizada acerca de si, bem como se existe interesse público na informação. Por exemplo, poderemos recusar remover uma determinada informação sobre esquemas financeiros, má conduta profissional, condenação de criminosos ou conduta pública de funcionários públicos. Precisar-se-á de uma cópia digital de um documento de identificação para preencher este formulário. Se estiver a enviar este pedido em nome de outra pessoa, terá de fornecer a respetiva identificação. Para enviar o pedido, é obrigatório preencher os campos assinalados com um asterisco \*”.

<sup>78</sup> Informação disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/06/1463681-google-recebeu-12-mil-pedidos-de-direito-ao-esquecimento-em-um-dia.shtml>>. Acesso: 27 set. 2014.

Por esse motivo, o Google irá realizar uma análise de cada caso individualmente, para verificar se realmente há um direito de personalidade sendo violado.

A recente e relevante decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia inaugurou a proteção do direito ao esquecimento na *web*. A tendência é que esta decisão inspire novos posicionamentos em diferentes casos ao redor do mundo, onde o direito ao esquecimento deve ser preservado como um direito fundamental de personalidade.

O Brasil já reconhece a existência do direito ao esquecimento, conforme se verifica no capítulo seguinte. A decisão da Corte Europeia provavelmente contribuirá para a maior e efetiva aplicação deste direito no país.

### 3 Posicionamento dos Tribunais Brasileiros

Os tribunais brasileiros apreciaram três relevantes casos envolvendo o direito ao esquecimento, analisados a seguir.

#### 3.1 Caso Aída Curi

O caso Aída Curi (Recurso Especial Nº 1.335.153 – RJ), foi julgado no dia 28/05/2013, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Em 14 de julho de 1958, no bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro – RJ, Aída Curi, ao voltar da aula no período da noite, envolveu-se com as palavras de um jovem rapaz e aceitou seu convite para conhecer a cobertura de um apartamento à beira mar. Ao chegar ao local, Aída sofreu uma tentativa de estupro e desmaiou, motivo pelo qual foi jogada do décimo segundo andar do prédio, pelo rapaz e um amigo, na tentativa de forjar um suicídio<sup>79</sup>.

O caso ficou nacionalmente conhecido, em virtude de noticiário transmitido à época.

Em 2004, a TV Globo, através do programa *Linha Direta - Justiça* produziu e transmitiu um episódio a respeito do caso, o que teria gerado grande abalo aos familiares da vítima.

---

<sup>79</sup> As informações sobre o presente caso estão disponíveis em: <http://copacabana.com/aida-cury/> e <http://decadade50.blogspot.com.br/2006/09/ juventude-transviada-o-caso-ada-curi.html>. Acesso: 17 jun. 2014.

Assim, os irmãos de Aída Curi ajuizaram ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em face da emissora do programa, por considerarem que o crime fora esquecido com o passar do tempo e a exibição do documentário, após tanto tempo do ocorrido, despertaria um sentimento que estava adormecido e “reabriria antigas feridas” dos autores.

Além disso, seus irmãos alegaram a ilicitude do ato e a existência de enriquecimento ilícito pela TV Globo, pois a emissora auferiu lucros através da exploração de uma tragédia familiar passada.

Em primeira instância, os pedidos dos autores foram julgados improcedentes, o que também foi mantido em grau de apelação do Tribunal de Justiça, do Rio de Janeiro.<sup>80</sup>

Em sede de Recurso Especial, o ministro relator Luís Felipe Salomão reconheceu o conflito aparente entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade e, ainda, mencionou a existência do direito ao esquecimento na doutrina jurídica brasileira, conforme enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil brasileiro, citado no capítulo anterior.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, analisando o caso sob a óptica do direito à liberdade expressão, ponderou diversos aspectos, destacando a importância de se assegurar a todos uma liberdade de expressão e informação livre de censura, direitos estes assegurados na CF/88, após um grande período de repressão feito pelo Estado à liberdade de imprensa.

Destacou-se, ainda, a relevância da historicidade da notícia jornalística para a evolução da sociedade, considerando a história da sociedade um “[...] patrimônio imaterial do povo onde nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época” (REsp Nº 1.335.153 – RJ).

Sobre a importância da historicidade da notícia jornalística, o ministro relator entendeu que: “Assim, um crime, como qualquer fato social, pode entrar para os arquivos da história de uma sociedade e deve ser lembrado por gerações futuras por inúmeras razões. É que a notícia de um delito, o registro de um acontecimento político, de costumes sociais ou até mesmo de fatos cotidianos (sobre trajes de

---

<sup>80</sup> Íntegra do julgamento da apelação disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8BBC1BD31CB5CA33BB5D7E0C8B8726979C4024C1E11>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

banho, por exemplo), quando unidos, constituem um recorte, um retrato de determinado momento e revelam as características de um povo na época retratada. Nessa linha de raciocínio, a recordação de crimes passados pode significar uma análise de como a sociedade - e o próprio ser humano - evolui ou regride, especialmente no que concerne ao respeito por valores éticos e humanos, assim também qual foi a resposta dos aparelhos judiciais ao fato, revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia”.<sup>81</sup>

Ressalvou-se, no entanto, a necessidade de cautela quanto ao jornalismo policial, que muitas vezes poderia exagerar fatos e criar um falso populismo penal, com o intuito exclusivamente de atrair telespectadores.

Observou-se, ainda, a existência do interesse público na publicidade de algumas informações a respeito de processos criminais, como forma de “provar” à sociedade, que o Estado estaria cumprindo com o seu papel de promover a Justiça.

Sob o ângulo do direito à privacidade, mais especificamente do direito ao esquecimento, destacou-se que alguns fatos não podem permanecer eternamente na memória da sociedade por obra dos meios de comunicação, apesar do interesse público existente.

Nesse contexto, em seu voto, o ministro relator continua: “Como se afirmou anteriormente, ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação, seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas. Não se pode, pois, nesses casos, permitir a eternização da informação”.

---

<sup>81</sup> Íntegra do voto do ministro relator disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PD](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PD)>. Acesso: 19 jun. 2014.

Vê-se, assim, a principal função do direito ao esquecimento, que reside no direito à esperança ao indivíduo que, já cumpriu integralmente sua pena ou foi absolvido em processo criminal, de se ressocializar e se regenerar na sociedade.

Após as devidas ponderações, concluiu-se no caso em questão, que a tragédia que vitimou Aída Curi entrou para o domínio público, virando um fato histórico de conhecimento de toda a sociedade e sendo impossível para a imprensa retratar o caso sem mencionar a vítima.

Além disso, não restou comprovado o exagero do programa *Linha Direta – Justiça* ao relatar o caso, não havendo nenhum tipo de abuso, mas tão somente a publicidade natural que pode ocorrer em relação a alguns fatos.

Considerando-se, ainda, que a veiculação do documentário ocorreu após cinquenta anos da morte de Aída Curi, compreendeu-se que a dor da perda, após todo esse tempo, já não provocava mais o desconforto de antes, razão pela qual, entendeu-se incabível a indenização por dano moral.

Esse foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao Recurso Especial, entendendo no acórdão que: “Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi/é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive nos meios acadêmicos. A ré cumpriu com a sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm esse dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes, é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. [E mais adiante concluiu]: não houve uso de informação ou imagem para denegrir ou atingir a honra”.

Neste caso, a quarta turma do STJ, mesmo reconhecendo o direito ao esquecimento no Brasil, entendeu que não houve exagero por parte da TV Globo ao prestar a informação, além de se tratar de um caso histórico com grande interesse público, não sendo cabível, portanto, indenização por danos morais, materiais e à imagem.

### **3.2 Caso Chacina da Candelária**

Outro caso levado ao Superior Tribunal de Justiça é conhecido como Chacina da Candelária (REsp 1.334.097 – RJ) e também foi julgado no dia 28/05/2013 pela mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Em meados de 1993, no Rio de Janeiro, nas proximidades da igreja da Candelária, crianças e adolescentes de rua costumavam se abrigar para dormir.<sup>82</sup>

No dia 23 de julho de 1993, por volta da meia noite, policiais atiraram em todos que ali estavam. Morreram oito jovens, sendo dois maiores e seis menores de idade, e muitos ficaram feridos.

No decorrer do processo, foram indiciadas sete pessoas, no total: o ex-policial militar Marcus Vinícius Emmanuel Borges, os policiais militares Cláudio dos Santos e Marcelo Cortes, o serralheiro Jurandir Gomes França, Nelson Oliveira dos Santos, Marco Aurélio Dias de Alcântara e Arlindo Afonso Lisboa Júnior.

Um dos acusados pelo crime, Jurandir Gomes de França, ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda.

O autor foi indiciado como coautor dos crimes cometidos na Chacina da Candelária, mas foi absolvido pelo júri, por negativa de autoria.

De acordo com o autor, a TV Globo o teria procurado para realizar uma entrevista para o programa *Linha Direta - Justiça*, mas ele teria se negado a conceder a entrevista e ainda, teria expressado sua opinião no sentido de não querer que sua imagem fosse veiculada em rede nacional.

Ainda assim, o programa *Linha Direta – Justiça* veiculou a matéria em junho de 2006, mencionando o autor como um dos envolvidos no crime, mas que teria sido absolvido.

Treze anos após a ocorrência do crime do qual fora absolvido, Jurandir França viu-se, novamente, exposto e humilhado perante a comunidade em que residia. E, por isso, requereu indenização por danos morais no valor de trezentos salários mínimos.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> As informações obtidas sobre o presente caso foram obtidas através do documentário Ônibus 174 (direção de José Padilha) e do sítio eletrônico: <<http://www.redecontraviolencia.org/Casos/1993/240.html>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

<sup>83</sup> A íntegra do acórdão do Recurso Especial nº1.34.097 –RJ encontra-se disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 14 maio 2014.



No primeiro grau, o pedido foi julgado improcedente<sup>84</sup>, porém, em sede de apelação, a sentença foi reformada, conforme a seguinte ementa: “Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último. II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil. III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento. IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento. V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização”.

Segundo a TV Globo, a indenização seria indevida, uma vez que o intuito do programa *Linha Direta – Justiça* é apenas fornecer informações jornalísticas a respeito de casos criminais famosos, e, por isso, apresentou Recurso Especial e Extraordinário.

Para a emissora do programa, não teria havido nenhuma invasão à privacidade do autor, pois os fatos já eram públicos e de conhecimento da sociedade

---

<sup>84</sup> A íntegra da decisão encontra-se disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consulta/ProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=17&descMov=Senten%E7a>>. Acesso em: 20 maio 2014.

e não seria possível retratar o crime sem mencionar o autor, que foi uma “peça chave do episódio e do conturbado inquérito policial”.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento utilizado no caso Aída Curi, ponderando aspectos do direito à liberdade de expressão, do direito à privacidade e reconhecendo a existência do direito ao esquecimento na doutrina jurídica brasileira.

O acórdão proferido no caso da Chacina da Candelária tem a maioria de seus trechos assemelhados ao acórdão do caso Aída Curi, já aqui analisado.

No entanto, após as devidas ponderações, o Superior Tribunal de Justiça ao analisar o caso da Chacina da Candelária, entendeu que, apesar de se estar diante de um fato histórico de grande relevância para a sociedade, a TV Globo poderia ter produzido o documentário sem mencionar o envolvimento do autor.

Caso o programa *Linha Direta – Justiça* tivesse produzido e transmitido o documentário sem expor o nome do autor, ambos os direitos teriam sido equilibradamente preservados: tanto o direito à liberdade imprensa da TV Globo, como o direito à privacidade do autor.

Ao contrário do caso Aída Curi, onde seria impraticável exibir um documentário do caso, sem mencionar “Aída Curi”, no caso da “Chacina da Candelária”, seria perfeitamente possível exibir um documentário do caso, sem mencionar um indivíduo que teria sido acusado e, posteriormente, absolvido, no caso, o autor. A omissão de tal informação, não traz nenhum prejuízo à emissora, nem à sociedade, mas apenas preserva a privacidade do autor.

Dessa forma, no caso da Chacina da Candelária, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a indenização seria devida, tendo em vista a violação do direito à privacidade e ao esquecimento quando tal violação poderia ter sido perfeitamente evitada, mantendo, assim, a indenização por danos morais ao autor no valor de cinquenta mil reais.

### **3.3 Caso Xuxa Meneghel**

O direito ao esquecimento não se aplica apenas no âmbito penal. O caso aqui analisado está relacionado ao direito civil.

A apresentadora Xuxa Meneghel, no início de sua carreira, atuou no filme “Amor estranho amor”, lançado em 1982, com direção de Walter Hugo Khouri, onde representava a personagem Tamara, que tem relações sexuais com um menino de doze anos<sup>85</sup>.

Anos depois, já conhecida como a “rainha dos baixinhos”, viu-se ofendida moralmente por ter seu nome associado à pedofilia e à pornografia, no motor de buscas do Google.

Por esse motivo, em 2010, a apresentadora entrou com ação de indenização por danos morais c/c obrigação de fazer contra a empresa Google, para que seu nome não fosse mais associado à conteúdos moralmente reprováveis ou a *links* que tivessem qualquer imagem sua sem roupas, pleiteando direito ao esquecimento, no que tange à sua participação, no início da carreira, em filme de conteúdo considerado pedófilo e pornográfico.

Liminarmente, o juízo de 1º grau deferiu o pedido da apresentadora, determinando que o “Réu se abstenha de disponibilizar aos seus usuários, no seu site de buscas Google, quaisquer resultados/links na hipótese de utilização dos critérios de busca ‘Xuxa’, ‘pedófila’, ‘Xuxa Meneghel’, ou qualquer grafia que se assemelhe a estas, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, a contar desta intimação, pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário utilizando-se os critérios acima mencionados. Ainda, DEFIRO o pedido de tutela antecipada para determinar que o Réu deixe de utilizar/disponibilizar imagens da Autora sem vestes e/ou truncadas, independentemente de contexto, no prazo de 48 horas, a contar desta intimação, pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por cada imagem/vídeo disponibilizado ao seu usuário. Cite-se e intímem-se, com urgência, inclusive por fax”<sup>86</sup>.

O Google, inconformado, apresentou recurso, alegando que a decisão liminar violaria os direitos de acesso à informação e da livre manifestação de pensamento. Argumentou, ainda, que seria apenas um motor de busca e não seria responsável pelo conteúdo publicado por outros sites e que, ainda, a liminar não seria

---

<sup>85</sup> As informações sobre o presente caso encontram-se disponíveis no sítio eletrônico: <<http://caixa-de-pandora-oba.blogspot.com.br/2012/07/critica-de-filme-amor-estranho-amor.html>>. Acesso em: 05 set. 2014.

<sup>86</sup> A íntegra da decisão encontra-se disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=17&descMov=Senten%E7a>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

efetiva em realizar o desejo da autora, uma vez que a pesquisa poderia ser realizada através de outros motores de busca disponíveis na rede.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu pelo parcial provimento do recurso e reformou a decisão liminar de primeiro grau<sup>87</sup>: “Agravo de instrumento. Decisão liminar antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional, com caráter eminentemente cautelar. Determinação, à empresa gestora de afamado sítio de buscas na internet, para que deixe de apresentar aos seus usuários qualquer resultado para a hipótese de pesquisas que associem o nome da agravada, célebre apresentadora de programas voltadas ao público infante juvenil, à prática de pedofilia, bem como links de imagens da autora exposta em sua nudez. Análise dos pressupostos à concessão da liminar. Não configuração do periculum in mora para os links de puro texto, considerando a antiguidade e notoriedade dos rumores e comentários quanto à atuação da agravada, mais de dois decênios atrás, em produção cinematográfica dedicada ao público adulto masculino. Configuração desse mesmo perigo, outrossim, quanto às imagens expressamente reputadas ofensivas à honra da agravada, e reproduzidas (em formato reduzido) no próprio sítio do réu, considerando a relativa novidade do uso universal e alargado da internet em nosso país, com a conseqüente facilitação do acesso aos conteúdos que, antes, somente depois de hercúleo esforço poderiam ser encontrados pelas almas mais curiosas. Fumaça do bom direito caracterizada na proteção constitucional ao direito de imagem (CF, art. 5º, V e X). Provimento parcial do recurso para reduzir o escopo da liminar”.

A decisão do TJ/RJ foi recorrida e o caso foi para a Terceira Turma do STJ, através do REsp 1.316.921, que julgou o processo em junho de 2012.

A Turma manteve o posicionamento do TJ/RJ, não atribuindo ao Google o dever de retirar de seu motor de busca os endereços da *web* relacionados ao nome da apresentadora Xuxa e às palavras pedofilia e pornografia ou que contivessem alguma imagem sua nua.

Veja-se ementa do acórdão: “CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS.

---

<sup>87</sup> A íntegra do acórdão encontra-se disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003DCF81DDF307241C236A95A8793B8BD38C7C4025D4B45>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo 'mediante remuneração', contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar *links* onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na *web* onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da

jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido”.

Inconformada, a apresentadora Xuxa Meneghel, mais uma vez recorreu, através da Reclamação nº 15955, buscando reestabelecer a decisão do TJ/RJ e cassar a decisão do STJ.

O advogado da apresentadora alegou que a decisão da terceira turma do STJ teria declarado a inconstitucionalidade de normas federais legais em desacordo com a Súmula Vinculante nº 10 do STF, que diz: “*Súmula Vinculante 10* Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

No entanto, o ministro Celso de Mello, ao julgar a Reclamação 15955, entendeu que a decisão do STJ “não declarou a inconstitucionalidade das normas legais nele examinadas nem afastou, mesmo implicitamente, sua incidência”. Portanto, a decisão do STJ deveria ser mantida.

Assim, em 15/09/2015, a segunda turma do STF, em votação unânime, negou provimento ao recurso da apresentadora.

Nesse caso, portanto, os Tribunais brasileiros entenderam que o direito à informação deve prevalecer e que, se os dados que a autora pretende ocultar estão disponíveis em outros sítios eletrônicos, não cabe ao Google suprimi-los, vez que muitas vezes há interesse público no assunto e o Google oferece apenas um serviço de busca.

### **Considerações finais**

Através do estudo realizado, é possível concluir que o direito à privacidade é uma garantia constitucional na qual o direito ao esquecimento está inserido.

O direito à privacidade e, conseqüentemente, o direito ao esquecimento, são direitos fundamentais do homem e protegem necessidades inerentes a qualquer ser humano, como o direito de estar só ou não ter sua intimidade exposta a outras pessoas, cuja violação é indenizável, conforme prevê o art. 5º, X da CF/88.

No entanto, frequentemente o direito à privacidade das pessoas é desconsiderado pela mídia, que muitas vezes divulga informações pessoais dos indivíduos, sem autorização destes, em nome da liberdade de expressão, que também é um direito protegido pela CF/88 e representa importante conquista da sociedade brasileira, garantindo a liberdade de informação, o direito à informação e a liberdade de imprensa.

O choque do direito à privacidade com a liberdade de expressão enseja a procura do Poder Judiciário para a resolução da controvérsia constitucional, cabendo, portanto, aos juízes, a análise do caso concreto e o balanceamento das duas garantias que estão em jogo.

Assim, princípios como o da proporcionalidade e o da ponderação de valores devem ser aplicados e as decisões devem ser balizadas com critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Permitir que a mídia exponha fatos desabonadores e passados das pessoas, sem qualquer restrição, é impor uma pena de caráter perpétuo, onde os indivíduos podem ser alvos de acusações e constrangimentos diários, sem nunca conseguir superar e voltar ao convívio normal em sociedade.

Por outro lado, assim como o direito à liberdade de imprensa não pode ser absoluto, o direito à privacidade e ao esquecimento também não o é, devendo haver uma análise do caso.

Existem situações onde a informação fornecida pela mídia possui relevante interesse público e histórico, não sendo possível desvincular dados pessoais de indivíduos envolvidos no fato em questão.

Nesses casos, a liberdade de expressão deve ser preservada, não sendo coerente impedir a veiculação das informações ou conceder indenização caso elas já tenham sido veiculadas.

Em contrapartida, existem casos onde é plenamente possível veicular uma informação sem que se exponham dados personalíssimos de determinado indivíduo, uma vez que tais dados não são essenciais à descrição dos fatos, nem acarretam nenhum prejuízo à liberdade de informar e de ser informado.

Assim, se uma emissora de televisão deseja apresentar um documentário, anos depois, a respeito de um crime, deve-se evitar a divulgação de nomes e imagens daqueles, dados que não são fundamentais e indissociáveis da descrição

do ocorrido, exatamente como decidiu o Tribunal Constitucional Alemão, no caso Lebach.

Quando for possível perceber que os canais de telecomunicações poderiam ter evitado a divulgação de informações pessoais não essenciais à informação que se quer prestar, deve-se haver a proibição da divulgação das informações naquilo que ferir a privacidade da pessoa ou, deve-se conceder indenização, no caso de a informação já ter sido veiculada.

É nesse sentido que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça e, espera-se que os precedentes abertos contribuam para a formação de uma mídia consciente, que esteja mais preocupada com a preservação da privacidade das pessoas e que o principal objetivo não seja apenas o sensacionalismo e a audiência.

O direito ao esquecimento, repita-se, deve ser aplicado de acordo com o caso concreto, onde o Poder Judiciário deverá analisar as peculiaridades do caso, de forma a não censurar a imprensa e, ao mesmo tempo, não violar o direito à privacidade do ser humano e dificultar seu processo de superação ou ressocialização.

## Referências

ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2014.

\_\_\_\_\_. República Federal da Alemanha. *Lei de direito autoral em obras de arte e fotografia*. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/KunstUrhG>>. Acesso em: 21 set. 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo 5º, incisos X ao XII. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 111.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. *Portal do Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 17 maio 2014.



\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Portal do Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 17 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Portal do Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 17 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal. Portal do Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 17 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Portal do Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 17 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. *Portal do Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 17 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.316.921*. Brasília, DF, 26 de junho de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.334.097*. Brasília, DF, 23 de maio de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 14 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.335.153*. Brasília, DF, 23 de maio de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 14 jun. 2014.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Revista Eletrônica*, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2014.

CANÁRIO, Pedro. STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. *Consultor Jurídico*, 05 jun.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>> Acesso em: 16 jun. 2014.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- COSTA, Marcos da. *Direito à privacidade*. OAB – SP. São Paulo, 16/10/2007. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2007/10/16/4475/>>. Acesso em: 20 maio 2014.
- DEBORD, Guy. *Sociedade do espetáculo*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/socespetaculo.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
- DRAY, Guilherme Machado. *Direitos de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 113.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre a Constituição da Alemanha*. Disponível em: <[http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas\\_sobre\\_a\\_constituicao\\_da\\_Alemanha.html](http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_a_constituicao_da_Alemanha.html)>. Acesso em: 19 set. 2014.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GOOGLE. *Pedidos de remoção legal*. Disponível em: <[https://support.google.com/legal/contact/lr\\_eudpa?product=websearch#](https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch#)>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.4.
- JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciado aprovado na VI Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2014.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. 2007. 149 f. Orientador: Dr. Marcelo Lima Guerra. Monografia (Especialização em Direito Processual Público) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos individuais: anotações a propósito da obra de Edilson Pereira de Farias. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 18, p.

388, jan. 1997. Disponível em: <[http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=52:colisao-de-direitos-individuais-anotacoes&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74](http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=52:colisao-de-direitos-individuais-anotacoes&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal I – parte geral*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORI, Michele Keiko. *Direito à intimidade versus informática*. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA JUNIOR, Claudomiro Batista de. *Afirmação histórica e jurídica da liberdade de expressão*. Brasília, 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05\\_395.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_395.pdf)>. Acesso em: 24 maio 2014.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2014.

PARLAMENTO EUROPEU/CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. Directiva 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995. *Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:pt:HTML\\_](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:pt:HTML_)>. Acesso em: 23 set. 2014

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na Internet*. Curitiba: Juruá, 2006.

