

RDFAS

REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ANO 6

EDIÇÃO ESPECIAL

COORDENAÇÃO

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

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

Ano 6 • Edição especial • nov. / 2019

Coordenação

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

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

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

Ano 6 • Edição especial • nov. / 2019

CONSELHO EDITORIAL

Conselho Editorial Internacional

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

Conselho Editorial Nacional

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy 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

ISSN. 2358-2057

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

Ano 6 • Edição especial • nov. / 2019

Coordenação

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

Comissão de redação

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

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

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

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

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

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

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

Visite nosso site
www.adfas.org.br

Fechamento desta edição: [11.10.2019]

APRESENTAÇÃO

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

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

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

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

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

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

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

SUMÁRIO

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

DOCTRINA NACIONAL

A tutela do corpo feminino pelo estado como reflexo do patriarcalismo na construção do direito brasileiro e as inconstitucionalidades da Lei de Planejamento Familiar (Lei n. 9.263/1996)

The protection of the female body by the state as a reflection of patriarchy in the construction of brazilian law and the unconstitutionality of the Family Planning Law (Law 9.263/1996)

Bianca Marcico	8
----------------------	---

A inconstitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil

The unconstitutionality of article 1.641, II of the Civil Code

Gabriela Martins Carmo, Ana Flávia Martins François e Daniel Mota Gutiérrez	35
---	----

Os reflexos da extrajudicialização da multiparentalidade nos direitos sucessórios dos ascendentes

The reflections of the extrajudicialization of multiparentality in the successor rights of the ascendants

George André Lando e Eriane Curado de Souza	50
---	----

Ética e família - questão de princípios

Ethics and family-question of principles

Liane Aparecida Sampaio	69
-------------------------------	----

NORMAS DE PUBLICAÇÃO	80
-----------------------------------	-----------

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

Ano 6 • Edição especial • nov. / 2019

DOCTRINA NACIONAL

**A TUTELA DO CORPO FEMININO PELO ESTADO COMO REFLEXO DO
PATRIARCALISMO NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO E AS
INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR (LEI N.
9.263/1996)¹**

*THE PROTECTION OF THE FEMALE BODY BY THE STATE AS A REFLECTION
OF PATRIARCHALISM IN THE CONSTRUCTION OF BRAZILIAN LAW AND THE
UNCONSTITUTIONALITIES OF THE FAMILY PLANNING LAW (LAW 9.263/1996)*

Bianca Marcico

Orientação: Kelly Cristina Canela

Resumo: Trata-se de um estudo calcado na ótica de Simone de Beauvoir, sobre influências da construção sociológica dos papéis de gênero na estruturação normativa da sociedade brasileira atual. Sintetiza-se a evolução do papel atribuído à figura feminina na sociedade conjugal, dentro de nosso país, e como essa posição influenciou e foi influenciada pelos diplomas normativos da legislação civil. O enfoque principal consiste no questionamento quanto às prescrições normativas contidas na Lei de Planejamento (Lei n. 9.263/1996), a qual é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. enquanto diploma que limita a liberdade e autonomia individual. Por fim, conjuga-se a análise das perspectivas de gênero com a necessidade de reformulação do dispositivo legal, ante a disparidade fática existente entre os sexos.

Palavras-chave: Gênero. Direito Civil. Direitos da Mulher. Esterilização. Maternidade.

Abstract: *It is a study, based on the view of Simone de Beauvoir, on influences of the sociological construction of gender roles in the normative structuring of the current Brazilian society. It synthesizes the evolution of the role attributed to the female figure in the conjugal society within our country and how this position*

¹ Como citar este artigo: MARCICO, Bianca. A tutela do corpo feminino pelo estado como reflexo do patriarcalismo na construção do direito brasileiro e as inconstitucionalidades da Lei de Planejamento Familiar (Lei n. 9.263/1996). *In* Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, nov. 2019, v. Especial, p. 8-34.

influenced and was influenced by the normative texts of civil legislation. The main focus is the questioning of the normative prescriptions contained in the Planning Law (Law 9.263 / 1996), which is the subject of two Direct Actions for Unconstitutionality. as a law that limits individual freedom and autonomy. Finally, the analysis of the gender perspectives is combined with the need to reformulate the legal system, given the existing gender gap.

Keywords: *Gender. Civil Right. Women Rights. Sterilization. Maternity*

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações iniciais e apontamentos históricos; 2.1 Ser Mulher: Uma Construção Histórica e os reflexos no seu papel social; 2.2 Apontamentos sobre o direito romano 3. Alguns apontamentos sobre o direito civil brasileiro a partir da proclamação da república; 3.1 A Lei do Casamento Civil – Decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890; 3.2 O Código Civil de 1916. 4. Panoramas atuais; 4.1 Contracepção – Um encargo feminino; 4.2 Perspectiva Constitucional; 4.3 O Código Civil de 2002 e a Lei de Planejamento familiar (Lei n. 9.263 de 1996); 5. O debate no Supremo Tribunal Federal; 5.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.097; 5.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.911. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O presente estudo visa a análise da atual legislação brasileira sobre o planejamento familiar ante o debate levantado no Supremo Tribunal Federal, com o questionamento da constitucionalidade de vários de seus comandos. Cumpre ressaltar que a lei em questão, como será demonstrado, não obstante garanta direitos mínimos aos cidadãos quanto ao planejamento reprodutivo, ainda encontra barreiras atitudinais dos órgãos encarregados de sua aplicação e culturais, com efetiva sobrecarga à mulher da responsabilidade pela contracepção e planejamento familiar.

A priori, cumpre elencar que a mera análise da legislação atual não se perfaz sem um subsídio teórico sobre a questão das perspectivas de gênero, assim, é necessária uma breve síntese bibliográfica sobre a questão dos papéis socioculturais atribuídos aos gêneros, especialmente quanto às questões de

maternidade e paternidade, o que será realizado através do método histórico-bibliográfico. A título de marcos teóricos a serem estabelecidos, sendo Roma o berço do direito civil ocidental, importante a realização de um breve paralelo entre as construções de gênero da antiguidade e a sua consolidação normativa através do direito romano.

Perpassada essa fundamentação histórica passasse à análise da sociedade conjugal no direito brasileiro no período pós proclamação da república, com ênfase na dinâmica das relações de poder entre o homem e a mulher.

A análise dessas relações de poder se faz necessária na medida em que comparada com as informações colacionadas sobre a aplicação e interpretação da lei em questão, muito embora seja igual à ambos os sexos, se traduz em inegável desigualdade fática.

De outro, ainda que se traduzisse em plena simetria no âmbito de sua aplicação à ambos os sexos, o debate constitucional levantado, conforme se elucidará, transcende a questão, pois tem como ponto nevrálgico a autonomia da vida privada, face o controle estatal do pleno exercício dos direitos da personalidade.

2. Considerações iniciais e apontamentos históricos

2.1 Ser Mulher: Uma Construção Histórica e os reflexos no seu papel social

Simone de Beauvoir nos informa que não se nasce mulher, mas sim, torna-se “mulher”. A diferença biológica entre os sexos é um dado fático de alteridade que não encontra nenhum paralelo, pois é pré-existente a construção das estruturas sociais, como a diferenciação racial, entre classes ou religiosas².

Os sexos, além de coexistirem, completamente interdependentes, pois necessária a sua união para a constituição de uma comunidade que garanta a continuidade da espécie. Dessa forma, o ser humano é convidado a pensar a sua própria existência face a outro ser humano o qual é, ao mesmo tempo, seu oposto e seu complemento.

A alteridade explicitada gera reflexos na questão da dinâmica de poder vigente na sociedade. Simone reflete sobre a compreensão que o gênero

² BEAUVOIR, S. de. O Segundo Sexo: Fatos e Mitos. Tradução Sérgio Milliet. 4 ed. Librarie Gallimard, Paris. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. p. 14.

feminino tem de seu papel como sendo “o outro”, ou, a alteridade submetida, em razão do dado biológico inegável da superioridade da força física do sexo masculino.³

A relação construída entre a mulher e seu pai e, depois, seu marido é forjada com uma força superior a qualquer outra, a força de saber que a sua existência e posição dentro da sociedade depende exclusivamente de seu senhor, pois o detentor do poder, o que lhe impõe a necessidade social de submeter-se às suas vontades.

Em que pese a evidência da força física masculina ser inegavelmente superior à feminina, a realidade da geração da vida é atributo exclusivo das mulheres. Portanto, se de um lado existe o poder de subjugar, de outro, há o poder de sobrevivência e continuidade do grupo.

Nesse sentido, dada a evidência biológica, historicamente o mistério da criação da vida é retirado do mito da divindade feminina, anteriormente celebrado por culturas pré-patriarcais ocidentais, e se perfaz na construção de um mito baseado na força viril do homem, na sua força física, o que coloca a mulher na posição de mera coadjuvante.