PESSOA, Flávia; CARDOSO, Aline; SOUZA, Roberto. *A Liberdade de expressão e sua deficiente regulamentação no ordenamento jurídico pátrio*. 2012.

Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/liberdade-de-express%C3%A3o-e-sua-deficiente-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-no-ordenamento-jur%C3%ADdico-p%C3%A1trio>>. Acesso em: 20 maio 2014.

PIOVESAN, Flávia. Art. 4º - Os direitos e as liberdades fundamentais na Constituição Brasileira, com alguns ecos no debate constitucional francês – Bertrand Mathieu. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RABINDRANATH, Valentino Aleixo Capelo de Sousa. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra, Coimbra editora, 2011.

RAMOS, Cristina de Melo. *O direito fundamental à intimidade e à vida privada*. Revista Unigranrio, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, 2008. Disponível em:

<<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/195/194>>

Acesso em: 20 maio 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); MIRANDA, Jorge (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. *Consultor Jurídico*, 25 dez. 2013. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento#\\_ftn11](http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento#_ftn11)>. Acesso em: 3 out. 2014.

SANCHEZ, Juan José Bonilla. *Personas y Derechos de la Personalidad*, Madrid : Reus, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCALISI, Antonino. *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*. Milão, Giuffré, 1990.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. Acórdão nº C-131/12. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1)

## AINDA FAZ SENTIDO FALAR, HOJE EM DIA, EM DÉBITO CONJUGAL?

### STILL MAKES SENSE, NOW A DAYS, SPEAK ABOUT CONJUGAL DEBT?

**Maurício Fossen**

Juiz de Direito em São Paulo e  
Mestrando em Direito Civil comparado pela PUC-SP

**Sumário:** Introdução ao tema. 1. A importância do casamento na evolução histórica da família e o regramento dos direitos e deveres a ele inerentes. 2. O débito conjugal no casamento como direito decorrente do dever de coabitação. 3. O débito conjugal como direito da personalidade. 4. Os efeitos jurídicos decorrentes da violação ao débito conjugal. 5. O débito conjugal e a união estável. Conclusões. Referências.

Palavras-chave: Casamento. União estável. Débito conjugal. Direitos da personalidade.

*Keywords: Marriage. Common-law marriage. Conjugal debt. Personality rights.*

Resumo: A falta de comprometimento das novas gerações com o futuro das entidades familiares que estão sendo formadas por elas na atualidade, por colocar em risco esse instituto jurídico tão caro à estruturação de nossa sociedade, demonstra a importância do estudo dos deveres conjugais e, dentre eles, o direito ao débito conjugal – que também alcança as uniões estáveis – como forma de estimular a fidelidade entre os cônjuges/companheiros, a fim de trazer mais estabilidade e equilíbrio ao casamento/união estável, visando assim reduzir os prejuízos ao próprio desenvolvimento de nossa sociedade.

*Abstract: The lack of commitment of the new generations with the future of the families entities that have been constituted for them in these days, due to setting in risk this so important legal institute for the structure of our society, show us the importance of the conjugal duties' studies and, among them, the right of conjugal*

*debt – that reach too the common-law marriage – such as a way of stimulate the faithfulness between spouses/companions, in order to bring more stability and balance to marriage/common-law marriage, aiming to reduce the damages to the development of our society.*

### **Introdução ao tema.**

A evolução que o direito de família tem experimentado no Brasil nas últimas décadas, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, com a positivação em nosso sistema jurídico de novas formas de família e a facilitação dos meios para dissolução do vínculo matrimonial, fez com que os direitos e deveres do casamento passassem a ser encarados de maneira um pouco mais flexível, notadamente quanto as suas consequências por eventuais violações praticadas pelos cônjuges.

Esse comportamento mais liberal por parte do legislador constituiu um reflexo de comportamentos que já existiam em nossa sociedade e que já estavam sendo alertados a tempos pela doutrina, que trazia incessantemente essa preocupação para as discussões acadêmicas e para a prática forense do dia a dia de nossos tribunais, que nem sempre encontravam paradigmas suficientes para dar vazão a esse clamor social.

Tal flexibilização por parte do legislador, no entanto, não implicou no abandono completo de nossa estrutura social; tanto que a família continua, por força de expressa disposição constitucional, a ser a base de nossa sociedade e gozar de especial proteção do Estado (art. 226, “caput” da CF/88), estando preservados, com isso, os valores que ela representa para a manutenção dessa estrutura social.

Tanto é assim que o Código Civil de 2002, visando dar cumprimento àquele comando constitucional, manteve em suas disposições a previsão dos direitos e deveres do casamento (art. 1566), repetindo assim a tradição da legislação anterior (CC/16, art. 231), exatamente para dar uma sustentação legal à criação, desenvolvimento e manutenção dessa estrutura social que sempre se mostrou tão cara e importante para a permanente evolução de nossa sociedade.

Essa visão mais liberal do sistema jurídico, principalmente em relação ao papel da mulher em nossa sociedade contemporânea, decorrente da valorização de sua dignidade humana e de sua condição sujeito de direitos em igualdade de condi-

ções com o homem, dois valores de base constitucional (arts. 1º, III, 3º, I e 5º, “caput” e I, da CF/88), pode parecer, muita vez – talvez influenciado por alguma ideologia de natureza “feminista” exacerbada –, contrastar com esses direitos e deveres que estão na base do casamento e, se não bem equacionado seu alcance e limites, pode gerar a uma aniquilação do edifício jurídico sobre o qual o casamento se sustenta, levando assim a sua extinção; o que, a toda evidência, não foi o objetivo pretendido pelo legislador constituinte originário.

Esse com esse olhar conciliador que este trabalho buscará desenvolver o tema do débito conjugal, como expressão do direito da personalidade, para demonstrar sua atualidade, ainda que suas consequências hoje – principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 13.07.2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal – estejam muito mais afeitas ao campo ético-moral da dignidade do relacionamento entre os cônjuges, do que à seara jurídica propriamente dita.

## **1. A importância do casamento na evolução histórica da família e o regramento dos direitos e deveres a ele inerentes.**

A vida em sociedade sempre registrou, salvo em épocas mais primitivas, a presença da família como substrato de sustentação a partir de onde a humanidade aprendeu a desenvolver seus relacionamentos interpessoais de maneira mais elaborada e civilizada até chegar ao modo como a conhecemos hoje.

E o casamento teve um importante papel no desenvolvimento do instituto da família, principalmente ao dar-lhe uma estrutura mais estável e, com isso, permitir a transmissão de valores para as gerações futuras, preservando e aprimorando assim esse organismo social ao longo da história da humanidade.

O filósofo-social britânico Spencer foi um dos autores que melhor descreveu a evolução social da família, fazendo genericamente referência à quatro fases distintas pelas quais teria passado e que teriam levado a seu aprimoramento no decorrer da história, a saber:

“A primeira fase é a etapa de promiscuidade sexual, na origem histórica da humanidade, apresentando essa fase três tipos de família, como seja, a família consanguínea, a família punalua e a família sindasmaniana. Depois dessa fase inicial de promiscuidade surgiu o matriarcado, onde

houve a predominância social, cultural e econômica da mulher na civilização, e onde os descendentes eram conhecidos pela linha materna e não pela linha paterna, mediante o instituto jurídico do *cognatio*. Em seguida a esse período veio a fase do patriarcado, com a predominância cultural, econômica e profissional do homem, reconhecendo-se os descendentes pela linha paterna, com o correlativo instituto jurídico do *agnatio*. Enfim, com o desenvolvimento e o aprimoramento da instituição familiar surgiu a moderna família monogâmica, hoje em dia com uma relativa igualdade entre o homem e a mulher e uma ampla proteção à descendência, como o tipo de família correspondente a uma fase mais desenvolvida da evolução moral da própria humanidade”.<sup>88</sup>

Além disso, foram detectadas diversas formas de organização das famílias ao longo da história, dentre as quais a sociologia costuma destacar: poligâmica (casamento de um homem com diversas mulheres ou de uma mulher com diversos homens); monogâmica (casamento de um homem com uma mulher); endogâmica (o casamento se processa dentro da própria sociedade doméstica); exogâmica (o casamento é feito com uma pessoa de fora da sociedade doméstica); entre outras.

A família como organismo social minimamente ordenado adotou diversas formas com o passar do tempo, sofrendo influência também da maneira como as civilizações a que estavam vinculadas estabeleciam suas relações sociais e em função da época em que cada uma delas surgiu na história da humanidade.

E a influência religiosa sobre a instituição família, com mais ênfase principalmente a partir da idade média, produziu reflexos que se estenderam até os dias de hoje, notadamente quanto à forma monogâmica de sua constituição e a exigência da fidelidade entre os consortes.

Ainda que influência Católica no mundo tenha perdido paulatinamente sua força com a chegada da modernidade, quando o casamento deixou de ser visto como uma instituição que deveria ser preservada a todo custo, a família manteve seu *status* de base da sociedade, passando então as relações familiares a serem encaradas como um instrumento para que seus membros possam buscar sua felicidade e realização pessoal, sendo então reconhecida a possibilidade de sua dissolução a partir do momento em que o afeto acaba e ela deixa de atender a essas expectativas dos consortes, sendo assim abandonada a característica de indissolubilidade que a distinguiu por tanto tempo.

---

<sup>88</sup> FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 7º V. São Paulo: Saraiva, 1995. P. 340.



Esse conceito contemporâneo de família, no entanto, não prescinde da intervenção estatal; contudo, ela se mostra bem mais reduzida na atualidade, pois hoje se passa a dar maior amplitude e respeito à liberdade e a autonomia da vontade dos consortes do que antigamente, para que eles próprios, com responsabilidade, possam dirigir os caminhos e destinos de suas próprias relações familiares.

Todavia, mesmo com seu campo de atuação bem mais reduzido nos dias de hoje, não é menos certo que, em relação às matérias que ainda lhe são próprias (p. ex.: regras de formação e extinção do casamento, por se tratar de um contrato solene e formal), onde a atuação do Estado precisa se fazer presente em virtude da vulnerabilidade do núcleo familiar e de sua importância social, as regras de Direito de Família apresentam natureza jurídica de normas de ordem pública, daí porque não podem ser revogadas por simples vontade das partes <sup>89</sup>.

É exatamente nesse ponto que nascem os direitos e deveres do casamento, como condições inerentes à sobrevivência e desenvolvimento desse organismo social, visando dar-lhe a devida eficácia e, com isso, possibilitar sua estabilidade e a transmissão dos valores que encerra para as gerações futuras.

Esse, portanto, o ambiente social e jurídico de onde surgiram e no qual se desenvolveram os direitos e deveres do casamento ao longo da história da humanidade até serem positivados no Brasil com o Código Civil de 1916 (art. 231), na esteira do movimento republicano de 15 de novembro de 1889, cuja Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, estabelecia em seu art. 72 que a República recém-instalada somente reconhecia o casamento civil como a única forma legítima de constituição da família <sup>90</sup>, omitindo propositadamente qualquer referência ao casamento religioso, pretendendo com isso quebrar o paradigma do Estado Confessional insculpido no art. 5º da Constituição do Império de 1824 e retirando assim definitivamente o controle eclesial sobre os atos de registro civil em nosso País.

Apesar do casamento religioso com efeitos civis somente ter voltado a ser reconhecido no Brasil com a Constituição de 1934, desde que precedido da respectiva habilitação perante a autoridade competente (art. 146), o fato é que,

---

<sup>89</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família*. V. 6. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 62.

<sup>90</sup> Art. 72, § 4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm). Acessado em: 26.10.2014.

àquela altura, os direitos e deveres do casamento já se encontravam regulamentados pelo Código Civil de 1916, tendo todas as demais constituições que se seguiram remetido sua regulamentação à lei ordinária (no caso, o Código Civil).

A indissolubilidade do casamento, como resquício da influência religiosa na formação cultura de nosso povo, somente foi quebrada com a com a edição da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que alterou a Constituição de 1967/1969, dando nova redação ao parágrafo primeiro, de seu art. 175, acabando assim com aquele dogma que ainda vigorava entre nós (indissolubilidade do casamento), tendo sido regulamentada pela Lei nº 6515, de 26 de dezembro daquele mesmo ano, estabelecendo os casos em que a dissolução da sociedade conjugal e do casamento seriam admitidas, seus efeitos e respectivos procedimentos.

Deve-se ressaltar ainda que a Constituição Federal de 1988 manteve a dissolubilidade do casamento e a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, parágrafo sexto da Constituição Federal, houve mais um evidente avanço no campo do respeito à dignidade da pessoa humana dos consortes, ao estabelecer que o divórcio, independentemente do tempo de casamento, seria a única forma de sua dissolução, afastando, com isso, qualquer possibilidade de discussão das causas ou da culpa pelo rompimento do vínculo conjugal e, dessa forma, preservando não só a intimidade e a vida privada desses indivíduos, mas também afastando a interferência do Estado no âmbito privado dessas relações matrimoniais.

Quanto aos deveres do casamento propriamente ditos, na forma como previsto pelo Código Civil de 1916, uma mudança significativa somente foi verificada após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando, em virtude de disposição constitucional expressa (art. 226, § 5º), seu exercício deveria se dar em igualdade de condições, rompendo assim com a antiga e pouco equânime proeminência da figura masculina nas relações conjugais que vigorava até então.

Com base nesse espírito de igualdade de tratamento entre os cônjuges, o Código Civil de 2002 repetiu em seu art. 1566 basicamente os mesmos direitos e deveres do casamento que estavam previstos na legislação anterior, limitando-se a acrescentar um único inciso (inciso V – respeito e consideração mútuos), com o claro propósito de explicitar aquela ideal de igualdade entre os consortes dentro do

casamento, que já estava declarado no art. 226, § 5º da Constituição Federal de 1988.

Feita assim essa exposição a respeito da finalidade estrutural e de estabilização para a qual os direitos e deveres do casamento foram criados e que mesmo diante de toda a evolução legislativa pela qual passou esse regramento jurídico em nosso país desde a sua positivação inicial no Código Civil de 1916, ele ainda continua em vigor sob a égide do Código Civil atual de 2002, mesmo tendo perdido grande parte de sua força após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, parágrafo sexto da Constituição Federal de 1988, suprimindo assim a possibilidade de discussão da culpa para pôr fim ao vínculo conjugal, pois isso implicou no desaparecimento da figura da separação-sanção em nosso ordenamento jurídico, procuraremos discutir nos capítulos seguintes desta obra a atualidade desse tema, com foco específico, agora, no débito conjugal como um direito da personalidade inerente àquelas pessoas que livre e espontaneamente decidem se unir em casamento, como decorrência natural do dever de coabitação entre os consortes, previsto em nossa legislação.

## **2. O débito conjugal no casamento como direito decorrente do dever de coabitação.**

O débito conjugal, como direito autônomo, não se encontra expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico.

Essa constatação, no entanto, não implica concluir que não se trate de um direito reconhecido pelo sistema jurídico brasileiro em vigor.

Isto porque o débito conjugal constitui uma decorrência natural do dever de coabitação entre os cônjuges dentro do casamento, onde este último possui previsão específica no inciso II, do art. 1566 do Código Civil de 2002.

O conceito etimológico de coabitação, como nos ensinam os léxicos, consiste na união do prefixo “co”, que vem de “com”, que significa “união”, “força”, mas que ao unir-se com “habitação”, perde o “m”; da mesma forma que “habitação”, que possui sentido de “lugar de morada”, perde o “h”, dando origem assim à contração “coabitação”.

Assim, coabitação teria o sentido de convivência “íntima” de duas pessoas, o que faz subentender a existência de relações sexuais entre elas, a fim de demonstrar que não se trata de um mero encontro ocasional para a prática de relações sexuais, pois faltaria aí a intenção de juntas construir ali seu domicílio comum, como também só a convivência sob o mesmo teto não bastaria, pois isso também é encontrado entre outros parentes que dividem a mesma residência, daí porque a expectativa de manutenção de relações sexuais seria um fator distintivo dessa coabitação como dever do casamento.

Ainda que se venha a cogitar de determinadas situações excepcionais em que um ou outro elemento (viver sob o mesmo teto e manutenção de relações sexuais) possa não estar presente – o que se verificaria, por exemplo, quando apesar dos consortes terem estabelecido uma residência comum, por motivo de trabalho, por exemplo, um deles tenha de viajar durante toda a semana para visitar clientes, voltando apenas aos finais de semana para a morada comum ou, de outro lado, na hipótese de uma pessoa bastante idosa e já doente, decidir casar-se pouco antes de sua morte, a fim de não deixar desamparada a companheira que já vive ao seu lado há vários anos, caso em que a expectativa de manutenção de relações sexuais seria praticamente inexistente –, o fato é que, em regra, o dever de coabitação implica numa convivência íntima entre os consortes na morada que escolheram para estabelecer seu domicílio, onde deverão satisfazer reciprocamente o débito conjugal.

Essa a lição que se extrai dos ensinamentos de Orlando Gomes, quando trata dos deveres conjugais:

“A coabitação representa mais do que a simples convivência sob o mesmo teto. E, sobretudo, o jus in corpus in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem. Não só convivência, mas também união carnal. O jus in corpus, de cada cônjuge sobre o outro, implica, no lado passivo, o débito conjugal, que tem de ser cumprido para que a sociedade conjugal se mantenha íntegra. Importa assim a coabitação a permanente satisfação desse débito”.<sup>91</sup>

Álvaro Villaça de Azevedo, de igual forma, inclui a atividade sexual recíproca entre os cônjuges dentro do conceito de coabitação:

---

<sup>91</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 125.

“Coabitação é a imposição legal, de ordem pública, aos cônjuges, de seu relacionamento fisiológico, sexual, recíproco, enquanto durar a convivência no lar conjugal”.<sup>92</sup>

Após alertar que o débito conjugal, apesar de integrar o dever conjugal de coabitação, não é da essência do matrimônio, Maria Helena Diniz afirma que:

“As núpcias instauram entre os cônjuges a vida em comum no domicílio conjugal, pois o matrimônio requer coabitação, e esta, por sua vez, exige comunidade de existência (Código Civil, arts. 1.511 e 1.566, II). A coabitação é o estado de pessoas de sexo diferente (ou do mesmo sexo – Res. CNJ n. 175/2013) que vivem juntas na mesma casa, convivendo sexualmente”.<sup>93</sup>

O débito conjugal é visto como sendo decorrência do dever de coabitação entre os cônjuges também perante a legislação internacional.

Em Portugal, por exemplo, os arts. 1672 e 1673, do Código Civil Português<sup>94</sup>, estabelecem o dever de coabitação na residência familiar, cujo local será escolhida de comum acordo entre os cônjuges, como um dos deveres inerentes ao casamento.

E desse dever de coabitação a doutrina daquele país, como aqui, extrai o dever ao débito conjugal entre os consortes.

Essa a lição que podemos extrair dos ensinamentos de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, quando tratam do dever de coabitação:

<sup>92</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de Coabitação*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 364.

<sup>93</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. Vol. 5. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 148.

<sup>94</sup> ARTIGO 1672º (Deveres dos cônjuges)

Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

ARTIGO 1673º (Residência da família)

1. Os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar.

2. Salvo motivos ponderosos em contrário, os cônjuges devem adoptar a residência da família.

3. Na falta de acordo sobre a fixação ou alteração da residência da família, decidirá o tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges.

(Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11).

(Disponível

em:

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=2101&artigo\\_id=&nid=775&pagina=22&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=2101&artigo_id=&nid=775&pagina=22&tabela=leis&nversao=&so_miolo=). Acessado em: 10.10.2015, às 19:00 hs).

“A palavra tem um sentido próprio e mais amplo no direito matrimonial. ‘Coabitar’ não quer dizer apenas habitar conjuntamente, na mesma casa, ou viver em economia comum, mas viver em comunhão de leito, mesa e habitação (tori, mensae et habitationis).

a) Comunhão de leito

Neste aspecto, o casamento obriga os cônjuges ao chamado ‘débito conjugal’. Já vimos que o casamento implica uma limitação lícita do direito à liberdade sexual, no duplo sentido de que a pessoa casada fica obrigada a ter relações sexuais com o seu cônjuge e a não ter essas relações com terceiros. Note-se que da união de facto não resulta aquela limitação, e que seria nulo, em face do art. 81.º CCiv, o contrato pelo qual uma pessoa se obrigasse a ter relações sexuais com outra, com ou sem remuneração, por tempo indeterminado ou durante certo tempo.

A recusa de consumir o casamento ou de manter relações sexuais com o outro cônjuge constitui violação do dever de coabitação e, como tal, causa de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, se não for justificada por impotência, doença de um ou de outro dos cônjuges, etc. Motivos atinentes à saúde de um dos cônjuges podem justificar, não só que ele não tenha relações sexuais com o outro, mas também que este não tenha relações sexuais com aquele; a imposição de relações sexuais ao cônjuge doente pelo outro cônjuge poderia constituir até uma violação do dever de respeito”.<sup>95</sup>

De igual sentir a lição de Eduardo dos Santos, reconhecendo a influência do direito francês:

“O dever de coabitação obriga os cônjuges a viverem sob o mesmo tecto, sendo o lugar da vida em comum a <residência da família>”.

[...]

Portanto, o dever de coabitação obriga os cônjuges a viverem na mesma casa. Isso não significa que tenham de dormir na mesma cama. O que devem é ter acesso fácil à conjunção carnal.

E, já que a influência francesa é notória na Reforma de 1977, por certo que, cá como em França e em tantas outras legislações, se há-de entender que o dever de coabitação implica uma outra obrigação mais estrita, que é o débito conjugal”.<sup>96</sup>

A legislação civil italiana também trata a coabitação como um dever do casamento<sup>97</sup>, de onde se extrai, de igual forma, o direito ao débito conjugal, como apontado pela doutrina daquele país:

<sup>95</sup> COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família – Introdução ao direito matrimonial*. Vol. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 356.

<sup>96</sup> SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 286-287.

<sup>97</sup> “Art. 143 Diritti e doveri reciproci dei coniugi

Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

“Em outras palavras, parece-nos reconhecer que há um desenvolvimento gradual das situações: a coabitação implica uma certa organização comum; coabitação é também caracterizada pela disponibilidade para ajuda mútua pessoal e, normalmente, por relação sexual; a comunhão espiritual entre os cônjuges comporta também a disposição de reservar ao cônjuge uma posição de parceiro exclusivo de vida e de responder aos principais deveres conjugais, mesmo quando a solidariedade exige sacrifício”. (tradução livre).<sup>98</sup>

O Código Civil Espanhol também prevê o dever de coabitação entre os cônjuges (“dever de viver juntos”), o que também permite desenvolver igual raciocínio perante aquele país.<sup>99</sup>

Demonstrado assim o fundamento jurídico que embasa o débito conjugal, passaremos, no capítulo seguinte, a discorrer sobre o raciocínio a ser desenvolvido para classificá-lo como direito da personalidade.

### **3. O débito conjugal como direito da personalidade.**

Os direitos da personalidade encontram-se delineados nos arts. 11 à 21 do Código Civil de 2002 e apesar de não estarem expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, a doutrina os denomina de direitos fundamentais implícitos, já que ali seriam inseridos por conta da existência de uma cláusula geral e aberta de proteção e promoção da personalidade, consistente no princípio da

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione (Cod. Pen. 570).

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”. (Disponível em: <http://www.ius.unitn.it/cardozo/obiter dictum/codciv/Lib1.htm>. Acessado em: 10.10.2015, às 20:00 hs.).

<sup>98</sup> “In altri termini, ci sembra di ravvisare uno sviluppo graduale delle situazioni: la coabitazione implica una certa organizzazione comune; la convivenza è caratterizzata anche dalla disponibilità al reciproco aiuto personale e, normalmente, da rapporti sessuali; la comunione spirituale tra coniugi comporta anche un animo disposto a riservare al coniuge la posizione di esclusivo compagno di vita ed a rispondere dei principali doveri coniugali, anche quando la solidarietà esiga sacrificio”. (SANTOSUOSSO, Fernando. *Commentario del Codice Civile*. Libro I – Tomo Primo – Titoli I-VI. Torino: UTET – Unione Tipografico Editrice Torinese, 1983. p. 524).