GIMBUTAS⁴ colaciona em seu estudo uma miríade de evidências sobre a existência, na Europa Antiga nas quais aponta sociedades que abrangem desde a atual Escandinávia até a Grécia, de culturas matrilineares. Nestas culturas a mulher detinha o mistério da criação e, portanto, atribuía-se lhe uma posição distinta na sociedade, como senhora de si e, também, da família.

É por volta de 4.500 a 2.500 a. C., com a ocorrência das invasões bárbaras na Grécia, que a estrutura social foi reformulada, através da miscelânea cultural que substitui uma religiosidade focada em uma divindade feminina, por uma divindade masculina⁵.

Esta perspectiva se perfaz muito bem elaborada por Silva⁶ ao compilar um estudo sobre a influência da tradição grega na construção social do

³ Ibidem p. 16.

⁴GIMBUTAS, Marija Alseikaité. The living goddesses. Edited and supplemented by Miriam Robbins Dexter. Berkeley e Los Angeles - California: University of California Press, 2001. London – England: : University of California Press Ltd., 2001 – Passim p. 181 -194.

⁵ OLIVEIRA, Rosalina. Em nome da mãe: o arquétipo da Deusa e sua manifestação nos dias atuais. In. Revista Ártemis. ISSN – 1807-8214. NÚMERO 3 – Dezembro de 2005. . Disponível em: <[http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article /view File /2 200/1939](http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/200/1939)> Acesso em 19 jun. 2018. Passim p. 5-7.

⁶ SILVA, Maria de Fátima. A tradição grega em Simone de Beauvoir, Le deuxième sexe.

papel da mulher, sob a ótica de Simone de Beauvoir. Aduz que como não foi possível retirar do sexo feminino a evidência empírica da maternidade, procurou atribuir à mulher um papel secundário, na criação.

Pode-se aventar dos estudos de Aristóteles⁷ que na concepção o homem forneceria a energia ativa, através do esperma, e a mulher a passiva, através da menstruação, do que se pode vislumbrar a consolidação dos ideais míticos de um deus-pai sobrepujando uma deusa-mãe.

Não é outro o sentido que se pode atribuir ao lecionado por Beauvoir⁸: “Pensou-se durante muito tempo, pensa-se ainda em certas sociedades primitivas de filiação uterina, que o pai não participa de modo algum na concepção do filho: as larvas ancestrais infiltrar-se-iam sob a forma de germes no ventre materno. Com o advento do patriarcado, o macho reivindica *acreme* sua posteridade; ainda se é forçado a concordar em atribuir um papel à mulher na procriação, mas admite-se que ela não faz senão carregar e alimentar a semente viva: o pai é o único criador.” (grifos no original) A crença do papel secundário atribuído à mulher somente foi rechaçada com o advento dos microscópios, no século XIX.⁹

Deste modo, pode-se perceber a construção social de um papel para o gênero feminino no qual se atribui à mulher a condição de nutriz, de cuidadora, ou, a que mantém, a que conserva a vida, vida esta que é gerada pelo homem, e, portanto, seu direito.

2.2 Apontamentos sobre o Direito Romano

Em consonância com o pensamento aristotélico pode-se observar a constituição da família romana como um corpo político baseado na autoridade do

The Greek tradition in *Le deuxième sexe* by Simone de Beauvoir. Belo Horizonte: Sapere Aude, v. 2, n. 3, Junho. 2011 – ARTIGO. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/15538/1/A%20tradi%C3%A7%C3%A3o%20grega%20em%20Simone%20de%20Beauvoir.pdf>> Acesso em 25 jun. 2018.

⁷ ARISTOTLE. *GENERATION OF ANIMALS*. 715a-716a, 726b-727b – passim. With an English translation by A. L. PECK, M.A., Ph.D. fellow of Christ's College, Cambridge, and University Lecturer in Classics. p. 15-16, 169-181. London: William Heinemann Ltd. CAMBRIDGE, MASSACHUSETTS: Harvard University Press, MCMXLHI.

⁸ BEAUVOIR, S. de. Id. p. 29.

⁹ Ibidem – Passim p. 29-30.

*paterfamilias*¹⁰. Este era investido dos poderes de *manus* e de *potestas* ou, a autoridade do rei e a do magistrado sobre os *filiefamilias*, grupo no qual se agregavam os submetidos pelas relações de parentesco, os servos, escravos e patrimônio do grupo.¹¹ Nesse sentido, a organização estatal não se aperfeiçoava em um relacionamento estado-indivíduo, mas sim, através da relação estado-*paterfamilias-filiesfamilia*.¹²

No direito romano mais antigo o *paterfamilias* era o sacerdote e o juiz, cabendo-lhe não somente a gerencia do grupo familiar, mas também a aplicação do direito às relações, com a possibilidade, inclusive, de determinar a pena de morte dos *filiesfamilias*. Tal autoridade fundamenta o “*ius vitae et necis*” (direito de vida de morte) sobre os recém-nascidos.¹³

Muito embora a abrangência de tal poder, pouco a pouco ele foi sendo diminuído, através de mudanças legislativas, como a imposição da necessidade de se realizar um conselho doméstico para aplicação de penas aos *filiesfamilias*. Exponente da evolução, Justiniano, limita o poder dos *paterfamilias* à uma mistura de poder de correção e disciplina, além de sujeitar a mulher à tutela direta de seu marido, e não mais ao *paterfamilias*, ainda que aquele fosse um *filiusfamilias*.¹⁴

É importante ressaltar que a titulação de *paterfamilias* somente era atribuída a homens, portanto as mulheres sempre se submetiam à uma tutela perpétua, seja de seu genitor, do *paterfamilias* de seu marido, ou, posteriormente, diretamente ao seu marido. E, em que pese a sua capacidade jurídica tenha evoluído ao longo do tempo, essa não se igualou a dos homens¹⁵ pois ainda que uma mulher fosse chamada *materfamilias*, a ela não se lhe garantia qualquer

¹⁰ *Paterfamilias* e *filiusfamilias* não são termos de parentesco, mas antes um termo que traz mais o senso de soberano e servo, assim, o *filiusfamilias* poderia ter filhos e esposa, o que não lhe garantiria a titularidade de *paterfamilias*. Quanto a mulher, ela também era considerada *filiusfamilias*, porém nunca poderia ser *paterfamilias*. Por outro lado, se é possível colocar o termo como tendo origem no chefe antigo das *gens*, ou o título *pater* que se dava ao divino, ao soberano. In: BONFANTE, P. Istituzioni di diritto romano. Ristampa della X Edizione. Torino: G. Giappichelli (editor) - Stabilimento Poligrafico Editoriale (S.P.E.) di C. Fanton, 1957. p. 148 -149.

¹¹ Ibidem p. 147.

¹² Ibidem – Passim p. 143-147.

¹³ Ibidem p. 160-161.

¹⁴ Ibidem p. 164-165.

¹⁵ Ibidem p. 57-58.

autonomia na condução de sua vida e exercícios de seus direitos, assim o é, pois “La regina è suddita del re”¹⁶.

Em virtude do exposto a mulher que não estivesse submetida ao poder de nenhum *paterfamilias* se encontrava em posição *sui generis*, pois não poderia ser nem sujeito ou objeto no direito de família, o que lhe inviabilizava o matrimônio.

A importância de um matrimônio válido pelas leis romanas, consiste no fato de que o filho somente era considerado legítimo quando proveniente do casamento válido. Além de válido, símile ao nosso código civil, somente se poderia considerar legítimo o filho se o nascimento houvesse ocorrido no mínimo 180 dias após o casamento e no máximo 300 dias após a sua dissolução¹⁷.

Não obstante a necessidade de matrimônio válido, ainda existiam regras restritivas da mulher viúva, como o decurso do prazo de um ano da viuvez, a fim de se evitar a *turbatio sanguinis*¹⁸. Notável a influência de tais institutos do direito romano no direito de família atual, eis que nosso código tem prescrições semelhantes.¹⁹

Destarte, tão grave a preocupação com a possibilidade de *turbatio sanguinis* que a mulher que violasse o período de luto, bem como o homem que a despossasse e o *paterfamilias* que autorizasse a união, recebiam a pena de “infâmia” que se perfaz na expurgação de certas capacidades jurídicas da pessoa. Ressalte-se que esta pena também podia ser aplicada aos falidos, aos *soldados expulsos do exercício*, os que praticavam usura, os condenados por crimes públicos e por alguns crimes privados²⁰.

Como se pode observar a questão da legitimidade da prole, e portanto a necessidade de um casamento válido, era tamanha que a mera

¹⁶ “A rainha é súdita do rei” (tradução livre) - Ibidem p. 153.