<sup>99</sup> “Artículo 68. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Artículo 69. Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos.

Artículo 70. Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta interés de la familia”. (Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4.htm> Acessado em: 10.10.2015, às 19:15 hs).

dignidade da pessoa humana contido no art. 1º, III c.c. o art. 5º, § 2º, da Carta Magna.

Essa roupagem constitucional dos direitos da personalidade é captada com extrema precisão por Ingo Wolfgang Sarlet:

“Além disso, é preciso registrar que os direitos da personalidade são considerados como constituindo o principal ponto de contato entre o direito constitucional e o direito civil (direito privado), não só, mas também por serem ‘o correspondente privatístico dos direitos pessoais’ previstos nas constituições. Convém enfatizar, neste contexto, que, mesmo no caso de apenas terem sido previstos expressamente na legislação infraconstitucional, os direitos da personalidade seriam direitos materialmente fundamentais, já que radicados na dignidade da pessoa humana e essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade, cuidando-se, nesse sentido, sempre e pelo menos de direitos fundamentais (e, portanto, de matriz constitucional) implícitos”.

[...]

“Muito embora a inexistência, na Constituição Federal, de expressa menção a um direito geral de personalidade, no sentido de uma cláusula geral inclusiva de todas as manifestações particulares da personalidade humana, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm recorrido ao princípio da dignidade da pessoa humana como principal fundamento de um direito (implícito) geral de personalidade no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”.

[...]

“Tal a importância do direito geral da personalidade, especialmente em ordens constitucionais que não dispõem de uma cláusula geral inclusiva em matéria de direitos fundamentais a exemplo da contida no art. 5º, § 2º, da CF, que ele costuma operar como cláusula de abertura a direitos fundamentais não expressamente positivados”.<sup>100</sup>

Mas para que possamos definir o que são direitos da personalidade precisamos, em primeiro lugar, apresentar o que se entende por personalidade perante nosso ordenamento jurídico. E, para tanto, nos socorremos novamente das lições de Maria Helena Diniz, a qual, citando Goffredo Telles Júnior, assim nos diz:

“A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do

---

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 397, 399 e 400.



ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens”.<sup>101</sup>

Assim, conscientes agora de que a personalidade seriam aqueles caracteres próprios da pessoa, podemos definir os direitos a ela inerentes como sendo aqueles direitos indispensáveis que permitem o pleno desenvolvimento das virtudes físicas e psíquicas inatas da pessoa, sem os quais não seria possível concebê-la e que lhe permitem buscar a tutela do Poder Judiciário para defendê-los em juízo.

Apenas para ilustrar a conclusão aqui apresentada a respeito do que seriam os direitos da personalidade, pedimos licença para citar a definição de alguns autores que, com muito mais profundidade, já trataram do tema e, dentre os quais, podemos destacar:

ORLANDO GOMES: “Aqueles direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina a fim de resguardar a sua dignidade”.<sup>102</sup>

GOFFREDO TELLES JR.: “Aqueles direitos da pessoa de defender, com base na norma jurídica, o que lhe é próprio, ou seja, de defender um bem que a natureza lhe deu (identidade, liberdade, sociabilidade, reputação, honra, autoria e etc), de maneira primordial e direta”.<sup>103</sup>

CLÁUDIA HAIDAMUS PERRI: “Aqueles direitos que se destinam a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos demais indivíduos integrantes da sociedade”.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 133.

<sup>102</sup> GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 153.

<sup>103</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. Uma revisão dos conceitos de personalidade, dos direitos da personalidade e do direito do autor. In: *Direito, política, filosofia e poesia: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octogésimo aniversário*. LAFER, Celso; SAMPAIO FERRAZ, Tércio (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1992. p. 585.

<sup>104</sup> PERRI, Cláudia Haidamus. Direito ao Débito Conjugal – Um Direito da Personalidade. In: *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*. MATHIAS COLTRO, Antônio Carlos (Org.). São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 166.

MARIA HELENA DINIZ: “Aqueles direitos que se destinam a proteger um bem inato (dignidade humana) e que possibilitam exigir um comportamento negativo dos outros, mediante sanções, valendo-se o ofendido ou o lesado indireto de ação judicial para tanto”.<sup>105</sup>

Definido assim o que seriam os direitos da personalidade, resta-nos agora entender de que forma o débito conjugal poderia ser considerado como sendo um desses direitos pessoais.

Em primeiro lugar, sendo o débito conjugal o direito que um consorte possui sobre o corpo do outro, podemos incluí-lo na classificação dos direitos da personalidade proposta por Rubens Limongi França<sup>106</sup>, como sendo um direito à integridade física sobre o corpo alheio (esposa), vivo.

Referido autor propõe, em linhas gerais, uma classificação que divide os direitos da personalidade em três grandes grupos, quais sejam:

- Direito à integridade FÍSICA;
- Direito à integridade INTELECTUAL;
- Direito à integridade MORAL.

O primeiro desses grupos (direito à integridade física), que é o que nos interessa, estaria assim subdividido:

- direito à vida e aos alimentos;
- direito sobre o próprio corpo, vivo;
- direito sobre o próprio corpo, morto;
- direito sobre o corpo alheio, vivo;
- direito sobre o corpo alheio, morto;
- direito sobre partes separadas do corpo, vivo;
- direito sobre partes separadas do corpo, morto.

Assim, dentro dessa classificação proposta pelo mencionado doutrinador, o débito conjugal, por se referir a um direito sobre o corpo não do próprio titular desse direito, mas sim ao corpo de seu consorte (alheio), vivo, receberia a classificação apontada acima (direito à integridade física sobre o corpo alheio – da esposa –, vivo).

---

<sup>105</sup> Ob. cit. p. 135 e 153.

<sup>106</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. Direitos Privados da Personalidade. In: *Revista Forense*. Vol. 217. Rio de Janeiro, Jan-Mar-1967.

Mas, mesmo assim, continua a pergunta: por que o débito conjugal seria classificado como um direito da personalidade?

A resposta não é direta, mas decorre do desenvolvimento de um raciocínio bastante lógico.

E o ponto de partida para começar a desenvolver esse raciocínio está no fato de que o objeto dos direitos da personalidade não está na própria pessoa do titular desses direitos, mas sim nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades que se encontram relacionados ao titular desses direitos.

A característica inata da pessoa humana que se encontra na raiz do débito conjugal consiste no fato de que ao atingir a idade adulta, a manutenção de relações sexuais, com certa frequência, constitui uma necessidade fisiológica primária dos seres humanos.

E, respeitadas as convenções sociais vigentes nas mais diferentes sociedades e os padrões mínimos de dignidade e respeito, eles a satisfazem da forma mais ampla possível e assim poderiam continuar por toda a sua idade adulta, uma vez que se trata de uma necessidade inerente aos seres humanos.

Contudo, essas mesmas sociedades, em decorrência de seu processo evolutivo e da necessidade de transmitir os valores sociais e também o patrimônio adquirido ao longo de sua existência, acabaram criando algumas convenções e regras sociais que, bem ou mal, as trouxe até a modernidade.

Dentre essas convenções, como já exposto no início desse trabalho, a formação de casais através do matrimônio foi uma delas e uma das principais regras que permitiu que essa estrutura social se perpetuasse até os dias presentes foi o dever de fidelidade entre seus componentes e a forma monogâmica de união.

Por mais que essas regras de fidelidade e monogamia estejam sendo bastante questionadas nos dias de hoje, há que se reconhecer que atingiram a finalidade a que se destinavam, conferindo assim maior estabilidade a essas relações matrimoniais ao impedir que fossem indiscriminadamente desfeitas.

Todavia, o traço característico das relações matrimoniais formadas através do casamento sempre foi a voluntariedade do ato (consentimento espontâneo), tanto que se isso não se verificasse poderia ser inclusive motivo para seu desfazimento.

Assim, quando duas pessoas decidem se unir em matrimônio, ambas renunciam, de modo voluntário – já que esta união constitui um ato espontâneo – à

possibilidade real e efetiva que possuíam até àquele momento de manterem relações sexuais com quaisquer terceiros, comprometendo-se, também voluntariamente, a satisfazerem essa necessidade de concupiscência, a partir daí, exclusivamente com seu parceiro, em virtude das regras de fidelidade e monogamia que estão na base dessa estrutura social.

Se é assim, o consorte que voluntariamente deu seu consentimento para unir-se em casamento com o outro, passou a gerar neste último a legítima expectativa de que a pessoa com quem estava se unindo iria estar disponível para satisfazer suas necessidades sexuais fisiológicas, já que esta última estava ciente de que ele havia renunciado voluntariamente também – por conta do casamento – a procurar outras parceiras para essas suas necessidades primárias.

É exatamente essa legítima expectativa de que haverá relações sexuais quando as pessoas se unem em casamento, por conta da renúncia tácita que fazem a não procurar terceiros para satisfazer essas necessidades sexuais que torna o débito conjugal um direito da personalidade.

Visando dar um pouco mais de consistência aos argumentos até aqui apresentados, socorremo-nos dos ensinamentos de Álvaro Villaça de Azevedo que explicitou, como poucos, a natureza jurídica do débito conjugal como direito da personalidade:

“Ora, desde que o homem existe, existem com ele as necessidades fisiológicas ao lado das espirituais, dentre as quais o exercício sexual nas malhas do amor, que o sublima”.

[...]

“Neste esquema de vida, vemos que a liberdade sexual dos cônjuges fica restrita ao matrimônio, não podendo inexistir o exercício sexual, sob pena de restar inatendida essa primária necessidade fisiológica, com sérios comprometimentos à estabilidade da família. Daí a importância do direito-dever de coabitação. Um cônjuge tem o direito sobre o corpo do outro e vice-versa, daí os correspondentes deveres de ambos, de cederem seu corpo ao normal atendimento dessas relações íntimas.

É, sem dúvida alguma, portanto, o direito de um cônjuge sobre o corpo do outro um direito da personalidade”.

[...]

“Realmente, se entendemos que o ato sexual, considerado como condição fisiológica, é indispensável ao equilíbrio físico-psíquico do homem, em face do casamento, temos de continuar a admiti-lo, no dever de coabitação, com o mesmo colorido, agora limitado aos cônjuges.

Se um dos esposos falta com a prestação sexual, por recusa ou por impossibilidade, com ou sem culpa, vulnera o direito do outro, colocando em risco o mencionado equilíbrio.

Como vemos, o direito da personalidade de um sobre o corpo do outro é, também, dever da personalidade, e vice-versa, havendo uma reciprocidade de prestação do dever conjugal, cujo cumprimento pode ser exigido e deve ser tolerado".<sup>107</sup>

Portanto, como se vê, consistindo a satisfação do apetite sexual uma necessidade inata do ser humano, o débito conjugal apresenta-se realmente como um direito da personalidade, na medida em que, com a renúncia voluntária que advém do casamento de procurar satisfazer essa concupiscência com terceiros, a fim de realiza-la exclusivamente com o cônjuge, este último, de igual forma, aceita colocar o seu corpo à disposição do companheiro para que a necessidade dele seja satisfeita; de forma que é essa legítima expectativa criada com o casamento que confere ao débito conjugal a condição de direito da personalidade.

Mas se é um direito (direito da personalidade), seria possível ao credor cobrar seu cumprimento? Em outros termos: os efeitos jurídicos decorrentes desse direito da personalidade seriam passíveis de serem exigidos judicialmente?

Isso é o que tentaremos responder no capítulo seguinte, respeitados os limites do presente trabalho.

#### **4. Os efeitos jurídicos decorrentes da violação do débito conjugal.**

Exatamente por se tratar de um direito da personalidade, o débito conjugal não pode ser renunciado ou mesmo ser objeto de disposição por parte de seu titular, pois se trata de uma característica inerente a todos os direitos da personalidade.

Por esta razão, não teria qualquer validade jurídica eventual pacto que viesse a ser firmado entre os cônjuges através do qual um deles, ou mesmo ambos, renunciassem ao exercício do débito conjugal, pois, como direito da personalidade, esse direito não pode, em regra, ser declinado por seu titular.

A respeito da impossibilidade de renúncia aos direitos da personalidade, ensina-nos Adriano de Cupis:

---

<sup>107</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Dever de Coabitação. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Vol. . São Paulo, 1976. p. 364.

“Os direitos da personalidade não podem ser eliminados por vontade do seu titular – é o que costuma exprimir-se geralmente dizendo que os direitos da personalidade são irrenunciáveis”.

[...]

“A faculdade de renúncia está compreendida na faculdade de disposição, entendida no seu mais largo sentido; por isso quando se diz, sem mais, que um direito é indisponível, quer-se significar que ele é também irrenunciável”.

[...]

“Com efeito, o direito não pode existir senão a favor de determinado sujeito, mas a este não é vedado fazer cessar a sua existência.

Pelo que respeito aos direitos da personalidade, além de intransmissíveis, são irrenunciáveis devido ao seu carácter de <essencialidade>. De facto, qualquer valor concreto seria subtraído à personalidade jurídica, se fosse consentido à pessoa pôr fim a tais direitos por acto de vontade. Na verdade, a personalidade jurídica não pode ser esvaziada, por acto de renúncia, da parte mais importante do próprio conteúdo, pois que a norma jurídica, ao atribuir os direitos da personalidade, tem carácter de norma de ordem pública, irrevogável (cfr. art. 31 das preleggi).

Os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular”.<sup>108</sup>

Bastante elucidativas aqui as palavras de Cláudia Haidamus Perri a respeito da insuscetibilidade de renúncia ao exercício do débito conjugal, uma vez que as leis que regulam o casamento, de onde decorre o dever de coabitação, constituem normas de ordem pública, ressalvadas, logicamente, aquelas situações excepcionais de recusa legítima:

“Ao contraírem núpcias, os consortes passam a se submeter às normas legais que regulam o casamento, normas essas que são de ordem pública, vale dizer: os direitos e deveres conjugais são recíprocos, inderrogáveis.

O débito conjugal é um dever pessoal, recíproco, que não pode ser alterado pela vontade dos cônjuges.

Antônio Chaves, citando Henri de Page, assevera que "os deveres recíprocos, advindos do matrimônio, com poucas diferenças, referidos nas generalidades dos Códigos Civis, são obrigações legais de ordem pública, porque toda convenção que lhes seja contrária é fulminada de nulidade absoluta e não pode receber qualquer execução".

Nesse sentido, forçoso concluir que não podem os consortes pretender firmar pacto que contenha normas de conduta a esse respeito. Referido pacto seria nulo de pleno direito, por ser contrário a um dos fins essenciais do matrimônio.

---

<sup>108</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 52-53.

Assim sendo, mister é a ilação de que o débito conjugal é um dever indeclinável, podendo e pode ser exigido a qualquer tempo, salvo os casos de recusa legítima. Alguns doutrinadores pátrios ressaltam algumas hipóteses em que os cônjuges, por algum motivo relevante não têm vida em comum, tal qual teria um casal em circunstâncias normais. Assim são as situações das pessoas enfermas que têm que ficar internadas por longo tempo em hospitais, ou dos prisioneiros que se mantêm na prisão anos a fio, dos viajantes, dentre muitas outras”.<sup>109</sup>

Embora os direitos da personalidade sejam irrenunciáveis, como aqui se viu, isto não significa que o dever ao débito conjugal implique em uma submissão total e incondicional de um cônjuge aos caprichos ou perversidade do outro.

Isto porque nenhum direito, mesmo aqueles referentes à personalidade, deve ser analisado isoladamente, ainda mais quando se tratam de relações familiares que, devido a sua complexidade inerente, envolvendo uma séria de outros direitos, inclusive de igual relevância, que em caso de conflito entre eles exigem a devida ponderação.

É o que se verifica aqui em relação ao direito que o cônjuge possui de exigir o débito conjugal de seu parceiro, que o outro cônjuge a ele deva submeter-se à hora e da forma que ele bem entender, já que esse cônjuge credor do direito ao débito conjugal deve, de igual forma, respeitar os direitos de que seu parceiro é titular, dentre os quais destacam-se: o direito a sua dignidade como ser humano, seus direitos à liberdade sexual e à privacidade, sem falar em seu direito à inviolabilidade de seu próprio corpo.

O casamento, como de resto todas as outras formas de família admitidas por nosso ordenamento jurídico, está baseado no amor e no respeito entre seus componentes, daí porque seria absurdo imaginar-se, nos dias de hoje, poder constranger o companheiro a submeter-se a relações sexuais contra o seu consentimento.

Essa entrega que um dos cônjuges faz de seu corpo ao outro deve ser consentida e espontânea, e ter como fundamento o amor e o afeto que unem aquele casal, sabendo assim que estará satisfazendo aquela necessidade fisiológica do outro e, dessa forma, contribuindo para tornar mais forte e duradoura aquela união entre eles.

---

<sup>109</sup> Ob. cit. p. 174.

Maria Berenice Dias, ao tratar do débito conjugal, deixa clara sua posição contrária à existência de uma obrigação entre os cônjuges de manterem relações sexuais entre si, repudiando assim qualquer forma de domínio de um cônjuge sobre o outro:

“Essa interpretação infringe o princípio constitucional de respeito à dignidade da pessoa, o direito de liberdade e à privacidade, além de afrontar o direito à inviolabilidade do próprio corpo. Não existe sequer a obrigação de se submeter a um beijo, afago ou carícia, quanto mais de se sujeitar a práticas sexuais pelo simples fato de estar casado”.<sup>110</sup>

Se é assim, ou seja, se apesar do débito conjugal ser um direito da personalidade, o cônjuge que dele é credor não pode exigí-lo de seu companheiro, qual seria então a consequência jurídica pelo descumprimento desse dever conjugal pelo cônjuge que dele é devedor?

Até bem pouco tempo atrás, caso um dos consortes se recusasse imotivadamente de cumprir o dever ao débito conjugal, tal comportamento implicaria em violação ao dever conjugal de coabitação, autorizando assim o outro cônjuge a pleitear a separação-sanção, imposto ao seu companheiro inadimplente a culpa pelo fim do relacionamento conjugal, por violação à disposição legal contida no art. 1.566, II do Código Civil.

Contudo, esse quadro jurídico foi profundamente alterado com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, parágrafo sexto da Constituição Federal de 1988, passando a estabelecer que, doravante, o divórcio seria a única forma possível de dissolução do vínculo conjugal, desaparecendo assim de nosso ordenamento jurídico o instituto da separação judicial por não ter sido recepcionado por essa nova ordem constitucional.

O principal mérito dessa alteração constitucional foi suprimir qualquer possibilidade de discussão da culpa para pôr fim ao relacionamento conjugal.

Com isso, prestigiou-se a dignidade da pessoa humana dos cônjuges, aumentando a proteção à intimidade e à vida privada destes últimos, ao não mais permitir a discussão da culpa pelo fim da sociedade conjugal (não se exige mais a indicação da causa de pedir para a dissolução do vínculo matrimonial).

A respeito desse tema, já tivemos a oportunidade de assinalar:

---

<sup>110</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 275.



“A Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal, causou verdadeira revolução no Direito de Família, estabelecendo o Divórcio como única forma de dissolução do casamento, excluindo assim do sistema jurídico brasileiro o instituto da separação judicial, não o recepcionado, pois ao eliminar a discussão da culpa pelo fim do relacionamento familiar, em cumprimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e do respeito à intimidade dos indivíduos, tornou aquele instituto incompatível com a nova ordem jurídica instituída a partir dela, de forma que insistir em sua aplicação, mesmo após a edição do novo Código de Processo Civil, implica em violação a outro princípio constitucional: o da proibição de retrocesso social”.<sup>111</sup>

Desaparecendo assim de nosso ordenamento jurídico a figura da separação-sanção, a violação ao dever de débito conjugal não possui mais a consequência jurídica de possibilitar ao cônjuge credor daquele direito a possibilidade de atribuir culpa a seu consorte pelo fim do relacionamento conjugal por violação ao cumprimento daquele dever do casamento e, com isso, pleitear a separação judicial.

Todavia, sempre estará aberta a via judicial do divórcio para pôr fim ao vínculo conjugal, onde a discussão da culpa não se faz necessária.

Assim, como se vê, ainda que atualmente não se possa mais falar em culpa pelo fim do relacionamento conjugal como fundamento para pleitear a separação-sanção, o dever de coabitação entre os cônjuges não foi relegado a um limbo jurídico, pois continua preservado como um dos deveres do casamento perante nosso ordenamento jurídico e, decorrente daí, o débito conjugal, como legítima expectativa inerente àquelas pessoas que se unem em matrimônio.

Esse “especial dever” do débito conjugal entre os cônjuges – como definem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>112</sup> –, mesmo que não possa mais fundamentar um pedido de separação judicial, continua a apresentar-se imprescindível para trazer a necessária estabilidade e equilíbrio ao casamento, já que a manutenção de relacionamento sexual entre os consortes aumenta a intimidade entre o casal, pois implica em um aprofundamento da afetividade e do

---

<sup>111</sup> FOSSEN, Maurício. O novo CPC implicou em alguma alteração na situação da separação judicial perante o sistema jurídico brasileiro?. In: *Revista IBDFam – Família e Sucessões*. Vol. 10. Belo Horizonte: IBDFam, 2015. p. 39.

<sup>112</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família*. Vol. 6. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300.

amor entre eles, dando-lhes assim a força necessária para, juntos, enfrentarem as dificuldades que certamente advirão no percurso de vida a dois que um dia se dispuseram a enfrentar juntos.

Se, mesmo assim, um dos consortes de recusar imotivadamente a cumprir seu dever ao débito conjugal, esse comportamento terá, sim, consequências jurídicas (embora não mais aquela que autorizava pleitear a separação-sanção), pois poderá ser interpretado como sinal de que aquela desejada estabilidade matrimonial não se faz mais presente, o que permitirá então a qualquer deles pleitear a dissolução do vínculo conjugal através do divórcio, o que se fará sem maiores traumas, pois não haverá necessidade de troca de acusações entre eles para se definir quem foi o culpado pelo fim do relacionamento.

É certo, no entanto, que há diversos registros em nossa jurisprudência – embora não muito recentes – no sentido de que se essa recusa imotivada ao cumprimento do débito conjugal vier a ocorrer logo no início do relacionamento matrimonial, o cônjuge que vier a se sentir frustrado em relação àquela sua legítima expectativa, poderá pleitear a anulação do casamento, utilizando como fundamento de sua pretensão a ocorrência de erro essencial quanto à pessoa do cônjuge.

Nesse sentido, podemos citar, à título de exemplo, as seguintes ementas de acórdãos:

“APELAÇÃO. ANULAÇÃO DE CASAMENTO. ERRO ESSENCIAL EM RELAÇÃO A PESSOA DO CÔNJUGE. OCORRÊNCIA.

A existência de relacionamento sexual entre cônjuges é normal no casamento. É o esperado, o previsível. O sexo dentro do casamento faz parte dos usos e costumes tradicionais em nossa sociedade. Quem casa tem uma lícita, legítima e justa expectativa de que, após o casamento, manterá conjunção carnal com o cônjuge.

Quando o outro cônjuge não tem e nunca teve intenção de manter conjunção carnal após o casamento, mas não informa e nem exterioriza essa intenção antes da celebração do matrimônio, ocorre uma desarrazoada frustração de uma legítima expectativa.

O fato de que o cônjuge desconhecia completamente que, após o casamento, não obteria do outro cônjuge anuência para realização de conjunção carnal demonstra a ocorrência de erro essencial. E isso autoriza a anulação do casamento.

DERAM PROVIMENTO”.