¹⁷ OLÍS RODEBLA, S. J. El matrimonio en derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma: Libreria Editrice Universita Gregoriana, Piazza Della Pilotta, 4 - 1970. P. 230.

¹⁸ Ibidem p. 205-207.

¹⁹ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;[...] – Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em 19 jun. 2018.

²⁰ L. 1 D. *De his qui not. If.* 3, 2, interpolata. Cfr. Gaii, Inst. IV, 182. Il catalogo degli infami è opera di Giustiniano: l’Editto dek Pretore (così amonisce Gaio) enunciava né singoli casi le persone non ammesse a postulare e le dichiarava *infames* o *ihnominosae*.. Apud BONFANTE, P. Id. p. 62-63.

possibilidade de sua turbação ocasionava sanção equiparada à aplicada a tipos penais.

Por outro lado, cumpre salientar que tais restrições estavam estritamente vinculadas à questão da prole legítima, pois somente às mulheres a quem se conferia o *status de materfamilias*, é que elas eram aplicadas. No mesmo sentido, Ieciona Canela²¹: “[...] a honestidade feminina era apresentada como um valor fundamental e um dever a ser cumprido até mesmo com sacrifícios. As mortes de Lucrecia e Virgínia são exemplos. Tal dever, entretanto, provavelmente não era dirigido a todo o gênero feminino, mas especialmente às mulheres com *status de materfamilias*.”

Observa-se, então, que a preocupação primordial não é, evidentemente, com a autorrealização da mulher, ou mesmo, como se poderia pensar, com a preservação de uma espécie de moral casta vigente à época, em realidade o que o direito romano busca tutelar é a garantia da linhagem e da pureza da descendência.

Tal preocupação se conjuga com as perspectivas apontadas por Simone de Beauvoir sobre a posição da mulher como um ser cuja função precípua é carregar e nutrir outro ser.

Ante a existência da certeza biológica da maternidade, logrou-se a limitação legal das hipóteses de paternidade certa, o que, conjugado com a ideia de ser o sêmen o responsável pela criação da vida, relega a mulher ao papel de um objeto necessário à consecução de um fim, ou seja, gerar prole legítima.

3. Alguns apontamentos sobre o direito civil brasileiro a partir da proclamação da república

Sem querer perscrutar em aspectos tão amplos quanto a formação do Estado Brasileiro, eis que tal argumentação demandaria uma análise muito mais profundo do que a ora proposta, cumpre elencar que nosso país esteve sob os domínios portugueses até 1822, quando proclamada a independência.

Ao passo que somente alçou a condição de país republicano em 1889, período histórico a partir do qual nos baseamos para construir perspectivas

²¹ CANELA, Kelly Cristina. O estupro no direito romano. São Paulo, SP: Cultura Acadêmica, 2012. P 23

sobre o ordenamento atual, ante a necessidade de delimitação dos marcos teóricos a serem observados.

3.1 A Lei do Casamento Civil – Decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890

A título de perspectiva histórica, convém destacar os principais pontos presentes neste Decreto, que indicam a diferença de posição social entre o homem e a mulher, como a diferenciação da idade núbil²²; a possibilidade de casamento para evitar a imposição de pena criminal²³; o fato de ser efeito do casamento as prerrogativas concedidas ao marido, como fixar o domicílio do casal, administrar a família e os bens desta, bem como autorizar, ou não, o exercício de profissão pela esposa.²⁴

Nesse sentido, colaciona-se o trecho trazido por Mariano²⁵ sobre a interpretação da legislação quanto ao exercício do pátrio poder: Em nota de rodapé n. 01 “[...] A posse das filhas, enquanto são menores, e dos filhos até completarem a idade de seis anos concedida á mãe, é uma necessidade em bem dos próprios filhos, *além de ser reconhecimento dos princípios da moral com relação especialmente a posse das filhas.*

Nulla o casamento, sem culpa da mulher, nada impede, de certo que tenha ella em seu *poder as filhas, sobre as quaes ninguém poderá ter mais cuidados, mais vigilância, e mais interesses.*

Quanto aos filhos menores de seis anos, que é a idade em que ainda não aparecem as exigências da educação, é mais natural estarem eles na companhia de quem, por deveres maternos, por amor e pelos laços que a natureza impõe, lhes póde dispensar todos os carinhos, e disvellos, que não se encontram, senão nos entes, os quaes a mesma natureza concedeu a missão nobre e sublime de servir-nos de guia, nos primeiros passos da vida.

Depois da idade de seis anos, *a posse dos filhos pertence aos pais, por que são estes mais aptos para ministrar-lhes a educação e a instrucção.[...]*”

Ao analisar a letra da lei, em consonância com a interpretação *supra* percebe-se a construção de um papel feminino na sociedade brasileira no qual a

²² “art. 7, § 8 fixação da idade núbil em 14 anos para mulheres e 16 anos para os homens.” MARIANO, L. Commentario á Lei do Casamento Civil: (Dec. N. 181 de 24 de janeiro de 1890). 1 ed. Rio de Janeiro: Officina de Obras do Jornal do Brasil – Gonçalves Dias 54,1898. p. 22.

²³ Ibidem p. 30.

²⁴ Ibidem p. 65.

²⁵ Ibidem p. 124.

mãe é a responsável pelo afeto e o pai pela instrução, o que se pode traduzir, nos dias atuais, como o responsável pelo sustento.

Pode-se, então, comprovar o papel subalterno e díspar que é conferido à mulher, ao não se lhe confiar a tutela de negócios tidos como importantes, tais como a instrução dos filhos, ou a gerência de patrimônio, o que acaba por construir um ordenamento jurídico e uma cultura social com características que se sobrepujam à autonomia da vontade e à livre expressão dos direitos femininos.

3.2 Código Civil de 1916

Decorridas duas décadas da lei do Casamento Civil, mas ainda no mesmo contexto histórico, ocorre a elaboração e promulgação de um Código Civil pátrio, o Código Civil de 1916. Como era possível se esperar não há, em tal diploma, quaisquer alterações quanto à elevação da mulher a um sujeito que possui os mesmos direitos dos homens, pode-se, inclusive, notar até uma tutela maior sobre o poder masculino em relação à direção da família e controle sobre os filhos.

No diploma normativo a capacidade civil da mulher resta limitada, quando esta é casada²⁶, no que se consolida que o homem é declarado como o chefe da sociedade conjugal, sendo pertencentes a ele os poderes de administração do patrimônio, inclusive o patrimônio particular da mulher, além de poder decidir sobre o exercício profissional de sua esposa.²⁷

Não obstante todos os tipos de limitações que as mulheres sofriam tem-se que a preocupação com a prole legítima é algo completamente infiltrado na sociedade, petrificando-se na exigência da supressão dos direitos sexuais femininos,

²⁶ “Art. 2. de *Todo homem é capaz* direitos e obrigações na ordem civil.[...] Art. 6. *São incapazes*, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] II. *As mulheres casadas*, enquanto subsistir a sociedade conjugal. BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm> Acesso em 20 jun. 2018.

²⁷ Art. 233. *O marido é o chefe da sociedade conjugal*. Compete-lhe:I. A representação legal da família.II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311). III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). IV. *O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal* (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III). V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277. Ibidem.

ao se tipificar como erro essencial o fato de a mulher não ser mais virgem à época do casamento.²⁸

E, no mesmo espírito da Lei do Casamento Civil, a tutela na direção da vida dos filhos é incumbência do pai, sendo a sua decisão prevalente sobre a da mãe, ainda que se lhe ressalve a possibilidade de recurso ao Juiz.²⁹ Todavia, cabe questionar, quem recorrerá ao Juiz para se sobrepor àquele que é seu tutor e responsável pelo seu sustento?

Assim, símile ao ordenamento romano, a mulher brasileira, até o advento do Estatuto da Mulher Casada³⁰, esteve sob constante tutela do pátrio poder, não podendo, de *per si*, exercer os seus direitos personalíssimos como a escolha de seu domicílio ou o exercício de sua profissão. Outrossim o impedimento de sua efetiva participação na condução da educação e formação da prole comum se pode sentir reverberar até o presente, quando lhe é tolhido o direito, de *per si*, decidir não ter mais filhos.

Mantém-se a mulher em papel meramente coadjuvante, sendo a sua opinião somente considerada, quando ausente o marido, o que se perfaz em uma institucionalização sistemática do desvalor da opinião feminina quanto aos rumos da vida conjugal e do planejamento familiar. Desta forma, soa ingênuo crer que a mulher, apenas 16 anos após lhe serem conferidos direitos equivalentes aos do homem na condução do núcleo familiar, conseguiu empoderar-se a ponto de deter as condições para exigir de seu cônjuge o consentimento legalmente necessário, para a realização de sua esterilização voluntária.