(TJSC, Ap. 70016807315/2006, 8ª Câ. Civ., rel. Des. Rui Portanova, v.u., julg. em 23.11.2006).<sup>113</sup>

“CASAMENTO. ANULAÇÃO. RECUSA AO RELACIONAMENTO SEXUAL. INSUPORTABILIDADE DA CONVIVÊNCIA CONJUGAL. ERRO ESSENCIAL SOBRE A IDENTIDADE PSICOFÍSICA DA CONSORTE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IMAGEM. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE VIDA EM COMUM, CONSIDERAÇÃO E RESPEITO MÚTOS.

A recusa permanente ao relacionamento sexual, após as núpcias e durante o prazo expressivo, revela desconhecimento sobre a identidade psicofísica do outro cônjuge, tornando insuportável o convívio conjugal. A reiteração da conduta, de forma imotivada, viola deveres de coabitação e consideração com o consorte, afetando o princípio solar da dignidade da pessoa humana e de sua imagem.

APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA, PARA DECRETAR A ANULAÇÃO DO CASAMENTO”.

(TJSC, Ap. 70010485381/2005, 7ª Câ. Civ., rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, m.u., julg. em 13.07.2005).<sup>114</sup>

Como se viu, os efeitos jurídicos decorrentes do débito conjugal apresentam-se bem mais limitados atualmente quanto ao casamento.

Mas se tanto o casamento como as demais entidades familiares são merecedoras da mesma dignidade – como já declarou o Supremo Tribunal Federal – seria possível falar-se em direito ao débito conjugal também em relação à união estável?

Este será o objetivo a ser desenvolvido no próximo capítulo.

## 5. O débito conjugal e a união estável.

A família que até outubro de 1988 era vista como uma instituição que deveria ser preservada a qualquer custo ("entidade monolítica"), deixa de ser considerada um fim em si mesma e passa a ser interpretada através de uma visão

<sup>113</sup>

Disponível

em:

“[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70016807315&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70016807315&as_q=+#main_res_juris)”. Acessado em: 12.10.2015, às 10:50 hs.

<sup>114</sup>

Disponível

em:

“[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=juris &as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70010485381&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=juris &as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70010485381&as_q=+#main_res_juris)”. Acessado em: 12.10.2015, às 11:00 hs.

filosófica-eudemonista, como um instrumento para permitir, a cada um de seus membros, a realização de seus projetos pessoais de vida, onde os princípios constitucionais de direitos fundamentais ...*passam a funcionar como instrumentos concretizadores do bem-estar social...* .<sup>115</sup>

Com essa mudança de paradigma em relação à família inaugurado a partir de 1988, o casamento perde sua posição de exclusividade e são autorizadas outras formas de constituição da família, consistentes na união estável entre homem e mulher (art. 226, parágrafo terceiro) e a família monoparental (art. 226, parágrafo quarto).

A primeira delas (união estável), que até o advento da Constituição era denominada informalmente de *concubinato*, foi então alçada à condição de entidade familiar e, embora não tenha sido fixado prazo (acertadamente) para que fosse reconhecida sua existência, estabeleceu posteriormente o legislador infraconstitucional alguns requisitos objetivos para sua caracterização, como a estabilidade do relacionamento e a sua notoriedade pública, como também o liame subjetivo da intenção de constituição de família (art. 1723 do Código Civil).

Já as famílias monoparentais são aqueles núcleos familiares formados por um dos pais e seus filhos (naturais ou adotivos), sendo responsável exclusivo por estes últimos, seja em virtude da dissolução de anterior vínculo familiar ou da morte do outro genitor ou ainda quando este for desconhecido, sendo que, até hoje, a legislação infraconstitucional nada regulamentou a respeito desse tema.

A par dessas previsões legislativas, a jurisprudência acabou reconhecendo a união estável homoafetiva como entidade familiar, como se viu no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das Ações Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF e de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ, no ano de 2.011.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. Um Olhar Revisionista sobre a Legislação Infraconstitucional de Família. In: *Superior Tribunal de Justiça - Doutrina - Edição Comemorativa - 25 anos*. Brasília: Imprensa Oficial, Abril/2014. P. 59.

<sup>116</sup> “4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”.

A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da

E apesar das opiniões em contrário, não se vislumbra qualquer hierarquia entre todas essas formas de entidades familiares, uma vez que a previsão contida no parágrafo terceiro, do art. 226 da Constituição Federal configura, na verdade, apenas um comando ao legislador infraconstitucional para que remova todo e qualquer obstáculo para que os companheiros que vivem em união estável possam, se assim o desejarem, convolar em casamento aquela relação familiar que já existe entre eles.

Portanto, como adverte Rolf Madaleno, a *...união estável não concorre com o casamento, como uma forma 'superior' ou 'inferior' de entidade familiar, mas representa, sim, apenas mais uma opção a ser tomada...*<sup>117</sup>.

Admitir o contrário simplesmente porque a palavra *casamento* aparece antes que as demais formas de entidades familiares nas disposições do art. 226 da Constituição Federal configuraria extremo apego à interpretação literal daquela norma, em detrimento da interpretação sistemática e em conformidade com o restante do texto constitucional, notadamente quanto aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e principalmente da igualdade (art. 5º, inciso I), cujo desdobramento imediato é a proibição de qualquer espécie de preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra natureza (art. 3º, inciso IV e 5º, “caput”), que fundamentam o nosso Estado Democrático de Direito.

Se é assim, ou seja, se a união estável é merecedora de igual dignidade dispensada ao casamento, nada mais lógico do que se reconhecer aos companheiros o direito da personalidade ao débito conjugal, tal como se verifica em relação aos cônjuges, posto que, tanto aqui, como lá, quando as pessoas decidem

---

Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>). Acessado em: 08/12/2014, às 10:46hs).

<sup>117</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28.

livremente se unirem para formarem estas entidades familiares, elas estão renunciando à possibilidade que teriam de satisfazer suas necessidades fisiológicas sexuais com quaisquer terceiros para passarem a manter esses relacionamentos íntimos exclusivamente com aquele parceiro que escolheram para constituírem aquele relacionamento amoroso duradouro.

Se no casamento essa exclusividade de relacionamentos sexuais entre os cônjuges decorre do dever de fidelidade, previsto no art. 1566, I, do Código Civil, na união estável esse dever é ainda mais abrangente, pois aqui o Diploma Substantivo faz referência ao dever de lealdade que, por ser gênero em relação à espécie fidelidade, apresenta-se com um espectro de abrangência muito maior.

Esse o entendimento que tem prevalecido perante a doutrina pátria, como demonstra a lição de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ao comentarem o art. 1.724 do Código Civil:

“O dispositivo ora sob estudo trata dos direitos e deveres existentes entre os companheiros, ou seja, dos efeitos pessoais decorrentes da união estável, que muito se aproximam dos previstos para os cônjuges (v. art. 1.566).

O primeiro deles é o dever de lealdade, que deve ser confrontado com o dever de fidelidade recíproca, exigido dos cônjuges. Existem duas correntes sobre o tema, havendo alguns doutrinadores que não entendem ser a fidelidade pertinente quando se está diante de união estável, a qual demanda lealdade entre os companheiros, mais ampla do que a primeira. Para outros, é cabível o dever de fidelidade, justamente por estar compreendido no dever de respeito e ser dele decorrente, além de estar em consonância com o princípio da monogamia.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (Comentários, p. 101), ‘Fidelidade é uma espécie do gênero lealdade. Impõe-se como dever dos companheiros em atendimento ao princípio jurídico da monogamia, que, por sua vez, funciona como um ponto-chave das conexões morais’.

[...]

“Por seu turno, Zeno Veloso (Código Civil Comentado, XVII, p. 219) entende que: ‘O dever de lealdade implica franqueza, consideração, sinceridade, informação, e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural’.<sup>118</sup>

A jurisprudência de nossos tribunais também tem se posicionado nesse mesmo sentido:

---

<sup>118</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 435-436.

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96”.

[...]

“3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.

4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.

5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade”.

(REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014).<sup>119</sup>

Assim, essa renúncia que também se verifica em relação à união estável, já que aqui também vigora o dever de fidelidade entre os companheiros, faz nascer para eles a legítima expectativa de que seu parceiro irá se colocar disponível para satisfazer aquelas suas necessidades mais íntimas, evitando assim colocar em risco a estabilidade e o equilíbrio daquela união estável formada entre eles, pois, dessa forma, não verá interesse em procurar outros parceiros fora daquela união para satisfazer aquela sua necessidade fisiológica.

Essa legítima expectativa à disponibilidade do parceiro para a manutenção de relações sexuais, que também se verifica em relação às pessoas que se unem para formar uma união estável, tal qual no casamento, é que faz nascer, também aqui, o direito ao débito conjugal, como direito da personalidade.

<sup>119</sup>

Disponível

em:

“[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1318949&num\\_registro=201200709101&data=20140625&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1318949&num_registro=201200709101&data=20140625&formato=PDF)”. Acessado em: 11.10.2015, às 23:00 hs.

E a consequência jurídica pela violação imotivada desse dever ao débito conjugal pelos companheiros consiste – tal como se verifica em relação ao casamento, principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, parágrafo sexto da Constituição Federal de 1988, passando a estabelecer que o divórcio seria a única forma possível de dissolução do vínculo conjugal, extirpando assim de nosso ordenamento jurídico a figura da separação judicial – tão somente em gerar uma frustração ao exercício de um direito que era legitimamente esperado pelo outro companheiro, podendo acarretar assim um tal desequilíbrio e instabilidade àquela união estável, que qualquer um dos companheiros poderá perder o interesse daquele relacionamento e pleitear a sua dissolução, o que se fará sem maiores traumas, pois aqui, como no divórcio, não há necessidade de troca de acusações entre eles para se definir quem foi o culpado pelo fim do relacionamento.

### **Conclusões.**

Nos dias que correm, a visão tradicional família foi perdendo paulatinamente seu espaço, tanto que, como aqui demonstrado, o casamento deixou de ser a única forma legítima para a sua constituição, já não se falando mais sequer em família, mas em entidades familiares, com direito a igual dignidade, como é o caso da união estável hetero e homoafetivas, da família monoparental e de outras que ainda podem surgir com o passar do tempo.

Todas essas mudanças podem criar para as gerações mais novas a impressão de que a formação dessas entidades familiares seria uma mera reunião ocasional de duas pessoas que, diante da primeira discordância entre seus componentes ou mesmo ao enfrentar qualquer deles alguma dificuldade, isso já seria motivo suficiente para pôr fim àquele relacionamento, sem qualquer outro compromisso mais profundo, mesmo que desse relacionamento tenham surgidos filhos.

É exatamente diante desse novo quadro social que enfrentamos na atualidade que o resgate dos valores que dão embasamento à família, como organismo social necessário para o bom desenvolvimento de nossa sociedade – tanto que a Constituição Federal de 1988 dela cuidou expressamente em um



capítulo próprio (Capítulo VII, do Título VIII), a quem atribuiu especial proteção do Estado, tamanha sua importância – se faz ainda mais imprescindível.

Dentre essas características que valorizam a família e a colocam em lugar de proeminência na estrutura de nossa sociedade, o direito ao débito conjugal se apresenta com especial destaque – ainda que eventual violação a esse dever do casamento não possa mais, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, parágrafo sexto da Constituição Federal de 1988, ser atribuído como culpa para dar ensejo à utilização da separação-sanção, já que esse instituto jurídico não mais existe em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a dissolução do vínculo matrimonial só se dá, agora, através do divórcio, independentemente da culpa – pois ressalta a importância da fidelidade conjugal entre os cônjuges, com extensão evidente aos companheiros na união estável, já que a abertura dos cônjuges/companheiros para se colocarem à disposição do outro para manutenção de relações sexuais, além de atender ao direito da personalidade do outro quanto à satisfação daquela sua necessidade fisiológica – com o que o cônjuge/companheiro concordou quando, livremente, a aceitou constituir aquela entidade familiar – também contribuiu para o fortalecimento desse relacionamento e a intimidade entre eles, pois aplaca consideravelmente a possibilidade do outro ir buscar a satisfação daquela sua concupiscência com alguém de fora daquele casamento/união estável, aumentando assim o tão desejado equilíbrio e estabilidade desse relacionamento afetivo.

A volatilidade e a pouca profundidade dos relacionamentos amorosos nos dias de hoje caminham exatamente em sentido contrário, daí a importância do estudo aqui realizado a respeito da atualidade do débito conjugal, de plena e ainda vigente aplicação em nosso ordenamento jurídico, como instrumento necessário para conscientizar essas gerações mais novas quanto aos riscos que o descumprimento desse dever conjugal – que também se estende às uniões estáveis – pode acarretar à estabilidade e ao equilíbrio das entidades familiares que estão sendo inauguradas por elas nesses nossos dias e as consequências que isso pode acarretar, no futuro, para o hígido desenvolvimento de nossa sociedade.

#### **Referências:**

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de Coabitação*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Um Olhar Revisionista sobre a Legislação Infraconstitucional de Família*. In: Superior Tribunal de Justiça - Doutrina - Edição Comemorativa - 25 anos. Brasília: Imprensa Oficial, Abril/2014.

BRASIL. Palácio do Planalto. Acessível em: <https://www.planalto.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acessível em: <https://www.stj.jus.br/>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acessível em: <https://www.tjrs.jus.br/>

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família – Introdução ao direito matrimonial*. Vol. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. Vol. 5. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESPANHA. Universitat de Girona. Acessível em: <http://civil.udg.es/>

FOSSÉN, Maurício. O novo CPC implicou em alguma alteração na situação da separação judicial perante o sistema jurídico brasileiro?. In: *Revista IBDFam – Família e Sucessões*. Vol. 10. Belo Horizonte: IBDFam, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família*. Vol. 6. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ITÁLIA. Università Degli Studi di Trento. Acessível em: <http://www.jus.unitn.it/>

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Direitos Privados da Personalidade*. In: Revista Forense. Vol. 217. Rio de Janeiro, Jan-Mar-1967.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERRI, Cláudia Haidamus. Direito ao Débito Conjugal – Um Direito da Personalidade. In: *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*. MATHIAS COLTRO, Antônio Carlos (Org.). São Paulo: Celso Bastos, 2000.

PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Acessível em: <https://www.pgdlisboa.pt/home.php>

SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

SANTOSUOSSO, Fernando. *Commentario del Codice Civile*. Libro I – Tomo Primo – Titoli I-VI. Torino: UTET – Unione Tipografico Editrice Torinese, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2014.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Uma revisão dos conceitos de personalidade, dos direitos da personalidade e do direito do autor*. In: Direito, política, filosofia e poesia: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octogésimo aniversário. LAFER, Celso; SAMPAIO FERRAZ, Tércio (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1992.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de.  
*Código Civil Interpretado*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

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

Ano 3 • vol. 9 • jul.-set. / 2016

**DOCTRINA ESTRANGEIRA**

## ALGUNS DESAFIOS NA PRÁTICA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR<sup>120</sup>

### SOME CHALLENGES IN THE FAMILIAR MEDIATION PRATICE

**Rossana Martingo Cruz**

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Assistente convidada na Escola da Direito da Universidade do Minho e  
na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

**Sumário:** a) Notas iniciais; b) Quem pode participar na mediação familiar? c) Mediação Familiar e violência doméstica – uma (im)possibilidade? d) A destrição entre mediação familiar e a terapia familiar – a tentação de «reconciliar»; e) Conclusão; f) Bibliografia citada

Palavras-chave: mediação familiar; violência doméstica; responsabilidades parentais; audição da criança; terapia familiar.

Resumo: A mediação familiar é o meio de resolução alternativa de litígios de âmbito privilegiado na esfera dos conflitos familiares. Estes são dotados de características emocionais próprias que os tornam mais adequados a outra sede que não a judicial. E, ao mesmo tempo, são de uma complexidade humana que obriga a uma perspetiva diferenciadora no contexto da mediação.

É certo que nem todos os dissídios familiares serão *mediáveis*, mantendo o foro jurisdicional tradicional toda a sua atualidade e pertinência. De todo o modo, cada vez mais se vislumbram as vantagens de um método auto compositivo, na busca de uma solução que responda aos interesses e anseios daqueles que, outrora, partilharam uma outra dinâmica, numa vivência de proximidade.

---

<sup>120</sup> Este texto corresponde à comunicação intitulada «Desafios na prática da Mediação Familiar:– da participação de terceiros, à violência doméstica e à sua destrição da terapia familiar» apresentada no I Congreso Iberoamericano sobre nuevos desafios jurídicos – I Cibenjur, que teve lugar na Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), nos dias 29 e 30 de Outubro de 2015.

A mediação familiar existirá para dirimir os conflitos decorrentes da família (sem prejuízo da dificuldade doutrinal que advém da delimitação de «família» e que nos absteremos de analisar). No entanto, a forma mais comum de mediação familiar, em Portugal, ainda é aquela que é usada pelos cônjuges aquando a falência do casamento, ou seja, no entorno do divórcio. É nesta mediação familiar, em sentido estrito, que nos debruçaremos e sobre a qual levantaremos algumas questões práticas com as quais a mediação familiar se tem debatido.

Uma destes desafios será o de determinar, em cada caso, se terceiros (que não as partes diretamente envolvidas no dissídio) poderão participar e ser ouvidos em sede de mediação familiar. Da problemática do acompanhamento pelo advogado das partes, à participação dos filhos menores, bem como a audição de outros intervenientes.

Também se questiona se um casal que passou por episódios de violência doméstica poderá ser elegível para a mediação familiar. Os autores e práticos da mediação parecem não ter a mesma posição sobre este assunto. Algumas delimitações concetuais serão necessárias neste âmbito para que se alcance o que se pode entender por situações «de» violência doméstica e situações «com» violência doméstica e se tal interessará no contexto da mediação.

Por outro lado, não raras vezes, existirá a tentação, por parte do mediador, de «tratar» o conflito, reconciliando os mediados. Ora, o papel do mediador estará a jusante do conflito, na medida em que o deve aceitar e trabalhar no sentido de minimizar as suas consequências, apelando a um diálogo cordial entre as partes. Entendemos que uma postura que vá mais além estará a desvirtuar a mediação e a cruzar caminhos com a terapia familiar, sobrepondo-se a esta.

Estas são algumas problemáticas que surgem associadas à mediação familiar e que merecem uma discussão jurídica, atendendo à sua premência. A mediação familiar para evoluir e ser vista como uma verdadeira alternativa não deve recear expor as suas fragilidades, pois é do debate de ideias que a mesma se pode nutrir e desenvolver.

#### **a) *Notas iniciais***

A mediação familiar, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, tem tido uma aplicabilidade cada vez maior na busca de consenso nos conflitos

familiares. Estes têm uma configuração própria quando comparados com os outros litígios que assomam nos tribunais. Desde logo, existe uma componente emocional que terá de ser gerida, a par do teor jurídico-legal aplicável. A especificidade da realidade familiar torna o Direito da Família um ramo do Direito em constante mutação (para acompanhar a evolução social) e obriga a que os palcos onde as contendas familiares se apresentam também sejam capazes de lidar com o contínuo desenvolvimento. É neste contexto, da procura incessante de melhores soluções para as crises familiares, que surge a mediação familiar. Esta, embora não seja a solução para todos os problemas que derivam da família, torna-se um meio adequado para uma larga maioria dos problemas familiares.

Como tal, analisaremos somente algumas questões satélite que oneram a mediação familiar e que, por vezes, tornam a sua aplicabilidade dúbia quer para as partes como para os próprios profissionais do sistema integrado da Justiça. Este texto surge na senda dessas problemáticas que merecem destaque e debate. Não se analisará a mediação familiar enquanto meio de resolução alternativa de litígios (RAL), até porque este estudo está para lá dessa consideração. Parte-se do princípio que a mediação é adquirida como um meio complementar de justiça e ousa-se descortinar aspetos no seu entorno com que a prática se tem deparado.

Será importante esclarecer quem, além dos mediados e do mediador, poderá participar ativamente nas sessões de mediação. Podem os advogados comparecer nas sessões de mediação ou tal desvirtuará o carácter informal da mediação? Podem os filhos menores expressar a sua perspetiva na mediação dos seus progenitores? Podem os avós dos menores ingressar na mediação para regular o seu próprio direito de visita? Estas são algumas das questões que merecem alguma reflexão.

Por vezes, a escalada do conflito familiar atinge picos vertiginosos. Quando o fosso relacional atinge o seu limite, máxime, no caso da existência de violência doméstica entre as partes, será a mediação aceitável e aconselhável? Os autores dividem-se quanto a esta análise, sendo um ponto controvertido na prática internacional da mediação familiar.

Ao mesmo tempo, o contorno eminentemente emocional do conflito familiar pode tornar dúbia a índole da mediação familiar. Há o perigo do teor jurídico se esbater numa componente psicossociológica, integradora da terapia familiar. A opacidade que possa existir entre a mediação familiar e a terapia familiar deve ser



esclarecida para que realidades igualmente importantes não se sobreponham, atropelando-se na sua missão.

A análise destes pontos, fomentando a sua discussão e debate, visa fortalecer a mediação familiar, mostrando-a como um derradeiro meio complementar de Justiça.

### **b) *Quem pode participar na Mediação Familiar?***

A delimitação dos intervenientes na mediação familiar revela-se uma temática de alguma importância, tanta mais, quanto maior for o recurso a este meio de resolução alternativa de litígios nos mais variados contextos familiares. Infelizmente, a mediação familiar ainda é vista, em Portugal, numa perspetiva limitada às consequências do divórcio. Apesar de ser, somente, uma das vertentes possíveis da mesma, não se ignora que foi a pensar nesta realidade de eclipse conjugal que ela surgiu e que é aí que ainda tem uma maior expressão e aplicabilidade.

Vejamos, então, quem poderá participar na mediação familiar.

Em regra, são consideradas partes na mediação, os diretos intervenientes no conflito, ou seja, no caso da mediação familiar em sentido restrito<sup>121</sup>, os cônjuges. O mediador será o elemento ‘desbloqueador’ do diálogo e o restaurador do mesmo, não sendo passível de ser considerado, propriamente, parte no litígio.

Apesar da presença e intervenção das partes diretamente envolvidas no dissídio e do mediador, podem também participar outros elementos nas sessões de mediação, ainda que não sejam considerados partes da mesma. A participação de terceiros terá de ser devidamente ponderada pelo mediador e pelas partes, aferindo-se a bonomia da sua oportunidade.

Aliás, não raras vezes, pode o mediador aconselhar a presença de determinada pessoa nas sessões. Importará, contudo, que as partes não se oponham a tal sugestão. Caso alguma das partes se oponha, a participação de um terceiro será, naturalmente, contraindicada, na medida em que a mediação deve revestir sempre voluntariedade e consensualidade. A presença indesejada de

---

<sup>121</sup> Aquela que surge em consequência do divórcio ou no seu entorno.

outrem, por alguma das partes, quebrará a relação de confiança com o mediador e exacerbará a conflituosidade entre os intervenientes diretos no conflito.

Vários são os possíveis participantes nas sessões de mediação. Desde técnicos especializados (por exemplo, psicólogos), a diferentes familiares ou conviventes, aos mandatários das partes, aos filhos e profissionais que lidem com estes no dia-a-dia (professores, educadores, pedopsiquiatras, etc).

Destes *participantes indiretos*, os que mais se evidenciam são, naturalmente, os filhos (mormente, quando estamos a falar de mediação familiar que respeite à regulação das responsabilidades parentais ou ao divórcio ou separação dos seus pais). Nestas situações, parte considerável do teor das sessões de mediação versará sobre os filhos menores.

A participação dos filhos menores nas sessões de mediação tem acolhimento em várias disposições legais e irá de encontro ao superior interesse da criança, princípio transversal na ótica 'filiocêntrica' que nos rege nesta matéria<sup>122</sup>. Aliás, o contributo que os filhos menores podem trazer para a mediação pode, até, revelar-se essencial na busca do acordo, pois a sua perspetiva pode ajudar na busca dos verdadeiros interesses, desbloqueando as posições que os pais tantas vezes adotam.

Em regra, os menores não participam nas sessões de mediação. Tal não significa que não possam participar se se entender que tal não lhes traz qualquer prejuízo (naturalmente, o superior interesse da criança é um princípio fundamental que caberá também ao mediador zelar) e que pode trazer benefícios para a contenda<sup>123</sup>. Os progenitores terão de consentir expressamente este envolvimento (trata-se de uma questão de particular importância sobre a qual não se presume o acordo<sup>124</sup>).

---

<sup>122</sup> «Los niños que han vivido una ruptura familiar tienen – sin duda, y sobre todo si el proceso no ha sido tratado adecuadamente – serios motivos para experimentar desajustes personales. Se deduce fácilmente la gran importancia de preservar el entorno familiar.» GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 201.

<sup>123</sup> «Los beneficios de la mediación repercutirán en la futura generación. En efecto, al evitar que el hijo esté en el centro de un conflicto que no es el suyo, al no ser utilizado como una baza, se le permite abordar con más serenidad, llegado el momento, su propia conyugalidad y su papel de progenitor, en su caso.» GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación familiar. Prevención... ob. cit.*, pág. 204

<sup>124</sup> Consultar, artigos 1901.º, 1902.º e 1906.º do Código Civil Português.

DANIEL URRIOL defende a presença dos filhos numa fase adiantada das sessões de mediação, aquando a discussão dos aspetos que lhes digam respeito, mas não no início desta discussão<sup>125</sup>.

Nem todos os autores entendem que a participação dos filhos nas sessões de mediação traz benefícios, pois não é uma atuação isenta de perigos<sup>126</sup>.

É certo que os menores terão direito a ser ouvidos, de acordo com a sua maturidade, nas decisões que lhes digam respeito<sup>127</sup>. Várias são as normas que positivam esta obrigação. Vejamos, desde logo, o artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança quando estabelece que os Estados *garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade* (n.º1). Tal não significará que o menor terá de ser diretamente ouvido, podendo sê-lo através de técnicos com formação adequada<sup>128</sup>.

Também o artigo 1878.º do Código Civil estabelece que os pais devem ter em conta a opinião dos filhos nos assuntos familiares e reconhecer-lhes autonomia na organização da sua própria vida, de acordo com a sua maturidade (n.º2). O artigo 5.º do recente Regime Geral do Processo Tutelar Cível<sup>129</sup> também assegura que a criança tem o direito de ser ouvida e a sua opinião tida em conta<sup>130</sup> pelas autoridades judiciais.

---

<sup>125</sup> Cfr. ELIÇABE URRIOL, Daniel, *Ensayo: Mediación Familiar Interdisciplinaria*, Madrid, 1995, pág. 71.

<sup>126</sup> *There is no unanimity of practice as to involving children directly in the mediation process.* BROWN, Henry j. e MARRIOT, Arthur L., *ADR principles and practice*, London, Thomson, 2005, pág. 237.

<sup>127</sup> Pois, «(...) as responsabilidades parentais não anulam o poder de autodeterminação da criança, que deve ser reconhecido pelos pais em função da maturidade do filho (cf. Art. 1878.º, n.º 2, do Código Civil). Isto é, na relação com os pais, a sua faculdade de autodeterminação intensifica-se à medida que vai crescendo e apresentando um desenvolvimento cada vez maior das suas faculdades.» .» PINHEIRO, Jorge Duarte, «A tutela da personalidade da criança na relação com os pais» in *Revista Scientia Iuridica* Maio/Agosto 2015, Tomo LXIV, Número 338, pág. 260. Consultar ainda, a este propósito, MARTINS, Rosa, «Responsabilidades Parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais», in *Lex Familiae*, n.º 10, 2008, págs. 37 e seguintes.

<sup>128</sup> Neste sentido, n.º 2 do art. 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>129</sup> Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro.

<sup>130</sup> Não sendo, por isso, vinculativa. A vinculação aqui é ao primado do superior interesse da criança que poderá até não coincidir coma opinião verbalizada pela criança. Caberá aferir se existe congruência entre o superior interesse do menor e a opinião que esta manifesta.

Ora, se em sede judicial o menor terá o direito de expor a sua opinião, por maioria de razão, também o poderá fazer no âmbito da mediação familiar<sup>131</sup>. Pois, nas situações de regulação das responsabilidades parentais, os pais estarão a decidir questões que influem de forma direta na vida dos menores<sup>132</sup>. A perceção da opinião destes num ambiente informal (quando comparado com a sede judicial) será uma mais-valia a ter em conta<sup>133</sup>.

Porém, será necessário ter cuidado com a forma como intervêm os filhos<sup>134</sup>. Não se poderá cair na tentação de transferir a responsabilidade da decisão (no caso da mediação, do acordo). O menor não pode sentir que está a decidir ou a escolher, apenas estará a dar um vislumbre da sua perspetiva para que a ótica e o foco da atenção dos mediados tenha esse ponto de vista em consideração.

Poderá ser aconselhável recolher a técnicos especializados que saibam como colocar as questões (pois, perguntas podem condicionar respostas e questões

---

<sup>131</sup> Algumas leis de mediação familiar das regiões autónomas de Espanha (leis 'autonómicas') acautelam expressamente a possibilidade de participação dos filhos, designadamente a Lei da Região da Catalunha quando dispõe: «*Pueden intervenir en un procedimiento de mediación e instarlo las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación. 2. Los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora.*» (art. 4.º- Ley 15/2009, de 22 de julio).

<sup>132</sup> «*Há uma área essencial, intangível, do direito da personalidade e uma área essencial, intangível, do direito da filiação. A condição jurídica da criança na relação com os pais deve ser traçada de modo a que ambas as áreas sejam asseguradas, exprimindo o resultado do equilíbrio entre elas.*» PINHEIRO, Jorge Duarte, «*A tutela da personalidade da criança... ob. cit.*», pág. 256.

<sup>133</sup> «*Concluyendo: 1) El menor ha de ser entendido como parte preferente, siempre, en la mediación familiar. 2) Las partes en conflicto deben de integrar en el proceso mediador a los menores para atender, del mejor modo posible, sus intereses. 3) La parte mediadora tiene como principal labor, en el ejercicio de su profesión, el cumplimiento de vigilancia y reconocimiento de los derechos del menor, a preservar en cualquier caso. 4) El menor debe participar en el diálogo que supone un procedimiento mediador - ateniendo-se a su edad y madurez – y en la búsqueda de las mejores soluciones posibles para todo el conjunto de la familia y, de un modo especial, para él mismo.*» GARCÍA PRESAS, Inmaculada, «*Los menores y la legislación de las comunidades autónomas relativa a la mediación familiar*», in *Derecho y Familia en el siglo XXI*, Volumen I, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011, pág. 256.

<sup>134</sup> A forma de participação dos filhos na mediação familiar pode ser levada a cabo de diferentes formas, adaptando-se à família e ao menor em concreto. «*En algunos programas, las entrevistas a niños y niñas se realizan en las primeras etapas del proceso, para comprender sus sentimientos y pensamientos acerca de todos los temas a tratar, aunque no tienen la oportunidad de participar en las siguientes etapas ni de hablar con sus progenitores durante la mediación. Es objetivo es transmitir a los padres las sensaciones, impresiones, percepciones, y sentimientos de los hijos a los padres para que los puedan tener presentes en el proceso de mediación.*» VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «*El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar*», in *Revista de Derecho de Familia*, n.º 67, 2/2015, Lex Nova, Thomson Reuters, 2015, pág. 102. Sobre outras formas possíveis de incluir os filhos na mediação, consultar o mesmo autor, pág. 107.

mal formuladas a menores podem ter efeitos perniciosos) e perscrutar as necessidades e preferências do menor<sup>135</sup>.<sup>136</sup>

Também não será de excluir a possibilidade dos filhos apenas conhecerem o local onde se desenrola a mediação para que conheçam o lugar onde os pais se encontram de forma amigável para resolverem os seus diferendos e chegarem a importantes decisões. Desta forma, percebem o ambiente informal e consensual onde os seus pais se encontram, longe da atmosfera pesada e opositiva do sistema judicial.

Também se os filhos forem maiores podem participar nas sessões de mediação dos pais. Embora, nestas situações, já não exista a regulação das responsabilidades parentais e questões periclitantes como os direitos de visita, tal não significa que não existam questões prementes que devem ser endereçadas e que possam ser desbloqueadas pelo filho maior. Apesar de já não estarem sujeitos às responsabilidades parentais, pode ainda ser necessário discutir o montante de alimentos a prestar aos filhos maiores (art. 1880.º do Código Civil).

Tendo em conta a maturidade dos filhos que venham a participar na mediação, estes devem ser esclarecidos de como esta funciona<sup>137</sup>.

Em regra, a mediação (enquanto instrumento de paz social centrado no diálogo) ajudará toda a família, em especial pais e filhos, a melhor lidar com a rutura e adaptar às novas realidades familiares que daí resultem.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> *En muchos países los mediadores provienen del campo del derecho, y ni en su formación ni en su práctica profesional han entrevistado niños, y tienen dificultades en realizar este tipo de entrevistas, y es absolutamente válido su temor.* SUARES, Marines, *Factores de contraste entre mediación y terapia familiar*, pág. 2 disponível em [http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo\(1\).pdf](http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo(1).pdf) Consultar sobre este assunto RIBEIRO, MARIA SALDANHA PINTO, *Divórcio: guarda conjunta dos filhos e mediação familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, págs. 84 e segs.

<sup>136</sup> «Puede constatarse fácilmente que si los mediadores tienen una formación de origen jurídica se sienten con carencias técnicas a la hora de tratar con los menores, al considerar que existen importantes notas psicológicas que se les escapan. En cambio, cuando un mediador, con una formación de base en psicología, aborda una mediación de estas características puede tener más confianza o conocimientos al tratar con los menores. Sin embargo, el mediador con formación de origen en psicología también se tiende a sentir incómodo por las implicaciones legales que lleva aparejada la tutela del interés superior del menor y el régimen de responsabilidad que implica el carácter tuitivo-imperativo de las normas jurídicas que amparan a los mismos.» VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «El papel de los hijos menores... ob.cit.», pág. 82.

<sup>137</sup> Sobre a intervenção dos filhos, suas vantagens e riscos cfr. CÁRDENAS, EDUARDO, ob. cit., págs. 144-148

<sup>138</sup> «Ayuda a toda la familia a realizar la ruptura con menor daño emocional, al estar las partes centradas en la solución de sus problemas, evitando la agresividad y las represalias tan habituales en estas situaciones; por otra parte, contribuye a que los implicados mantengan los acuerdos negociados, lo que resulta muy beneficioso, especialmente para los hijos.» GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación Familiar...ob. cit.*, pág. 74.

Também os mandatários das partes podem participar nas sessões de mediação, como coadjuvantes da boa prossecução da justiça e garantes das posições jurídico-inalienáveis dos seus constituintes<sup>139</sup>. Em virtude de algum desconhecimento, existe ainda certa reticência face a esta realidade integrada entre a mediação e a advocacia.

O advogado não atuará no âmbito da mediação como opera no âmbito judiciário. Embora o fim que prossegue seja o mesmo – defender o melhor interesse da parte que representa - tem contornos muito distintos na forma como o exterioriza. Desde logo deve assumir uma postura não pleiteante e de retaguarda, só agindo em caso de transposição de direitos absolutos. Sabendo qual o seu posicionamento, a presença dos advogados garantirá idoneidade à mediação familiar<sup>140</sup>.

As partes não poderão ser impedidas de serem acompanhadas pelos seus advogados. Alguns mediadores entendem que a presença dos mandatários afeta a informalidade e proximidade inerentes à mediação. Para se evitar tal situação, o mediador deve esclarecer os cânones de funcionamento das sessões e estipular regras, demonstrando aos advogados que a sua postura será de recato e retaguarda, intervindo quando tal lhe for solicitado ou os direitos indisponíveis<sup>141</sup> do seu representado estejam a ser comprometidos<sup>142</sup>. Pois, na sede de mediação são as partes quem expõe os seus interesses e anseios, o advogado não atuará como porta-voz (como sucede no sistema judicial)<sup>143</sup>. O carácter flexível, informal e consensual da mediação não pode nunca ser posto em causa.

---

<sup>139</sup> «Assim, para além de deverem ser eles próprios a indicar a mediação como via de resolução de conflitos aos seus clientes sempre que acharem adequada a sua utilização, os advogados podem participar no âmbito dos procedimentos de mediação não apenas como técnicos (elaborando, por exemplo, pareceres sobre as matérias em litígio) mas também como assessores das partes (assistindo-os juridicamente ou representando-os, nos termos do n.º 1 do art. 18).» LOPES, Dulce, PATRÃO, Afonso, *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra, Almedina, 2014, págs. 124-125.

<sup>140</sup> *El reglamento de la ley de mediación familiar de Cataluña determina que, en su ámbito, la presencia de un abogado será imprescindible (...)*. VINYMATA CAMP, EDUARD, *Aprender Mediación*, Barcelona, Paidós, 2003, pág. 78

<sup>141</sup> «El orden público familiar está integrado por aquellas normas jurídicas que están por encima de la disponibilidad de las partes, y cuya finalidad es la de proteger los intereses de relevancia social.» GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación Familiar...ob. cit.*, pág. 78.

<sup>142</sup> Não se concorda com MARTA BLANCO CARRASCO quando defende que neste contexto, a missão dos advogados não será a defesa do seu cliente. Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas alternativos de resolución de conflictos – una visión jurídica*, Madrid, Editorial Reus, 2009, pág. 185. Parece indissociável o carácter do advogado do interesse do seu cliente. De facto, à partida, o cliente não necessitará de uma «defesa». Todavia, o cliente quando decide acompanhar-se de um advogado nas sessões de mediação é, justamente, na expectativa que este zele pelos seus interesses e que os seus direitos não sejam lesados.

<sup>143</sup> *O papel do advogado numa sessão de mediação é muito diferente daquele que desempenha em tribunal judicial ou arbitral. Desde logo, na mediação não é necessário convencer ninguém quanto*

Do mesmo modo, competirá ao mandatário esclarecer o mediado das consequências jurídicas dos acordos. Tal não desobriga o mediador de prestar todos os esclarecimentos, a presença do advogado não o isenta das suas funções.

Não quedam dúvidas de que a mediação não pode ser limitada aos advogados <sup>144</sup>.

A Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril («*Lei da Mediação*» em Portugal), no seu artigo 18.º, permite, expressamente, que as partes se possam fazer acompanhar por advogados, advogados estagiários e solicitadores. Este artigo 18.º enquadra-se no capítulo III, capítulo não aplicável à mediação familiar (*ex vi* al. a) do n.º 2 do art. 10.º). No entanto entende-se que, no que concerne ao acompanhamento por parte do mandatário (advogado, advogado estagiário ou solicitador) tal deverá também aplicar-se à mediação familiar. Já criticável é a possibilidade de representação no âmbito da mediação<sup>145</sup>. Aquele mesmo artigo contempla esta possibilidade, quando dispõe que «*as partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação (...)*» (n.º 1 do art. 18.º da citada Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril). Esta faculdade<sup>146</sup> parece destoar do carácter pessoalíssimo inerente à mediação familiar<sup>147</sup>.

A função primordial do advogado (e que será transversal a qualquer «palco» onde este atue, seja no tribunal ou em sede de mediação) é a de zelar pelos interesses do seu cliente (ser um garante dos seus direitos). Participando na mediação estará, ao mesmo tempo, a conferir uma maior idoneidade a todo o processo de mediação. O advogado, ao garantir a prossecução do interesse do cliente (tal como está vinculado, nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados

---

*aos factos ou ao direito (...)*. GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2012, pág. 46

<sup>144</sup> Nem podem ser impedidos de estar presentes, nos termos do n.º 3 do artigo 66.º e artigo 69.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro). Pois, segundo estas normas, o mandato judicial, a representação e assistência por advogado são sempre admissíveis e não podem ser impedidos perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, nomeadamente para defesa de direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses ou em processos de mera averiguação, ainda que administrativa, oficiosa ou de qualquer outra natureza, e não podem ser impedidos por qualquer entidade de praticar actos próprios da advocacia, como o de assessorar juridicamente o seu constituínte.

<sup>145</sup> Neste sentido, MARTÍN DIZ, Fernando, «*Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas*», in *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 33, 2014, pág. 9.

<sup>146</sup> Aqui já faz sentido que este preceito normativo (inserido no capítulo III) não seja aplicável aos litígios passíveis de serem objeto de mediação familiar (tal como dispõe o art. 10.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril).

<sup>147</sup> Consultar, a este propósito, LOPES, Dulce e PATRÃO, Afonso, *ob. cit.*, págs. 120 e 121.

Portugueses<sup>148</sup>) impedirá a assunção de acordos que ponham em causa posições jurídicas inalienáveis.

Outros técnicos ou peritos podem participar nas sessões de mediação<sup>149</sup>, se as partes e o mediador assim o entenderem. Estes podem ser essenciais no esclarecimento de dúvidas que surjam nas partes e que possam estar a dificultar a resolução do litígio. Em regra, o carácter desta participação deverá ser meramente informativo, permitindo que os mediados (depois de devidamente esclarecidos por um especialista), possam chegar a um acordo sobre determinada questão. Pensemos, desde logo, em psicólogos ou pedopsiquiatras que possam ajudar os mediados a perceber qual a melhor postura e solução a adotar em relação aos filhos menores.

Além dos filhos podem existir outros familiares interessados (direta ou indiretamente) no desenlace das sessões de mediação. Como exemplo comum surgem os ascendentes dos mediados (e avós dos filhos destes). A lei concede um papel importante aos ascendentes e irmãos no âmbito das responsabilidades parentais. Na jurisprudência, os avós têm, muitas vezes, constituído um limite ou uma restrição ao exercício das responsabilidades parentais<sup>150, 151</sup>

---

<sup>148</sup> Artigo 97.º, n.º 2 do Estatuto da Ordem dos Advogados - EOA (Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro).

<sup>149</sup> Neste sentido, BLANCO CARRASCO, Marta, *ob. cit.*, pág. 186

<sup>150</sup> Cfr. Artigo 1887.ºA do Código Civil, e designadamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/03/1998, Processo n.º 98A058, Relator: Silva Paixão in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>151</sup> «*Imaginemos uma realidade familiar em que um casal tem um filho e este núcleo familiar mora habitualmente com os ascendentes do cônjuge marido. Estes cuidam diariamente e durante a maior parte das horas do dia do seu neto. Todavia, aquando do divórcio, a cônjuge mulher decide mudar de cidade com o seu filho, dificultando a convivência deste com os avós. Se este casal se dirigir à mediação familiar será tido em conta o interesse do seu filho na manutenção da convivência com os avós. No próprio acordo poder-se-ão consagrar direitos de visita com os avós, partindo de uma base consensual e não de uma imposição judicial. O menor poderá participar nesta mediação e os avós também aquando da discussão das responsabilidades parentais e dos direitos de visita. À partida, este acordo não levantará dificuldades na sua homologação, dado que o artigo 1887.ºA não consagra unicamente um direito do menor ao convívio com os avós, reconhece também um direito destes ao convívio com o neto. Este artigo tem muita utilidade, nomeadamente, nas situações em que os pais contraem um novo matrimónio e pretendem excluir ou limitar o contacto com os ascendentes do ex-cônjuge.*» Exemplo por nós aventado em «*Mediação Familiar – Limites Materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*», N.º 25 da Coleção do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, págs. 128-129.

A este propósito, RIVERO HERNÁNDEZ refere que «*Son derechos autónomos, además de recíprocos, cada uno com su régimen específico; pero no son derechos de idéntica naturaleza, pues el del abuelo tiene una fuerte componente de función lo que le da un carácter de derecho-deber, ya que su ejercicio no es tanto en provecho del titular (el abuelo) cuanto en el del nieto, cuyo interés es preeminente*». HERNÁNDEZ, FRANCISCO RIVERO, *Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituídas*, in *Lex Familiae*, Ano 3, n.º 6, 2006, pág. 41.



Sem prejuízo de todo o exposto, a participação de outros intervenientes (que não as partes diretas no litígio) na mediação, carecerá de uma ponderação cuidada e casuística, tendo em conta as especificidades atinentes ao conflito e às partes que o compõem.

É certo que na mediação familiar não existem pressupostos de legitimidade processual «*stricto sensu*» que tenham de ser preenchidos. Caberá às partes, e ao mediador, aferir da mais-valia da participação de um terceiro na mediação. Enumerámos alguns dos possíveis intervenientes na mediação familiar (aqueles cuja participação se revelará mais premente e comum), porém, nada obsta a que outros participantes *indiretos* venham a ser envolvidos no processo, desde que tal se revele profícuo para o desfecho do litígio.

### **c) Mediação Familiar e violência doméstica – uma (im)possibilidade?**

Tem sido muito discutido se poderá existir mediação familiar quando o relacionamento entre os mediados teve contornos ou episódios de violência doméstica. É uma questão polémica no seio da mediação familiar<sup>152</sup>.

Esta não é a sede para analisar o crime de violência doméstica *per se* e o seu enquadramento jurídico-penal<sup>153</sup>. O que interessa, neste texto, é discutir se, existindo um crime desta natureza, poderão as partes submeter-se à mediação familiar, ou se tal será um entrave?

Apesar da violência na família ser tão antiga quanto esta, a noção de violência doméstica e a perceção do seu entorno criminal nasce na década de setenta, no desenvolvimento da investigação de mulheres maltratadas nos Estados Unidos da América<sup>154</sup>. Neste conceito integram-se diferentes tipos de abusos cometidos sobre os membros da família (em regra, qualquer ato, omissão ou ameaça que provoque danos físicos, psicológicos ou emocionais a pessoas com as quais existam laços familiares, legais ou de facto<sup>155</sup>).

---

Sobre esta questão consultar também MARTINS, ROSA CÂNDIDO, *Direito de visita dos avós* in *Lex Familiae*, ano 2, n.º 3, 2005, págs. 141-148.

<sup>152</sup> Consultar a este propósito BROWN, HENRY e MARRIOTT, ARTHUR, *ob. cit.*, pág. 239

<sup>153</sup> Crime previsto e punido no artigo 152.º do Código Penal português.

<sup>154</sup> Cfr. DIAS, ISABEL, *Violência na família: uma abordagem sociológica*, Porto, Afrontamento, 2004, pág. 91

<sup>155</sup> Sobre esta e outras definições de violência doméstica, cfr. DIAS, ISABEL, *ob. cit.*, págs. 91-94 e MURPHY, Jane C., RUBINSON, Robert, *Domestic Violence and Mediation: Responding to the*

Se um casal com uma convivência pautada por violência doméstica surge na mediação familiar, é essencial que o mediador consiga aferir essa realidade o mais rápido possível, analisando se a mediação poderá ou não prosseguir<sup>156</sup>.

A mediação familiar, enquanto meio de resolução alternativa de litígios parte da ideia de paridade entre os mediados. Ou seja, ambos estarão numa posição de igualdade, não podendo existir um ascendente de um sobre o outro, o que pode inviabilizar a mediação (ou, pelo menos, dificulta-a e obriga a um trabalho de equilíbrio pelo mediador). Só se as partes se sentirem livres nas sessões de mediação é que podem transmitir os seus interesses de forma franca. Esta será a maior dificuldade prática quando existe um histórico de violência familiar, pois dificilmente existirá um equilíbrio de forças entre os mediados. Além de que, a conflituosidade terá atingido um nível de tal exacerbação que a mediação não será a sede apropriada. CÁRDENAS desaconselha a prática da mediação nestas situações de desequilíbrio por se poder tornar numa mera «oficialização» do divórcio<sup>157</sup>. Todavia, o autor acautela que podem existir exceções<sup>158</sup>.