4. Panoramas atuais

A Constituição Federal declara a igualdade entre homens e mulheres, assim as odiosas diferenças existentes entre os sexos, as quais já haviam

²⁸ Art. 219. *Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: [...] IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.* Ibidem.

²⁹ Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, *exercendo-o o marido com a colaboração da mulher.* Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962). Parágrafo único. *Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai,* ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência. (Incluído pela Lei nº 4.121, de 1962). Ibidem.

³⁰ BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm> Acesso em 25 jun. 2018.

se tornado inconstitucionais em 1988, foram finalmente revogadas com a sobrevinda de novo diploma normativo³¹, entretanto a aplicação da legislação ainda encontra barreiras em uma cultura institucionalizada de sujeição patriarcal, conforme se irá demonstrar.

Cumprir dizer que embora a igualdade perante a lei já esteja pacificada, pois já instituídos ordenamentos que igualam a condição de ambos os sexos, observa-se que essa igualdade meramente formal perpetua uma negação das disparidades fáticas existentes, as quais são fruto de uma construção histórica, e assim, nega-se a necessidade de uma reavaliação do conteúdo de certos diplomas legislativos, bem como de sua interpretação.

A título de exercício hermenêutico ressalta-se que a visceralidade dos valores protegidos pelo direito penal torna mais perceptível a necessidade da criação de medidas que combatam o machismo existente na sociedade, como as já protagonizadas³², enquanto a sutileza imanente ao direito civil, muito embora seja o regulador de toda a estrutura do tecido social, torna mais árdua a tarefa de demonstrar a disparidade existente no tocante a aplicação das exigências jurídicas aos sexos, eis que a igualdade formal já foi proclamada. Assim, ante a sua naturalização, o sistema é condicionante e condicionado por seus próprios defeitos.

Tal afirmação se perfaz cristalina ao se constatar que os níveis de objetificação da mulher se tornaram tão alarmantes, que houve a necessidade de uma intervenção legislativa para ser declarado ilegal o uso de algemas em mulheres presas durante o parto, pós-parto e puerpério³³ o que, se observa, ocorreu quase uma década após a edição da Súmula Vinculante n. 11³⁴ que limita a casos excepcionais o uso de algemas em pessoas presas. Ora, é patente a presença de dois pesos e duas medidas e da mentalidade social que remanesce sobre a

³¹ Código civil de 2002

³² Ressalta-se as medidas tomadas como o programa depoimento sem dano, as medidas destinadas a evitar revitimização da vítima de estupro e a orientação sobre a não inquirição de sua vida sexual pretérita, ou, ainda, sem adentrar na amplitude da discussão, os questionamentos sociais promovidos sobre a criminalização do aborto.

³³ Art. 1 O art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689... [...]Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.” BRASIL. Lei n. 13.434, de 12 de abril de 2017. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)... Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13434.htm> Acesso em 24 jun. 2018.

³⁴ Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11. Brasília, Sessão Plenária de 13/08/2008 - DJe de 22-8-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV& base=baseSumulasVinculantes>> Acesso em 19 jun. 2018.

objetificação do corpo da mulher e de seu trato como mera incubadora ao ser necessário a criação de um diploma legislativo que explicita ser errado algemar uma mulher durante o ato de parir.

4.1 Contracepção – Um encargo feminino

Na esteira do trato da mulher enquanto responsável pela manutenção da prole e pela procriação tem-se como recorrente na literatura que a preocupação com a contracepção é encargo do sexo feminino, como se o fato de carregar em seu ventre o feto se transformasse em uma obrigação de prevenção de uma possível gravidez indesejada.

E, ainda que a esterilização feminina seja uma cirurgia mais complicada que a masculina, conforme compilação feita por Lima³⁵: “[...] ligadura das trompas implica na necessidade de internamento, anestesia, cuidados com o pós-operatório; o homem, após a vasectomia tem a possibilidade de andar e realizar atividades corriqueiras. [...] O que é evidenciado com a exposição de BRAUNER (2002) “[...] são as mulheres que realizam a maior parte das esterilizações, *em virtude do errôneo entendimento de que a esterilização masculina interfere na potência sexual do homem.*” [...] *O mito da impotência gera a escusa dos homens e impele as mulheres a traçarem, por elas e sobre elas mesmas, as atitudes concernentes aos métodos utilizados para a contracepção.*” (grifos nossos)