O essencial será, primordialmente, assegurar que a violência não persiste<sup>159</sup>. Aliás, esse é um limite ao princípio da confidencialidade do mediador e este pode fazer cessar imediatamente a mediação<sup>160</sup>.<sup>161</sup>

---

*Challenges of Crafting Effective Screens*, in «Domestic Violence, The Family, Law & Society», Ashgate, 2008, pág. 406

<sup>156</sup> Cfr. SUARES, MARINES, *ob. cit.*, pág. 2

<sup>157</sup> Cfr. CÁRDENAS, Eduardo José, *La mediación en conflictos familiares: lo que hay que saber*, Buenos Aires, Editorial Lumen/Hvmanitas, 1998, págs. 67 e 68

<sup>158</sup> A lei de mediação familiar da região da Galiza, determina que «*El departamento de la Xunta de Galicia competente en materia de igualdad, y en materia de familia, a través de sus recursos propios, ofrecerá programas de mediación y de orientación familiar, de manera individual o dirigidos a las familias en su conjunto cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar. Estos programas preverán de manera prioritaria la prevención de situaciones de violencia de género.*» (art. 6.º, n.º 4 da Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar).

De salientar que em Espanha existe uma autonomização da violência de género, aquela que diz respeito aos maus-tratos do homem em relação à mulher. Sobre a definição, consultar LOPÉZ VALE, Alma, *Violencia de género: Posible revisión a partir de la noción de estigma femenino* in «Justicia restaurativa y violencia de género – Más allá de la Ley Orgánica 1/2004», Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014, págs. 42 e seguintes.

<sup>159</sup> O American Law Institute (ALI) defende nos seus «*Principles of the Law of Family Dissolution*» (ALI Principles) que se deve identificar os casos em que ocorreu violência doméstica e só usar a mediação se ambas as partes nisso concordarem (§2.06).

<sup>160</sup> «*Se interrumpirá, o en su caso no se iniciará, cualquier proceso de mediación familiar cuando en el esté implicada una mujer que sufriera o sufra violencia de género.*» Art. 8.º, n.º 4, da Lei reguladora da mediação familiar na região da Galiza (Ley 4/2001, de 31 de mayo, com a redação dada pela Disposición Adicional 1.ª de 11/2007, 27 julio).

<sup>161</sup> Consultar a este propósito, a anotação de Dulce Lopes e Afonso Patrão ao art. 5.º («Princípio da confidencialidade») da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril. LOPES, Dulce, PATRÃO, Afonso, *ob. cit.*, págs. 38 e seguintes.

Pois, a este propósito, será necessário diferenciar os «casos de violência» dos «casos com violência». Por vezes os casais em fase de rutura já passaram por episódios violentos. Estes serão os casos de «com violência». Se, quando os cônjuges se dirigem à mediação familiar, tal já não acontece parece ser de admitir a possibilidade de mediação<sup>162</sup>. Porém, caso existam situações «de violência», o mediador deve exigir que tal cesse antes de iniciar o processo de mediação<sup>163</sup>.

A par da violência doméstica, outras situações causam uma desproporção de forças entre os mediados (comportamentos aditivos, doenças do foro psiquiátrico, maltrato infantil, etc) e, nestes casos, a mediação familiar não será aconselhada<sup>164</sup>.

Já outros autores não pugnam por uma solução tão incisiva, defendendo uma análise casuística e uma atuação tripartida: em primeiro lugar, um controlo judicial no sentido de retirar o agressor da casa de morada de família, se for o caso, e monitorizar os contatos com os filhos, caso existam; de seguida, encetar um tratamento psicoterapêutico individual para que o agressor possa endereçar a sua patologia; por fim, permitir que a mediação familiar possa ocupar-se das questões referentes ao divórcio ou separação<sup>165</sup>.

Sem prejuízo de vozes dissonantes, a maioria da doutrina recusa a possibilidade de mediação familiar em casos de violência doméstica, entendendo que deve o mediador não só dar a mesma por terminada como denunciar aquela violência às autoridades<sup>166</sup>. Além de que esta situação poderá configurar um limite ao princípio de confidencialidade a que o mediador está adstrito.

A mediação não cumprirá o seu desiderato quando os mediados não consigam estar na presença do outro atendendo à raiva associada ao conflito, quando exista uma afasia emocional ou quando exista medo de alguma das

---

<sup>162</sup> Não obstante, REBECCA MORLEY defende que é raro a violência doméstica esgotar-se num evento isolado, normalmente prolongam-se no tempo e, simultaneamente, aumentam de intensidade. *Domestic violence is rarely a single event; incidents typically increase in frequency and severity over time*. MORLEY, REBECCA, *Is Law Reform a solution to Domestic Violence?* In *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, pág. 207

<sup>163</sup> Cfr. CÁRDENAS, EDUARDO, *ob. cit.*, pág. 212

<sup>164</sup> GUERRA, Paulo, in *Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE*, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, Ministério da Justiça, Agora Comunicação, 2006, pág. 242. A mesma opinião é partilhada por FARINHA, António, *Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais* in *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, págs. 201-202

<sup>165</sup> Cfr. URRIO, DANIEL, *ob. cit.*, pág. 66

<sup>166</sup> Neste sentido WILDE, Zulema d. e GAIBROIS, Luis m., *O que é a Mediação*, Lisboa, Agora Publicações, 2003, pág. 72

partes<sup>167</sup>. Pois, neste caso, a sua atitude estará condicionada ao receio de uma reação. Daí a reticência da maioria dos mediadores em prosseguirem com a mediação nestes casos<sup>168</sup>. Além disso, em alguns ordenamentos, a mediação familiar não pode iniciar-se ou continuar quando exista violência doméstica<sup>169</sup>.

Do mesmo modo, várias leis de mediação familiar estabelecem situações de violência como limite ao princípio de confidencialidade inerente à mediação<sup>170</sup>.

A mediação é um instrumento de paz social e, segundo alguns autores, pode ser útil em situações conturbadas como nos casos de violência familiar, na medida em que fomentaria o diálogo. E, ao mesmo tempo, seria capaz de despoletar a empatia necessária à pacificação da família.<sup>171</sup> Para tanto, seria essencial que ambas as partes estejam de forma intrinsecamente voluntária na mediação e percebam as vantagens deste meio de resolução alternativa de litígios.

Todavia, existem vários riscos associados que podem agravar-se ao permitir uma convivência entre o agressor e a vítima. Pode até ser uma forma de perpetuar o temor e a ameaça quando se propiciam encontros pós-rutura. Aliás, a frustração decorrente da troca de ideias com o outro mediado e o mediador pode acarretar mais tensão e conflituosidade.

A segurança e bem-estar das partes é condição *sine qua non* da mediação familiar. Por outro lado, não será expectável que a vítima se sinta livre e

---

<sup>167</sup> RITA LOBO XAVIER defende que «antes do início do processo», nem a «Conservatória» nem o «Tribunal» têm a oportunidade de detectar se a relação conjugal envolvia um passado com episódios de violência ou agressividade, muito embora tal situação possa vir a ser advertida pelo mediador, caso em que não será de admitir o processo de mediação. XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 29

<sup>168</sup> *Los mediadores no deberían intervenir en aquellos casos en los que pueda haber sospecha de delito, así como en aquellos otros en los que se intuya la existencia de afecciones psicológicas necesitadas de la intervención de médicos, psiquiatras y terapeutas.* CAMP, EDUARD VINYAMATA, *ob. cit.*, pág. 34

<sup>169</sup> «(...) se interrumpirá, o en su caso no se iniciará, cualquier proceso de mediación familiar cuando en él este implicada una mujer que sufriera o sufra violencia de género. Ley 11/2007 relativa à violência de género da Galiza.» Cfr. PRESAS, INMACULADA GARCIA, *La mediación familiar: una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, Madrid, La Ley, 2009, pág. 197

No mesmo sentido a Ley 1/2006 de 6 de Abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, cujo artigo 2 *in fine* consagra: *Quedan expresamente excluidos de la mediación familiar los casos en que exista violencia o maltrato sobre la pareja, los hijos, o cualquier miembro de la unidad familiar.* No mesmo sentido vão outras leis *autonómicas*, como a da Comunidade de Madrid e a Lei de Mediação Familiar da Catalunha. Cfr. CARRASCO, MARTA BLANCO, *ob. cit.*, pág. 173, nota 348

<sup>170</sup> CORNELIUS e FAIRE alertam para as situações em que existam verdadeiras vítimas que precisem de ser protegidas e, que os mediadores devem ser conscientes e cautelosos na hora de agirem como resgatadores. Cfr. CORNELIUS, Helena e FAIRE, Soshana, *Tú Ganas / Yo Gano, Todos podemos ganar – cómo resolver conflictos creativamente*, Gaia Ediciones, 2007, pág. 194

<sup>171</sup> Neste sentido, TAVARES, LIRA RAMOS DE OLIVEIRA, *Violência Doméstica e Mediação in Estudos sobre Mediação e Arbitragem*, Rio de Janeiro, ABC Editora, 2003, págs. 154 e segs.

confiante para alcançar um acordo com o seu agressor<sup>172</sup>. Ora, logo aqui, se encontra a maior dificuldade. Se não existir voluntariedade e confiança não valerá a pena encetar a mediação. Além de que, em certas situações, pode o relacionamento ter atingido um ponto de rutura tal que será impossível restaurar o diálogo e almejar um consenso.

Além das legislações nacionais, já a Recomendação N.º R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a Mediação Familiar (adotada pelo Comité de Ministros, em 21 de Janeiro de 98) se preocupava com esta questão, impondo ao mediador uma especial atenção sobre a possibilidade de violência doméstica entre as partes, ou, se esta poderia vir a suceder no futuro e quais os efeitos que tal poderá ter na situação das partes e na sua negociação. Atendendo a isso seria necessário analisar se a mediação seria apropriada<sup>173</sup>. Ou seja, não deixa uma resposta clara sobre a admissibilidade de mediação nas situações de violência doméstica, deixando tal à consideração dos mediadores e dos Estados (que pretendam endereçar estas situações nas suas legislações). A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial consagra como limite da confidencialidade a necessidade de evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa (art. 7.º).

Em Portugal, a violência doméstica é um crime que extravasa o âmbito privado, sendo considerado um flagelo social de preocupação e dimensão pública<sup>174</sup>, pelo que o facto de se permitir a mediação não poderá subverter a sua índole. Ora, parece difícil de concatenar os procedimentos criminais com as sessões de mediação.

Apesar disso, há quem defenda a possibilidade da mediação nas situações de violência familiar e encontre casos de sucesso<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> «Victims of domestic violence might be incapable of directly participating in mediation or even recognizing the full extent of their harm due to the psychological scars of battering or by a fear that participating in mediation might provoke the batterer to engage in retaliatory violence during or after the session.» MURPHY, Jane C., RUBINSON, Robert, *Domestic Violence and Mediation: Responding to the Challenges of Crafting Effective Screens*, in «Domestic Violence, The Family, Law & Society», Ashgate, 2008, pág. 404.

<sup>173</sup> Princípio III, ponto ix, da Recomendação N.º R (98) 1

<sup>174</sup> O artigo 152.º do Código Penal prevê o crime de Violência Doméstica, sendo este um crime público desde 2000 (Lei n.º 7/2000 de 27 de Maio).

<sup>175</sup> Neste sentido parecem ter ido os EUA, dado que a mediação (...) está quase sempre relacionada com o divórcio, ou, mais precisamente, com algumas das questões suscitadas pelo divórcio, muito embora, se deva reconhecer que foi também utilizada para tentar solucionar outros problemas como

Não se pretendendo dar uma resposta inequívoca (porque as realidades familiares estão em constante mutação e não se pode almejar saber apontar a melhor solução para cada problema), alvitra-se que, em regra, será desaconselhável a mediação familiar em situações de violência. Desde logo, até para salvaguardar a segurança da vítima. Pois, a violência nem sempre termina com a separação, muitas vezes, até piora (um estudo sobre a violência doméstica em Portugal concluiu que o grupo das mulheres separadas e divorciadas é aquele em que a violência incide mais<sup>176</sup>).

Não sendo, de todo, uma questão pacífica no entorno da mediação, há quem entenda que a mediação nunca poderá ter lugar quando exista um historial de violência doméstica. Outros recomendam-na desde que se garanta o bem-estar da vítima e a sua segurança; e outros, ainda, propugnam a mediação como uma forma da vítima reganhar o controlo do seu relacionamento.<sup>177</sup> Mesmo nos ordenamentos jurídicos em que existe uma obrigatoriedade na mediação (ou na sessão de pré-mediação), esta cessa se existirem motivos ponderosos, como a situações de violência doméstica<sup>178</sup>.

Quanto ao mediador, não só fica desonerado do seu dever de confidencialidade como deverá denunciar quando a integridade física de outrem esteja em causa<sup>179</sup>. A este propósito, o n.º 3 do art. 5.º da Lei de Mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril) esclarece que o dever de confidencialidade cessará,

---

*por exemplo a violência doméstica.* GOMES, JÚLIO, *A mediação e o divórcio: A experiência norte-americana* in *Scientia Iuridica*, n.º 38, 1989, pág. 103

<sup>176</sup> Cfr. DIAS, CRISTINA ARAÚJO, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: lei 61/2008 de 31 de Outubro*, Almedina, 2008, pág. 52

<sup>177</sup> «Some believe mediation is never an appropriate dispute resolution alternative when domestic violence has been identified. Others argue that mediation is a visible option for battered women as long as procedural and substantive safeguards are in place. Still others argue that the choice to mediate should be left to the victim, particularly when the victim can be provided with meaningful guidance about whether her specific circumstances are such that mediation can enhance her ability to gain some measure of control over her future.» MURPHY, Jane C., RUBINSON, Robert, *ob. cit.*, págs. 401-402.

<sup>178</sup> «The law has changed, and you are now legally required to consider mediation before applying to the family court to resolve a dispute about your children or finances. This means that before submitting your application, you must attend a Mediation Information and Assessment Meeting (MIAM) to find out about mediation and see if mediators can help you sort out arrangements for the future. In special circumstances – such as where domestic violence is involved – you may not need to attend a MIAM. However, you will be asked to provide the judge with evidence (such as a police report to prove domestic violence has taken place).» Informação disponível em [http://www.jordanpublishing.co.uk/system/redactor\\_assets/documents/2322/C100.pdf](http://www.jordanpublishing.co.uk/system/redactor_assets/documents/2322/C100.pdf), (consultado em 29 de Setembro 2015).

<sup>179</sup> Cfr. CAMPOS, Joana, *O princípio da confidencialidade na mediação* in *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 318, 2009, pág. 329

designadamente, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa.

O mais importante é assegurar que não se perpetuam as situações de violência, nem se cria um ambiente propiciador das mesmas.

Não existem dúvidas de que se os episódios violentos ainda persistem, a mediação deve cessar (caso já tenha iniciado) e a situação prontamente dada a conhecer às autoridades; a dúvida poderá surgir quando a violência doméstica já não está «ativa». De todo o modo, o facto de os incidentes já não ocorrerem não significa que o temor e o ascendente psicológico não estejam presentes, o que, por si só, é o suficiente para desaconselhar a mediação familiar<sup>180</sup>.

#### **d) A destrinça entre mediação familiar e a terapia familiar – a tentação de «reconciliar»**

O desiderato da mediação, enquanto sistema alternativo de resolução de litígios de carácter não opositivo, nem sempre é bem entendido. Há quem, erradamente, olhe para a mediação familiar como uma forma de reconciliar as partes em conflito. Ora, essa perspetiva não corresponde ao objetivo da mediação familiar. Trabalhar na cooperação e na restauração do diálogo não implica fazer com que os mediados queiram regressar ao relacionamento que tinham anteriormente ao conflito.

Não raras vezes existe essa tentação de subverter a natureza da mediação e travesti-la de terapia familiar. A natureza complexa do conflito pode levar a crer que a busca da harmonia familiar pelo mediador, quererá ir mais além do que a cordialidade necessária para que a mediação decorra normalmente.

Caberá ao mediador, logo na sessão de pré-mediação<sup>181</sup> deixar claro qual o seu papel e o propósito da mediação. A mediação aceita o conflito e trabalhará no

---

<sup>180</sup> «*Family disputes where one of the parties has perpetrated violence against the other should not go to mediation. There are a number of reasons for this conclusion: the imbalance of power created by violence is extreme and is too great for a neutral mediator to redress; the nature and history of the relationship between the parties makes consensual decision making impossible; mediation places an extreme burden on the target of violence; mediation can endanger the safety of women who are the target of violence and the safety of children in their care; mediation is highly likely to result in unjust and exploitative agreements where there has been violence.*» ASTOR, Hillary, *Violence and Family Mediation: Policy* in «Domestic Violence, The Family, Law & Society», Ashgate, 2008, pág. 435

<sup>181</sup> Sessão informativa que ocorre antes da mediação, onde é dado a conhecer às partes as regras e os objetivos deste meio de resolução alternativa de litígios (RAL).

sentido das partes se conformarem com o mesmo e conseguirem prosseguir. Ou seja, o trabalho é feito a jusante, aceitando a realidade que levou os mediados até ali e partindo daquela realidade para a busca do consenso e do diálogo.

Nem sempre a prática permite uma destrição clara, mas o mediador deverá ter o cuidado de não deixar esbater as fronteiras. A terapia familiar tem propósitos distintos e deverá ser levada a cabo por profissionais com a devida formação nesse sentido (recorde-se que o mediador pode ter uma formação profissional sem nenhuma componente de psicologia o que o inabilita a qualquer tentativa de «tratar» os mediados, o que deve recusar veementemente)<sup>182</sup>.

Se as partes pretendem tratar o problema emocional de fundo que causou a rutura ou o desentendimento, a sede para tal será a terapia familiar. Se, por outro lado, o que as partes pretendem é prosseguir com uma realidade familiar cordial, em virtude da rutura, minimizando o impacto que a mesma tem no seu quotidiano e no dos seus filhos (caso existam), não pretendendo dissecar as causas daquela desunião, então a mediação familiar será a sede correta. Por vezes, será aconselhado que as partes frequentem a terapia familiar, a par da mediação, para que possam resolver as questões do foro interno e, nessa medida, estarem prontas para avançar para a busca de soluções consensuais no seio da mediação. Para MARINÉS SUARES, em alguns casos, poder-se-á utilizar tanto a terapia como a mediação, noutros poder-se-ão utilizar as duas simultaneamente<sup>183</sup>.

As técnicas usadas, os campos de ação e os propósitos da mediação e da terapia familiar são diferentes e não se confundem<sup>184</sup>. Concomitantemente, os limites que as distinguem devem ser claros. Enquanto o fim da mediação é a restauração do diálogo e a busca do consenso, na senda de uma solução auto-compositiva; a terapia vai mais longe, analisa as partes, o seu caráter e personalidade com o objetivo de tratar o problema, dissecando-o para melhor perceber a sua origem e a terapêutica adequada.

---

<sup>182</sup> Também poderá ter uma formação na área de psicologia. Não obstante da sua formação base, os cursos conferentes da valência de mediador de conflitos familiares têm uma vertente jurídica e outra no âmbito da psicologia. Naturalmente que a sensibilidade psicossocial será um «plus» na atividade do mediador. A lei de mediação familiar na comunidade autónoma da Galiza faz essa referência expressa no artigo 5.º (Ley 4/2001, de 31 de mayo): «*En cada actuación de mediación intervendrá una persona que esté inscrita en el Registro de mediadores. A estos efectos, dichas personas deberán reunir los requisitos de experiencia profesional y formación específica que se establezcan reglamentariamente, pero en todo caso serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares.*»

<sup>183</sup> Cfr. SUARES, MARINES, *ob. cit.*, pág. 1

<sup>184</sup> Cfr. RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divórcio: guarda conjunta dos filhos e mediação familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 37



A mediação familiar aceita a situação conflituosa que onera os mediados e trabalha a partir desse cenário, tomando-o como um dado adquirido. O que interessa para a mediação é ultrapassar o impasse que impede que aquele conflito chegue a um desfecho que vá ao encontro dos interesses das partes.

Já a terapia explora a origem do conflito e visa a «cura» do mesmo. O terapeuta evidencia e trabalha as emoções das partes.

O mediador não deve ir tão longe, basta-se com a procura do ambiente propício à discussão serena das questões jurídicas que assolam as partes, dando espaço para a informalidade e flexibilidade mas não para o debate dos sentimentos e/ou emoções que podem ter levado à rutura ou situação de crise. A partilha de sentimentos será permitida na mediação se tal permitir o desbloqueio nas negociações e permitir alcançar a harmonia dos interesses em jogo. A mediação familiar não pode ser utilizada para que os mediados façam uma catarse emocional porque esse não é o seu objetivo, nem é essa a formação do mediador.

Terá de existir um pragmatismo associado à mediação familiar, no sentido de se entender que a mesma serve para encontrar uma solução que permita uma convivência sã entre as partes, não para reencontrar os sentimentos que, outrora, uniram aquelas pessoas. O foco da terapia e da mediação familiar são diversos<sup>185</sup>. Enquanto a mediação se debruça sobre a divergência e o seu feixe jurídico, a terapia analisa a pessoa e o relacionamento em apuro.

Cabe ao mediador explicar aos mediados que quanto mais ativos estes forem na busca do consenso que permita o acordo, menos durará a frustração inerente ao impasse e mais livres ficarão para prosseguir no seu dia-a-dia.

MARINÉS SUARES exemplifica as conjunturas em que se poderá recorrer à mediação ou à terapia familiar<sup>186</sup>: tratando-se de uma situação em que ambas as partes estão decididas a iniciar ou prosseguir o divórcio, a mediação familiar bastará, não sendo indicada a terapia. Igualmente, se após a rutura for necessário alterar uma pensão de alimentos, bastará a mediação familiar para que as partes alcancem o acordo.

Por outro lado, se, por exemplo, os mediados têm reservas quanto à manutenção do vínculo conjugal, então aqui deverão, primeiramente, procurar a

---

<sup>185</sup> BREITMAN, Stella, *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*, Porto Alegre, Criação Humana, 2001, pág. 178

<sup>186</sup> Cfr. SUARES, MARINES, *ob. cit.*, pág. 1

terapia familiar e esclarecer esse impasse emocional. Também se apenas uma das partes pretende a ruptura e a outra não consegue aceitar tal situação, também a terapia será aconselhada. Pois, neste caso, a parte que estará em negação face à falência do relacionamento não conseguirá estar focada no teor das sessões de mediação, nem participar ativamente na procura de soluções para um futuro cuja existência recusa. A este propósito alguns autores referem a figura da *terapia de divórcio*<sup>187</sup>, que não visa a reconciliação, mas ajudar as partes (ou uma delas) a libertar-se da relação conjugal, ajudando a lidar com a tensão que decorre da separação e a trabalhar na comoção da separação.

Será necessário avaliar o estado anímico das partes e aferir qual a sede mais adequada para a situação em concreto.

Não se pode esquecer que a mediação familiar tem uma vertente jurídica, existe uma tónica legal que deve ser acautelada pelo mediador (e pelos mandatários das partes). Não bastará encontrar um equilíbrio entre as partes se esse consenso não se traduzir em acordos válidos juridicamente. Não se pretende dar uma perspetiva unicamente legalista e jurídica da mediação familiar<sup>188</sup>, mas essa é a vertente com maior relevância. Existirá uma vertente pública do desfecho da mediação que não ocorrerá no âmbito da terapia familiar que é unicamente do foro interno.

Daí que a formação jurídica do mediador será essencial, na medida em que este possa detetar atempadamente quais os acordos que poderão ser válidos juridicamente e evitar que as partes invistam esforços em consensos que não poderão vigorar porque legalmente inadmissíveis.

O desiderato da mediação familiar não se confunde com o da terapia. Desde logo, esta explora o passado para justificar o presente. Já a mediação visa somente que os seus acordos possam funcionar no presente e no futuro<sup>189,190</sup>.

---

<sup>187</sup> LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Cizur Menor: Thomson: Civitas, 2007, pág. 63

<sup>188</sup> *En Amérique du Nord, les médiateurs n'ont pas hésité à recourir à des méthodes thérapeutiques, ce qui ne manque pas d'allonger la durée de la médiation. En Europe, au contraire, on trouve plutôt des exemples d'une approche legaliste, orientée vers la solution des problèmes.* WALKER, JANET, *Introduction a la médiation familiale en europe et à ses caractéristiques spécifiques et avantages in La médiation familiale en Europe*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1998, pág. 27

<sup>189</sup> Não obstante, não deverá ignorar totalmente o passado quando este se revelar importante para o presente e para o futuro. *La médiation se concentre sur le présent et sur l'avenir mais ne peut ignorer le passé.* WALKER, JANET, *ob. cit.*, pág. 27

<sup>190</sup> (...) *la terapia indaga en el pasado de las personas em crisis mientras la mediación se centra y orienta siempre hacia el futuro.* BERGARECHE, RAQUEL LUQUIN, *ob. cit.*, pág. 64

Apesar das suas diferenças, existe uma vertente educativa quer na mediação familiar quer na terapia<sup>191</sup>, na medida em que incrementam as relações pessoais, favorecem a comunicação e a mudança de comportamentos.

#### **e) Conclusões finais**

Este texto visa somente abordar algumas problemáticas inerentes à mediação familiar. Além da sua análise jurídico-legal, importa explorar alguns temas fronteiriços que dúvidas têm levantado àqueles que lidam diariamente com este meio de resolução alternativa de litígios (RAL). Só uma mediação concetualmente forte, com traços bem definidos, pode dar uma resposta cabal aos diferendos familiares.

Nem sempre as partes sabem quem as pode acompanhar nas sessões de mediação. Muitos mediados podem julgar-se menos protegidos por não se fazerem acompanhar por advogado e desconhecerem a prerrogativa que têm de o fazerem. Ao mesmo tempo, as situações de conturbação familiar atingem um nível mais elevado de complexidade quando existem filhos cuja convivência tem de ser regulada. Da mesma forma que os filhos, inevitavelmente, presenciam e vivenciam os momentos de conflito dos pais, também poderão estar presentes na busca do consenso que traga a solução de futuro para aquela nova realidade familiar<sup>192</sup>. Assim, a presença dos filhos na mediação familiar deverá ser estimulada, ainda que com as necessárias cautelas para que o fosso emocional não se agrave e que o superior interesse da criança possa ser assegurado (não se transferindo o peso da decisão para esta).

A percepção de que a mediação familiar será sempre apropriada nos conflitos familiares não corresponde à realidade. Nem sempre esta será a sede mais apropriada. Situações de extrema litigiosidade ou onde deflagrou violência podem não ser adequadas à mediação, sem prejuízo de uma avaliação casuística por parte do mediador.

O mediador deve estar ciente do seu papel de facilitador da comunicação e não resvalar de um fomentador do diálogo para um reconciliador das partes, pois

---

<sup>191</sup> Cfr. BERGARECHE, RAQUEL LUQUIN, *ob. cit.*, pág. 64

<sup>192</sup> «No cabe duda de que los hijos participan tanto en las disputas legales como en las personales de sus padres durante el periodo de convivencia. En mayor o menor medida, la crisis de pareja se manifiesta y afecta a los niños que necesariamente están involucrados en las decisiones que afectan a las relaciones con sus padres tras el cese de la convivencia.» VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, *ob. cit.*, págs. 87-88.

não é essa a sua função e correrá o risco de não ter a formação necessária a um papel que não lhe cabe exercer.

#### f) **Bibliografia citada**

ASTOR, Hillary, *Violence and Family Mediation: Policy* in «Domestic Violence, The Family, Law & Society», Ashgate, 2008

BERGARECHE, Raquel Luquin, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Cizur Menor: Thomson: Civitas, 2007

BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas alternativos de resolución de conflictos – una visión jurídica*, Madrid, Editorial Reus, 2009

BREITMAN, Stella, *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*, Porto Alegre, Criação Humana, 2001

BROWN, Henry J. e MARRIOT, Arthur L., *ADR principles and practice*, London, Thomson, 2005

VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender Mediación*, Barcelona, Paidós, 2003

CAMPOS, Joana, *O princípio da confidencialidade na mediação* in *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 318, 2009

CÁRDENAS, Eduardo José, *La mediación en conflictos familiares: lo que hay que saber*, Buenos Aires, Editorial Lumen/Hvmanitas, 1998

CORNELIUS, Helena e FAIRE, Soshana, *Tú Ganas / Yo Gano, Todos podemos ganar – cómo resolver conflictos creativamente*, Gaia Ediciones, 2007

CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar – Limites Materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*», N.º 25 da Coleção do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011

DIAS, Cristina Araújo, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: lei 61/2008 de 31 de Outubro*, Almedina, 2008

DIAS, Isabel, *Violência na família: uma abordagem sociológica*, Porto, Afrontamento, 2004

FARINHA, António, *Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais* in *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001

GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 201

- GARCÍA PRESAS, Inmaculada, *Los menores y la legislación de las comunidades autónomas relativa a la mediación familiar*, in «Derecho y Familia en el siglo XXI, Volumen I, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011
- GOMES, Júlio, *A mediação e o divórcio: A experiência norte-americana* in *Scientia Iuridica*, n.º 38, 1989
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2012
- GUERRA, Paulo, in *Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE*, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, Ministério da Justiça, Agora Comunicação, 2006,
- HERNÁNDEZ, Francisco rivero, *Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituídas*, in *Lex Familiae*, Ano 3, n.º 6, 2006
- LOPES, Dulce, PATRÃO, Afonso, *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra, Almedina, 2014
- LOPÉZ VALE, Alma, *Violencia de género: Posible revisión a partir de la noción de estigma femenino* in «Justicia restaurativa y violencia de género – Más allá de la Ley Orgánica 1/2004», Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014
- MARTÍN DIZ, Fernando, «*Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas*», in *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 33, 2014
- MARTINS, Rosa, *Direito de visita dos avós* in *Lex Familiae*, ano 2, n.º 3, 2005
- MARTINS, Rosa, «Responsabilidades Parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais», in *Lex Familiae*, n.º 10, 2008,
- MORLEY, Rebecca, *Is Law Reform a solution to Domestic Violence?* In *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001
- MURPHY, Jane C., RUBINSON, Robert, *Domestic Violence and Mediation: Responding to the Challenges of Crafting Effective Screens*, in «Domestic Violence, The Family, Law & Society», Ashgate, 2008
- PINHEIRO, Jorge Duarte, «A tutela da personalidade da criança na relação com os pais» in *Revista Scientia Iuridica* Maio/Agosto 2015, Tomo LXIV, Número 338
- PRESAS, Inmaculada Garcia, *La mediación familiar: una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, Madrid, La Ley, 2009

- RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divórcio: guarda conjunta dos filhos e mediação familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999
- SUARES, marines, *Factores de contraste entre mediación y terapia familiar*, pág. 1 disponível em [http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo\(1\).pdf](http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo(1).pdf)
- TAVARES, Lira Ramos de Oliveira, *Violência Doméstica e Mediação* in *Estudos sobre Mediação e Arbitragem*, Rio de Janeiro, ABC Editora, 2003
- URRIOL, Daniel J. Bustelo Eliçabe, *Ensayo: Mediación Familiar Interdisciplinaria*, Madrid, 1995
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar», in *Revista de Derecho de Familia*, n.º 67, 2/2015, Lex Nova, Thomson Reuters, 2015
- WALKER, Janet, *Introduction a la médiation familiale en europe et à ses caractéristiques spécifiques et avantages* in *La médiation familiale en Europe*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1998
- WILDE, Zulema D. e GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, Lisboa, Agora Publicações, 2003
- XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

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

Ano 3 • vol. 9 • jul.-set. / 2016

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**

## A INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

### **André Gonçalves Fernandes**

Graduado *cum laude* pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Mestre e Doutorando em Filosofia e História da Educação pela UNICAMP. Juiz de direito titular de entrância final. Pesquisador do grupo Paideia, na linha de ética, política e educação (DGP - Lattes) e professor-coordenador de metodologia jurídica do CEU-IICS Escola de Direito. Juiz Instrutor da Escola Paulista da Magistratura. Coordenador Estadual da ADFAS (Interior/SP). Colunista do Correio Popular de Campinas. Detentor de prêmios em concursos de monografias jurídicas e de crônicas literárias. Autor de livros publicados no Brasil e no Exterior e de artigos científicos em revistas especializadas. Titular da cadeira 30 da Academia Campinense de Letras.

### **Isabella Silveira de Castro**

Bacharelada em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC - Campinas) e estagiária em direito no escritório Barbosa Duarte e Portugal de Oliveira.

Palavras-Chave: Direito de Família, Abandono Afetivo, Crianças e Adolescentes.

*Keywords: Family Law, Affective Abandonment, Children and Adolescents.*

Resumo. O presente artigo visa comentar, partindo de decisão jurisprudencial, a responsabilização por abandono afetivo e contextualizar sua empiria, buscando evidenciar os aspectos sociológicos que contribuem para sua potencialização, além de apontar medidas que podem evitar o aumento das ocorrências. Destarte, o direito à convivência familiar relaciona-se diretamente à judicialização do abandono afetivo, evento nomeadamente familiar. A evolução da hermenêutica jurídica e a nova era de constitucionalização do direito ampliam a viabilidade de concretização de direitos anteriormente infensos à juridicidade familiar e, neste contexto, insere-se o presente estudo. A controvérsia reside na investigação dos fatores sociais que desencadeiam o abandono afetivo e, ademais, dos aspectos jurídicos que permitem, atualmente, a



responsabilização civil pelo mesmo fenômeno. Finalmente, busca-se refletir sobre alternativas para dirimi-lo.

*Abstract. This article aims to review, from a jurisprudential adjudication, the accountability for affective abandonment and to contextualize its empiricism, seeking to make evident the sociological aspects that contribute to its accentuation, as well as to identify measures that can prevent the increase of its occurrences. Thus, the right to family life is directly related to the judicialization of the affective abandonment, namely a family event. The evolution of juridical hermeneutics and the new era of constitutionalization of the Law expand the feasibility of the implementation of the rights previously averse to family juridicity, and the present work is put forth in this setting. The controversy lies in the investigation of the social factors that trigger the affective abandonment, and furthermore, of the juridical aspects that currently allow the civil liability of the same phenomenon. Finally, we seek to reflect on the alternatives to diminish or to adjudicate it.*

## **Acórdão**

### **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

(STJ - REsp 1159242 SP 2009/0193701-9, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI,  
Data de Publicação: DJ 10/05/2012)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o

*non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

## **Comentário**

A Ministra do STJ, Nancy Andrighi proferiu em 2012, no REsp 1159242, decisão ilustrativa quanto ao abandono afetivo, qual seja, a concessão de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo, em favor da filha e contra seu pai, que negligenciara o cumprimento de seus deveres familiares. Para adequada interpretação da decisão, forçosa análise, primeiramente, da conjuntura social atual, posteriormente, do regramento jurídico atinente à situação de fato em comento.

Na perspectiva sociológica, clarividente que os relacionamentos de longa duração estão em crise no mundo hodierno. O sintomático individualismo, elemento inegável da sociedade, contamina inclusive as relações afetivas e familiares. O incessante olhar para o *eu* e busca exclusiva de *minha* felicidade suscita a cegueira às necessidades do outro.

Neste sentido, o individualismo, a praga da era, pode ser apontado como um dos fatores da mentalidade divorcista, impondo as relações afetivas um termo,

isto é, sua durabilidade subordina-se aos benefícios pessoais delas advindos: exaurido todo proveito que da relação emana, rompe-se o vínculo afetivo.

Além disso, a transitoriedade iminente às relações afetivas demonstra a marcante tendência à negação de funções e papéis. Pouco importa a projeção que tem o sujeito na vida do outro e o papel que na sociedade está apto a desempenhar. Interessa apenas o sujeito singularmente considerado, ignorando-se sua relevância no coletivo.

Os relacionamentos, portanto, são instáveis e inseguros, fruto da (BENOIT, 2009:39) “*conjugalidade individualizada*”, a problemática aqui desmembrada, contudo, não diz respeito aos vínculos conjugais, mas sim, diz respeito ao amparo (ou desamparo) que recebem os filhos frutos dessas frágeis relações.

Outrossim, a estrutura e os papéis familiares sofreram significativa transformação. A mulher, que costumava dedicar-se exclusivamente à família, passou a lutar por um espaço de atuação profissional e política, com sua voz ampliada, adquiriu também maior relevância nas decisões do lar, assumindo papel cada vez mais ativo na educação de seus filhos.

Não apenas a estrutura familiar, aos poucos, as definições dos papéis sexuais alteram-se. Controla-se a natalidade, transfere-se quase que exclusivamente à mulher a decisão por ter ou não filhos, alçando ela uma posição monopolista no momento da procriação. Explica-se. Com inúmeras tecnologias à sua disposição, as mulheres possuem atualmente possibilidade de decidirem sozinhas a opção por terem ou não filhos, ignorando, diversas vezes, dentro das relações afetivas, o posicionamento do parceiro.

O distanciamento da figura masculina na determinação da prole e de sua quantidade vem distanciando o homem da assunção de suas responsabilidades paternas. O crescente protagonismo feminino é utilizado pelos homens como prerrogativa para eximirem-se da participação familiar.

Por outro lado, alguns pais, embora conscientes de suas responsabilidades familiares, confundem afeto com “financiamento familiar”: para eles suas responsabilidades liquidam-se com contribuições financeiras. Há, ainda, os pais que têm dificuldade em estabelecer vínculos afetivos por limitarem sua comunicação aos rendimentos escolares e à competitividade profissional. Nota-se de

similar, entre esses dois perfis, que as suas posturas associam-se ao consumismo e competitivismo, defluentes do capitalismo em voga.

De se apontar, ainda, que inúmeros são os reflexos, na sociedade atual, daquilo que foi nominado como *empoderamento feminino*. A mulher, antes submissa e restrita às atribuições do lar, aventura-se no mundo e conquista o espaço público. O exercício pela mulher de sua liberdade de atuação também fora do seio familiar é conquista valiosa. Entretanto, toda mudança provoca efeitos e, pela lei da vida, toda escolha importa numa abdicação.

Da mesma maneira, do alcance de novas possibilidades arquetípicas e da conquista do mercado de trabalho derivam a minoração do tempo de acompanhamento presencial dos infantes por seus pais. Incontornável, à vista disso, que a crescente conquista feminina de espaço, pode contribuir para carência afetiva experimentada pelas crianças no seio familiar.

Deslocando a perspectiva de análise para o ordenamento jurídico, notável que, acompanhando as modificações da sociedade, o direito em muito se desenvolveu no concernente à proteção da criança e do adolescente. Prova disso está, no ordenamento jurídico, há mais de 20 anos, a legislação específica a respeito: o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Pode-se especular ainda que a própria necessidade de uma legislação especial protetiva dos direitos dos menores tenha evidenciado-se ao legislador pela crescente dificuldade do fragilizado modelo empírico de família em suprir as necessidades dos menores. Assim, a legislação caminhará na contramão das passadas da sociedade: o desamparo, cada vez mais crescente, do menor.

Após a Carta Constitucional de 1988, a criança e o adolescente passam a ser particularmente tratados como sujeitos de direitos, tendo suas condições garantidas no artigo 227, *in verbis*, deste mesmo diploma legal, o qual estabelece ser dever constitucional da família, da sociedade e do Estado assegurar a proteção de todos os direitos da criança e do adolescente.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Extraí-se do dispositivo não apenas um arrolamento de direitos a serem efetivados - como vida, saúde, respeito, dignidade, etc.– como também o dever, a princípio da família e da sociedade, de assegurá-los. A doutrina denomina esta incumbência dualística, qual seja da família e da sociedade, em promover o direito dos menores, de princípio da solidariedade.

Nessa linha, deduz-se que, quando a família fracassa no cumprimento de seu dever, cumpre à sociedade e, depois, ao Estado assumirem a função assecuratória dos direitos dos infantes. Desta feita, inegável a qualidade de fundamental e indisponível dos direitos das crianças e adolescentes.

Em harmonia com os preceitos constitucionais, o ECA fundou normas protetivas relevantes e reafirmatórias do referido artigo 227 da Carta Magna, a exemplo do subscrito artigo.

Art.4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Inovadora e de extrema importância a referência, no ECA, a convivência familiar, elemento hoje unânime na doutrina. Winnicott (apud FACHNETTO, 2009:58) afirma que

a família da criança é a única entidade que possa dar continuidade a tarefa da mãe e (depois também do pai) de atender as necessidades do indivíduo. Tais necessidades incluem tanto a dependência como o caminhar do indivíduo em direção a independência. A tarefa consiste em fazer face às necessidades mutantes do indivíduo que cresce, não apenas no sentido de satisfazer a impulsos instintivos, mas também

de estar presente para receber as contribuições que são características essenciais da vida humana.

No mesmo sentido, aponta o Acórdão:

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

De fato, os afetos, contemporaneamente, tomaram um destaque de nomeada no Direito de Família. Os afetos, desde a aurora da civilização, sempre foram reconhecidos como uma potência humana, ao lado da inteligência e da vontade.

O estudo dos afetos, como uma nobre dimensão da antropologia, é um tanto recente na filosofia, tendo se iniciado pela fenomenologia, desenvolvido mais argutamente pelo emotivismo ético e, a partir do desgarramento epistemológico da antropologia filosófica, os afetos, hoje, têm seus delineamentos praticamente traçados pela psicologia que, em essência, busca compreender quase tudo da *démarche* mecânica das sensações e quase nada da motivação existencial das pulsões nascidas no interior do indivíduo.

Ao cabo, os sentimentos ou afetos terminam por serem mal compreendidos e, na realidade empírica social, confundidos com o sentimentalismo, uma deturpação da afetividade. Evidente que, no Direito de Família, essa ideia, quando transportada, dessa forma, para a dinâmica das relações conjugais e filiais, pode causar, muitas vezes, um certo abuso argumentativo e epistemológico da afetividade na positivação legislativa dessa dinâmica.

Pela hermenêutica contemporânea, segundo a qual a Constituição é o pilar de toda interpretação jurídica, o dogmatismo é gradativamente substituído pelo

compromisso de alçar a materialização das normas e, sobretudo, dos fundamentos constitucionais.

Nesta esteira, o direito dos infantes a convivência família é norma de hierarquia superior, integrante do art. 227 da Carta Magna, devendo ser utilizado, considerando a hermenêutica contemporânea, como princípio fundamental do Direito de Família.

Sabe-se, entretanto, que, pela própria natureza do direito, na convivência familiar, sua corporificação implica em ação pessoal dos pais. Dessarte, por mais que o Estado se utilize de meios jurisdicionais para compelir a ação dos progenitores, não conseguirá nunca garantir plenamente o referido direito, justamente por subordinar-se ele exclusivamente à ação *dos progenitores*. Isto é, trata-se de direito cujo objeto é ação *pessoal* e, tendo em vista que ninguém pode ser coagido a fato, sua efetivação resta fortemente debilitada.

Além disso, o direito à convivência familiar é um direito personalíssimo, reflexo da dignidade da pessoa humana. Os direitos de personalidade são direitos inatos e essenciais à realização da pessoa em sua totalidade existencial e transcendental e o direito à convivência familiar é um deles. Tais direitos não são apreciáveis economicamente e, uma vez violados, são irreparáveis.

Neste sentido, o legislador, almejando compensar o sujeito que tem seu direito violado e, concomitantemente, reduzir os casos de desrespeito, criou o dano moral. Dano moral é dano prejudicial à esfera pessoal do ser que, embora não apreciável economicamente, será valorado patrimonialmente com o intuito de compensar o dano sofrido.

Por isso, embora o direito utilize-se da indenização por dano moral projetando amenizar o dano e compensá-lo, é inábil a preencher o vácuo afetivo ocasionado por tempos de ausências passadas. Ademais, as determinações de prestações pecuniárias apenas compensam patrimonialmente, entretanto, o dano de projeção personalíssima, que afeta à esfera moral, é irreparável.

Dada sua irreparabilidade, não restam dúvidas que o mais apropriado é evitar a configuração do dano à criança, ou melhor, evitar a ausência afetiva. Pois, uma vez ingressado em vias judiciais, certo é que o problema já alçou proporções tais que tornam as circunstâncias praticamente irreversíveis.

Ora, qual o caminho, então, para evitar que o dano se configure? O modelo de família contemporâneo, o da família-mosaico, exige dos progenitores

maior sensibilidade para, vislumbrando a importância da convivência familiar no desenvolvimento sócio-afetivo de seus filhos, criem mecanismos aptos a garantir este direito.

Como ponto de partida, é necessário que os progenitores dispensem a mentalidade individualista e abdicuem de suas vontades imediatas, ponderando as necessidades de seus filhos. A criança ou adolescente, mais frágeis e em processo de formação sócio-afetiva, deveriam ser um fator considerado de modo privilegiado pelos pais. As limitações impostas pelo próprio trabalho, o protagonismo de um dos cônjuges e a cisão da relação afetiva dos pais são algumas das barreiras a serem enfrentadas para concretização da convivência familiar.

O primeiro obstáculo a ser superado pelos pais progenitores é o reconhecimento do direito da criança à convivência e, principalmente, o reconhecimento que a participação, na vida da criança, de um dos progenitores não exclui seu direito de convivência com o outro. A convivência com a mãe, por exemplo, não supre a carência afetiva de convivência com o pai.

Neste diapasão, o segundo obstáculo reside na dificuldade de se estabelecer os mecanismos mais aptos a garantirem a convivência saudável e duradoura no seio familiar entre pais e filhos. As famílias, todavia, revelam-se, atualmente, com configurações diversa e, portanto, cada família, avaliando suas peculiaridades, pode instrumentalizar sua rotina cotidiana na perspectiva de assegurar à criança uma história contínua e de constante construção de um viver e desviver-se de um pelo outro.

As dificuldades, no cotidiano frenético da vida contemporânea, são muitas. Por isso, o esforço dos progenitores torna-se ainda mais indispensável no estabelecimento não só de vínculos de afeto, forjados primariamente no seio familiar, mas, sobretudo, de amor.

Amar pressupõe conhecer, isto é, possuir, na mente, a forma daquele bem que atrai nossa vontade. Amar leva o indivíduo a laborar para o bem do ser amado, independentemente do cuidado de si. Hunter (2008:77-79) relata bem a questão do amor num diálogo entre um monge e um executivo. No retiro, o executivo afirma que

de fato, ontem à noite, fui à biblioteca e procurei amor no dicionário. Havia três definições e eu as escrevi todas: número



um, forte afeição; número dois, ligação calorosa; número três, atração baseada em sentimentos sexuais.

- Você vê o que eu quero dizer? O amor é definido um tanto mesquinamente e a maioria das definições envolve sentimentos positivos. O professor de línguas lhes explicou que muito do Novo Testamento foi originalmente escrito em grego e os gregos usavam várias palavras diferentes para descrever o multifacetado fenômeno do amor. Se bem me lembro, uma dessas palavras era *eros*, da qual se deriva a palavra erótico e significa o sentimento baseado em atração sexual e desejo ardente. Outra palavra grega para amor, *storgé*, é afeição, especialmente com a família e entre seus membros. Nem *eros* nem *storgé* aparecem nas escrituras do Novo Testamento. Outra palavra grega para amor era *philos*, amor recíproco. Uma espécie de amor condicional, do tipo “você me fez bem e eu faço o bem a você”. Finalmente, os gregos usavam o substantivo *ágape* e o verbo correspondente *agapaó* para descrever um amor incondicional, baseado no comportamento com os outros, sem nada exigir em troca. É o amor da escolha deliberada (...), um amor traduzido pelo comportamento e pela escolha, não o sentimento do amor.

- Claro, monge! Os sentimentos de amor talvez possam ser a linguagem do amor ou a expressão do amor, mas esses sentimentos não são o que o amor é. Como Teresa disse ontem, “o amor é o que o amor faz”.

E, no que toca ao amor aqui debatido entre o monge e o executivo, toma assento – como supremo exemplo “do amor que faz” – o amor materno, apontado, pelos literários, como o mais genuíno e verdadeiro. Embora o constante estudo dogmático faça com que a sensibilidade para o humano seja esquecida, está no reconhecimento da desrazão que existe na convivência familiar a chave para solução do abandono afetivo. Problemática tão delicada como esta, embora seja

hoje apreciada pelo direito, é um infortúnio social que deve ser evitado a todo custo<sup>193</sup>.

Por fim, Ferraz Junior (1991:25) acertadamente pondera que

estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo rendendo-se a ele.

### **Considerações finais**

Portanto, após singela análise da legislação brasileira somada à jurisprudência do STJ a respeito do assunto, conclui-se que a problemática a cerca da efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes na esfera familiar não será facilmente superada.

Dada peculiaridade do direito à convivência familiar - cuja ausência implica em abandono afetivo - sua materialização subordina-se à ação dos pais que, não podendo serem coagidos pelo Estado a cumprirem seus papéis, devem reconhecer o valor intrínseco no direito de seus filhos e espontaneamente cumprir seus deveres familiares.

Contudo, há aspectos sociais que deverão ser superados para que realmente seja possível dirimir o abandono afetivo. Certo é que os obstáculos impostos na contemporaneidade dificultam a formação de vínculos afetivos consolidados e harmônicos entre pais e filhos, mas os vínculos são de suma importância para o crescimento sócio-afetivo dos menores.

Por isso, a chave está na criação de mecanismos internos em cada família, que se justaponham às suas particularidades, aptos a superarem as barreiras atuais. O esforço incontinente dos progenitores para criação dos vínculos é elemento fundamental e, atrelado com a utilização das ferramentas criadas por cada

---

<sup>193</sup> O problema do abandono afetivo não é só nosso. Na realidade americana, para se evitar tal fenômeno deletério, devido ao crescente número de mulheres condenadas por crimes contra o patrimônio e por tráfico de entorpecentes, muitas penitenciárias passaram permitir a convivência com seus bebês. O tema é certamente controverso e aguardamos pelos resultados dessa nova experiência. Veja-se: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/05/1776188-bebes-vivem-com-maes-presas-em-penitenciarias-americanas.shtml>

família, pode contribuir para uma futura sociedade com indivíduos adultos bem resolvidos, que transmitirão aos seus filhos a importância que reconheceram em suas infâncias da relação familiar.

Ao cabo, cumpre ponderar que o ingresso em vias judiciais, embora vise compensar a falta de uma faceta essencial ao humano, a convivência familiar não preenche o vácuo afetivo criado pela ausência de um dos progenitores e não paralisa, na vida dos indivíduos abandonados afetivamente, os efeitos da ausência.

### **Referências bibliográficas**

BENOIT, Paul. *Le coût du nun mariage, enjeux d'une definition*. Paris: Gallimard, 2008.

FACHNETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1991.

HUNTER, James. *O Monge e o Executivo*. São Paulo: Sextante, 2008.

## A MENTALIDADE DIVORCISTA

### **André Gonçalves Fernandes**

Graduado *cum laude* pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Mestre e Doutorando em Filosofia e História da Educação pela UNICAMP. Juiz de direito titular de entrância final. Pesquisador do grupo Paideia, na linha de ética, política e educação (DGP - Lattes) e professor-coordenador de metodologia jurídica do CEU-IICS Escola de Direito. Juiz Instrutor da Escola Paulista da Magistratura. Presidente Estadual da ADFAS (Interior/SP). Colunista do Correio Popular de Campinas. Detentor de prêmios em concursos de monografias jurídicas e de crônicas literárias. Autor de livros publicados no Brasil e no Exterior e de artigos científicos em revistas especializadas. Titular da cadeira 30 da Academia Campinense de Letras.

### **Lucas Porcel Torquetti**

Bacharelado em Direito e aluno bolsista do programa de iniciação científica da Universidade Paulista (Unip - Campinas). Estagiário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Palavras-chave: Direito de Família, Separação, Divórcio, Estado, Mentalidade Divorcista.

*Keywords: Family Law, Separation, Divorce, State, Divorce Mentality.*

Resumo. O presente artigo visa comentar a extinção ou não do instituto da separação judicial, porque o surgimento da emenda 66/2010 – conhecida como *Emenda do Divórcio* – alterou o artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, ocasião em que teriam sido removidos os obstáculos para separação judicial ou extrajudicial, isto é, as exigências antecipadas da separação judicial ou da separação de fato mínima de dois anos. Assim, teria passado a existir a possibilidade de os cônjuges decidirem pelo divórcio direto sem qualquer pré-requisito. A controvérsia reside na investigação do posicionamento do legislador em

manter o instituto na Lei 13.105/15, bem como da corrente doutrinária favorável à separação, mesmo com o advento da emenda 66/2010, haja vista o entendimento jurisprudencial e de grande parte da doutrina sustentarem seu desaparecimento do ordenamento jurídico brasileiro, como efeito imediato de uma certa mentalidade divorcista que tomou conta do direito de família nas últimas décadas.

*Abstract. This article aims to review the termination or the continuity of the legal separation institute, since the establishment of the amendment 66/2010 – known as the Divorce Amendment – modified Article 226, paragraph 6, of the Federal Constitution, on which occasion the obstacles for judicial or extra-judicial separation were removed, that is, the anticipated requirements of the legal separation or of the two year minimal de facto separation were withdrawn. Therefore, emerged the possibility for the spouses to decide to divorce directly without any prerequisite. The controversy lies in the investigation of the legislator's position in keeping the institute on the Law 13.105/15 as well as in the doctrinal current in favor of separation even with the advent of the amendment 66/2010, given the jurisprudential as well as much of the doctrinal interpretation which supports its disappearance from the Brazilian legal system, as the immediate effect of a certain divorce mentality that has taken over the Family Law in recent decades.*

## **Acórdão**

### **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

(STJ - AREsp: 236619 DF 2012/0207590-3, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 22/10/2014)

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO DE INDEFERIMENTO - COMPETÊNCIA - EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 - DIVÓRCIO DIRETO - PARTILHA - NOME.

1. A competência das varas de família (art. 27- da Lei 11.697/08 (LOJDFT)) não contempla a demanda de indenização por dano moral supostamente causado por

um cônjuge ao outro, estando a matéria afeta à competência das varas cíveis. Precedentes TJDFT.

2. Após a EC 66/10, não mais existe, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da separação Judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja direito à ruptura do vínculo conjugal.

3. É possível a alteração, em segundo grau de jurisdição, da ação de separação judicial em ação de divórcio, quando verificado que as partes manifestam o seu interesse em por fim ao casamento.

4. Essa alteração também é cabível quando verificado que atende aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economia processual, efetividade da prestação jurisdicional e por se tratar de demanda que envolve direito de família, o que; naturalmente, enseja desgaste emocional e psicológico das partes envolvidas, não sendo viável a simples extinção do processo sem resolução do mérito para que haja a sua repositura.

5. Os bens, cuja existência e propriedade foram devidamente comprovados, devem ser partilhados na razão de 50 % (cinquenta por cento) para cada parte.

6. Deve ser suspensa a exigibilidade dos ônus da sucumbência se a parte é-beneficiária da gratuidade de justiça.

7. Negou-se provimento ao agravo retido e deu-se parcial provimento ao apelo da autora para suspender a exigibilidade dos ônus da sucumbência e decretar o divórcio do casal com a manutenção do nome de casada da autora e partilha dos bens no percentual de 50% (cinquenta por cento) para cada, nos termos contidos no voto do relator. A parte agravante viola os 2º, 128, 458, 460 e 535, I e II, do Código de Processo Civil. Assim posta a questão, observo que o acórdão recorrido se manifestou de forma suficiente e motivada sobre o tema em discussão nos autos, nos limites em que a questão foi apresentada pelas partes. Ademais, não está o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos apontados pelas partes, a fim de expressar o seu convencimento. No caso em exame, o pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido. Afasto, pois, a alegada violação dos artigos referidos. Em face do exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. Publique-se. Intimem-se.

## Comentário

A Ministra do STJ, Maria Isabel Gallotii proferiu em 2014, no AREsp nº 236.619, decisão determinante quanto ao assunto da separação, qual seja, a confirmação da conversão da separação judicial em ação de divórcio de ofício, tal como a extinção da separação Judicial, após a Emenda Constitucional 66/10 (EC 66/10).

O novo Código de Processo Civil (NCPC) trata da separação em alguns dispositivos, causando certo desconforto entre os doutrinadores que compõem a corrente majoritária. Dentre os que defendem a extinção da separação judicial ou extrajudicial, estão: Flavio Tartuce, Lenio Luis Streck, Paulo Lôbo, Edson Fachin entre outros. Pois bem, para melhor compreensão, cumpre analisar o parecer final do Senado Federal ao projeto de lei nº 166 de 2010 (NCPC), cujo relator foi o senador Vital do Rêgo, o qual rechaçou as propostas de alteração dos dispositivos relacionados à separação judicial do novo Código. As emendas foram apresentadas pelos senadores Pedro Taques, João Durval e Antonio Carlos Valadares.

O senador Vital do Rego argumentou no parecer<sup>194</sup> que: “É pacífico que, após a Emenda à Constituição nº 66, de 2010, não há mais qualquer requisito prévio ao divórcio. A separação, portanto, que era uma etapa obrigatória de precedência ao divórcio, desvestiu-se dessa condição”. Ou seja, em que pesem as alegações dos eminentes doutrinadores contrários à existência da separação, não resta dúvida tão somente sobre a extinção dos requisitos para o divórcio. Ademais, o instituto da separação é, ainda, objeto de discussão no âmbito da doutrina civilista.

Extrai-se ainda do texto:

Afinal de contas, a Constituição Federal apenas afastou a exigência prévia de separação para o divórcio, mas não repeliu expressamente a previsão infraconstitucional da separação e do restabelecimento da sociedade conjugal. Há quem sustente que a separação continua em vigor como uma faculdade aos cônjuges que, querendo “dar um tempo”, preferem formalizar

---

<sup>194</sup> Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego-1>>. Acesso em 20/01/2016.

essa separação, sem romper o vínculo matrimonial. Eventual reatamento dos laços afetivos desses cônjuges separados não haverá de passar por novo casamento, com todas as suas formalidades, mas se aperfeiçoará pelo restabelecimento da sociedade conjugal, ato bem menos formal, que pode ocorrer por via judicial ou extrajudicial.

Os estudiosos contrários consideram tal pensamento ultrapassado ao argumentar que a separação surgiu por influência ideológico-religiosa, cuja única função era a preservação da família. Partindo dessa premissa, o Estado se subjugava à corrente religiosa dominante e se intrometia na vida do casal criando óbice – lastro temporal – para a dissolução do casamento. Portanto, essa intromissão após longo período de transformações sociais, hodiernamente, violaria o Estado secular.

Contudo, a divergência baseia-se no sentido de que a separação tornou-se uma faculdade, justamente pela liberdade oferecida aos casais interessados em dissolver o vínculo matrimonial e, após, negociações, poder reatar. Afinal, com o restabelecimento da sociedade conjugal, os cônjuges não deverão formalizar novo casamento. Tal situação é possível, em razão dos interesses pessoais e patrimoniais dos entes familiares, motivo pelo qual a fundamentação não paira somente no campo religioso. Mas não é só.

Paira, como um *Zeitgeist* pós-moderno, no bojo do posicionamento que, digamos, mais lembra um panfleto anticlerical, uma certa mentalidade divorcista na órbita do direito de família. Aqui, faremos um breve e necessário parêntesis. A trajetória do casamento indissolúvel no Brasil (e, de resto, no mundo) seguiu um ciclo de ascensão e declínio ao longo dos séculos. A partir do cristianismo, sempre se afirmou a doutrina do casamento como instituição natural, isto é, a união de um homem e uma mulher, visando à ajuda mútua e à procriação e educação dos filhos, formalizada perante a autoridade da comunidade e, por natureza, indissolúvel, com valor para todos os homens, eis que sob a égide de um direito natural.

A doutrina da indissolubilidade natural do matrimônio foi majoritária em todo o direito medieval e influenciou os códigos civis de todos os países cristãos, a ponto de o casamento indissolúvel ser a regra em toda a Europa a partir do século XII. Situação que permaneceu sólida até a metade do século passado, com a



introdução do divórcio na legislação dos países ocidentais. De lá para cá, além das altas taxas de ruptura conjugal, sentimos os efeitos sociais das legislações divorcistas.

Em primeiro lugar, empiricamente, notamos a queda da taxa de natalidade, porque a cisão causada pela divórcio gera uma instabilidade familiar que provoca a diminuição dos nascimentos. De outra parte, os filhos perdem qualidade de vida, não só afetiva, mas também econômica, cujo maior consequência será o desencadeamento de uma geração de filhos de divorciados, os quais tenderão a perpetuar a mesma conduta. Em outras palavras, divórcio gera divórcio.

Em segundo lugar, a sensação de incerteza do divórcio acarreta um efeito perturbador no ambiente social, que repercute em maior insegurança existencial: a notícia de um relacionamento desfeito causa uma perturbação no tecido social que, aos poucos, esmorece as forças morais para a efetivação de uma relação duradoura e estável. O ambiente desestimula o esforço pessoal pela unidade do casal.

Nesse contexto, toma corpo uma mentalidade divorcista, a se instalar na sociedade e propagar a ideia do casamento como um fator limitador da liberdade, impeditivo da felicidade a dois, desnecessário para o aperfeiçoamento virtuoso da própria personalidade, inútil para o ser-com-e-para-o-outro e impediante à uma consumação amorosa plena.

Essa epistemologia divorcista, depois de tomar conta da sociedade, penetra na mentalidade do legislador e, com o tempo, passa a assumir foros de imperatividade. Assim, o monopólio do divórcio efetiva-se, escanteando o instituto da separação. E todo esse raciocínio é esfumado pela apresentação justificante de uma fórmula que, por sua singeleza, parece responder tudo, mas que, na realidade, não explica nada, por confundir secularidade com secularismo e reduzir a experiência ontológica e estética do homem à estrita imanência cientificista e mecanicista, muito disponível nas gôndolas do pensamento débil que assola o mundo jurídico: o dito Estado secular.

Retomando o raciocínio suspenso, além do NCPC, conforme já salientado anteriormente, o Código Civil, por sua vez, regula normas de natureza material, e no tocante à separação, arguiu o Senador no texto, que “o novo Código de Processo Civil deve contemplar as vias processuais a fim de instrumentalizar a efetivação do instituto até a sua previsão ser expressamente revogada”.

Dessa forma, enquanto o Código Civil não for revogado expressamente no tocante à previsão da separação e do restabelecimento da sociedade conjugal, deve o Código de Processo Civil – norma que instrumentaliza a concretização dos direitos materiais – contemplar expressamente as vias processuais desses institutos cíveis.

O parecer do senador foi comentado, em um recente artigo<sup>195</sup> escrito pelo doutrinador Flavio Tartuce, no qual ele transcreve praticamente todo o parecer do parlamentar e discorre sobre a separação no novo código. Argumentou, em síntese, que a manutenção do instituto no NCPC é um retrocesso. Vemos, aqui, mais uma evidência da mentalidade divorcista. Por outro lado, ele, curiosamente, deixou de trasladar um fragmento da fundamentação do senador em que ele cita o Enunciado nº 514 das Jornadas de Direito Civil. O enunciado assim dispõe:

*Enunciado nº 514. “Art. 1.571: A Emenda Constitucional n.66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.”*

As Jornadas de Direito Civil não expressam o entendimento do Conselho da Justiça Federal nem tampouco do Superior Tribunal de Justiça; todavia, representam o entendimento médio das respectivas comissões temáticas, comissões estas compostas por importantes e renomados civilistas do país. Desta maneira, cumpre analisar algumas das justificativas para elaboração do enunciado, a fim de colher o posicionamento doutrinário que defende a existência da separação, mesmo após o surgimento da EC 66/2010, e igualmente compreender a manutenção do instituto, no NCPC, pelo legislativo.

O artigo 1.571 do Código Civil prevê a separação como uma das modalidades de dissolução da sociedade conjugal, e após o surgimento da EC 66/2010, o instituto foi um dos temas discutidos na seara do Direito de Família e Sucessões por ocasião da V Jornada de Direito Civil. A renomada civilista Regina

---

195

Disponível

em:

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI227654,31047Da+infeliz+manutencao+da+separacao+de+direito+no+novo+Codigo+de>> Acesso em 20/01/2016.

Beatriz Tavares da Silva em sua justificativa<sup>196</sup> pela manutenção da separação, mesmo após o advento da emenda, pontuou que:

*A EC 66/2010 alterou o art. 226, § 6º, da CF e facilitou o divórcio ao eliminar seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar os institutos da separação e da conversão da separação em divórcio. Essa norma da CF é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies.*

E continuou ao sustentar que a inviolabilidade de crença e o respeito ao direito fundamental à liberdade, disposições contidas na Constituição Federal, art. 5º, dão, aos cônjuges, a escolha na espécie dissolutória.

A manutenção da separação decorre do respeito ao direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, caput), na escolha na espécie dissolutória. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC, art. 1.577), o que não ocorre no divórcio, que dissolve o vínculo conjugal. Por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF, art. 5º, VI e VIII); a supressão da separação violaria o direito de regularização do estado civil dos que têm crença que não admitem o divórcio. *Em caso de pedidos contrapostos de separação e de divórcio, este deve prevalecer.* (destaques nossos).

---

<sup>196</sup> Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>> Acesso em 20/01/2016

No mesmo sentido foram as justificativas<sup>197</sup> da jurista Heloisa Helena Gomes Barboza e do desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Caetano Levi Lopes, que seguem respectivamente:

Nessa medida, deve-se entender que a EC 66 não extingui a possibilidade de separação consensual (não mais sujeita, porém, a prazo mínimo de convivência) ou judicial, sob pena de afronta à liberdade de decisão dos cônjuges, constitucionalmente garantida, e de graves prejuízos aos interessados (cônjuges e filhos), decorrentes da supressão injustificada do período de transição e de deliberação sobre a vida da família, em seus aspectos pessoais e patrimoniais.

(...) Tem havido entendimento no sentido de ter a Emenda Constitucional n. 66, de 2010, revogado as disposições relativas à separação judicial. Entretanto, a referida emenda somente aboliu o requisito temporal para o divórcio e, enquanto não houver lei revogando as normas do Código Civil de 2002 que regem a separação judicial, esta continua sendo uma faculdade legal para o casal.

Ou seja, nessa mesma esteira de interpretação, foi o posicionamento do senador Vital do Rêgo citado anteriormente.

Portanto, o pressuposto religioso atribuído à separação carece de fundamentação sólida, como defendido pelos doutrinadores contrários, a exemplo de Lenio Luiz Streck, em seu artigo<sup>198</sup> publicado pela Conjur, onde descreve:

Assim, perde o sentido distinguir-se *término* e *dissolução* de casamento. Isso é simples. Agora, sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato

---

<sup>197</sup> Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>> Acesso em 20/01/2016

<sup>198</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>> Acesso em 20/01/2016.

do casal. Nada mais adequado a um Estado laico, que imputa inviolável a liberdade de consciência e de crença (CF/88, art. 5º., VI) (*rectius*: Estado laico, aqui, é compreendido, a nosso ver, como Estado ateu, e que, por possuírem pressupostos epistemológicos tão diferentes, não podem estabelecer relação de sinonímia).

A obediência a esses direitos fundamentais é de imperiosa observação, de modo que, a mesma fundamentação deve ser considerada aos casais que, por critérios éticos e morais oriundos de sua crença religiosa ou da exigência de prazos para avaliação dos efeitos da separação no seio familiar – tanto num caso como noutro, lastreados no princípio da liberdade individual – são contrários ao rompimento imediato do vínculo conjugal, optando pela separação, como defendido pelos juristas citados.

Contudo, com o escopo de resguardar o direito à vida, à liberdade, à integridade física e etc., em casos de pedido formulado pelo réu em desfavor do autor, no tocante à separação *versus* divórcio, este deve prevalecer em vista da supressão dos requisitos para o divórcio direto, por força da EC 66/2010.

Outro recente artigo<sup>199</sup>, cujo autor foi o jurista Paulo Lôbo, é apropriado para análise. No texto, ele sustenta a revogação tácita de todos os dispositivos do Código Civil ligados ao instituto da separação por força da EC 66/2010 e argumenta ainda que a inclusão do termo “separação”, teve o intuito de causar um efeito repristinador da norma revogada, de maneira que as referências à “separação” e “separação convencional” contidas no NCPC, devem ser relacionadas à separação de fato tão somente.

Com efeito, ressalte-se a observação<sup>200</sup> feita por Daniel Amorim Assumpção Neves, na qual se argumenta que a inserção do instituto no código emergente, isto é, sua previsão procedimental, não sobreveio com o propósito de reviver o direito material ou sequer confirmou sua eliminação do ordenamento

---

<sup>199</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-criou-ou-restaurou-separacao-judicial>> Acesso em 20/01/2016

<sup>200</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense São Paulo: Método, 2015. p. 381.

jurídico brasileiro. Tal diagnóstico demonstra certa concordância com as hipóteses procedimentais alusivas à separação.

### **Considerações finais**

Portanto, após singela coleta de posicionamentos doutrinários somada à jurisprudência do STJ a respeito do assunto, conclui-se que a discussão, em torno da separação, não foi superada. Há os que sustentem sua previsão, mesmo após o surgimento da EC 66/2010 e a adequada previsão no NCPC. E os que defendem sua revogação tácita, após o advento da EC 66/2010, tratam a separação como um instituto morto sem eficácia, tornando-o inoperante no NCPC.

Contudo, mesmo que a maior parte da doutrina proponha, em conjunto com a jurisprudência majoritária, a extinção da separação, a sobrevivência do instituto no NCPC, somada à ilação dos juristas que defendem a separação como instituto plenamente válido no ordenamento jurídico, demanda a necessidade de maiores debates, sobretudo no campo legislativo, tendo em vista a opção escolhida pelo legislador em manter as previsões da separação no NCPC, sem se olvidar da análise dos efeitos da mentalidade divorcista que cunha o sinal dos tempos atuais, conferindo-lhe peso e medida específicos e não puramente ignorando-os nos pressupostos da discussão em foco.

Por fim, cabe lembrar o papel do Supremo Tribunal Federal a fim de se decidir o alcance e o sentido do comando normativo contido na EC 66/2010, pois, diante da desídia histórica de nosso poder legislativo em solucionar obscuridades de sua competência, por vezes, de maior complexidade, a dificuldade em estabelecer a existência ou não da separação está longe de ocorrer, pela via legiferante, substituída, como tem sido rotineiro, pela atividade hermenêutica de nossa Corte Suprema.

### **Referências bibliográficas**

<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>. Acessado em 20.01.2016.

<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI227654,31047-Da+infeliz+manutencao+da+separacao+de+direito+no+novo+Codigo+de.> Acessado em 20.01.2016.

[http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial.](http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial) Acessado em 20.01.2016.

[http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view.](http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view) Acessado em 20.01.2016.

[http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego-1.](http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego-1) Acessado em 20.01.2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense São Paulo: Método, 2015. p. 381.

## NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

As regras de formatação são as seguintes:

- (a) Tamanho do papel: A4;
- (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 25 páginas, sendo que cada lauda deve ter 2.100 caracteres – sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia;
- (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 - título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 - notas de rodapé (não utilizar notas de fim);
- (f) Espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) Destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) Citações: entre aspas e sem recuo;
- (i) As citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). Se possível, citações de doutrina estrangeira.
- (j) Título do artigo em português e em inglês;
- (k) Sumário.

Em folha de rosto:

- (a) Nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado;
- (b) Lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;



(c) Resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços.

Todos os artigos são submetidos ao processo *Blind Peer Review*, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos inéditos devem ser encaminhados pelo *e-mail* [rdfas@adfas.org.br](mailto:rdfas@adfas.org.br)