No mesmo sentido é a conclusão efetivada em estudo sobre a percepção masculina da contracepção: *“Como era de se esperar, as relações de gênero aparecem como um dos grandes fatores no pequeno número de homens que participam do Programa. Quando participam, ainda possuem a consciência que a responsabilidade é da mulher.* [...] Mesmo que na atual conjuntura, na qual as mulheres estão cada vez mais quebrando os limites de suas casas e indo para o mercado de trabalho, tornando-se chefes de sua família, o processo de *contracepção ainda não é relativamente proporcional.*”³⁶ (grifos nossos)

³⁵ LIMA, L. C. A mulher e o planejamento familiar: Uma discussão sobre gênero. P. 7. Disponível em: <http://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_mulher_e_o_planejamento_familiar_um_discussao_sobre_genero.pdf> Acesso em 19 jun. 2018.

³⁶ NOGUEIRA I. L., et. al. Participação do homem no planejamento reprodutivo: revisão integrativa. Rev Fund Care Online. 2018 jan./mar.; 10(1):242-247. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.9789/2175-5361.2018.v10i1.242-247>> - Acesso em 19 jun. 2018. p. 05.

Notável, nos estudos a recorrência de que o homem atribui à questão da fertilidade a identificação de sua pessoa enquanto homem-gênero, ou o seu papel social de chefe, de líder, enquanto à mulher se busca reforçar o papel social da maternagem, conforme BRAUNER³⁷: “Essa visão idealizada da maternidade trouxe a noção da “mãe perfeita”, que foi tradicionalmente vinculada aos estereótipos *femininos da submissão, proteção e abnegação da mulher, destinada a gerar e dar um sentido a sua vida quando da reprodução, sendo considerada digna de respeito somente quando seu desempenho nas atribuições impostas pela maternidade respondesse aos interesses da sociedade.*”(grifos nossos)

Assim, pelo exposto, conclui-se que a ideia de que os cônjuges estariam em pé de igualdade ao se exigir de ambos o consentimento do outro para a realização de uma esterilização é mera falácia, pois derivada de uma falsa simetria, na qual se nega toda a construção social de um ordenamento, que até há cerca de duas, três décadas³⁸ entendia a mulher como cidadã de segunda classe, na questão da chefia familiar. Bem como, que o nosso ordenamento apenas atribuiu capacidade jurídica à mulher, equivalente à capacidade do homem, há 50 anos³⁹.

4.2 Perspectiva Constitucional

Com o advento da Constituição Federal de 1988 é fato que certas disposições presentes no Código Civil de 1916 podiam ser consideradas como não recepcionadas, ante os princípios da igualdade⁴⁰, e dignidade da pessoa humana⁴¹, todavia, tal fato não nos permite concluir que os parâmetros constitucionais de igualdade e dignidade foram imediatamente aplicados, até mesmo em razão de a interpretação do direito ser um produto de seu tempo.

³⁷ LIMA, L. C. Ibidem.

³⁸ Promulgação do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal, respectivamente.

³⁹ Promulgação do Estatuto da Mulher Casada.

⁴⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 14 jun. 2018.

⁴¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; Ibidem.

A própria Constituição ao declarar que a família possui especial proteção do Estado⁴², bem como o fato de o planejamento familiar ser livre decisão do casal⁴³, possibilita a interpretação de tais dispositivos como objeto de tutela estatal e declara uma suposta paridade de condições de autonomia de um gênero frente a outro, que, como já se discorreu, não é verdadeira quanto ao tema contracepção.

A fim de ilustrar a questão da desigualdade material convém recordar o histórico julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19, o qual versou sobre a constitucionalidade da Lei n 11.343-2006. No julgamento, decidiu-se pela constitucionalidade da referida norma. O tema recorrente foi a relação social desigual existente entre homens e mulheres e a necessidade de o ordenamento jurídico resguardar a parte mais fraca da relação, ou seja, a mulher, igualando os desiguais, na medida de sua desigualdade.⁴⁴

Ora, indiscutível, inclusive declarado pelo Supremo Tribunal Federal que a relação doméstica entre o homem e a mulher é díspar e, portanto, deve ser objeto de tutela corretiva a fim de se igualar o exercício dos direitos fundamentais de ambos os sexos. Cumpre ressaltar, inclusive, que a lei n. 11.343-06 elenca como uma forma de violência à mulher a restrição de seus direitos reprodutivos⁴⁵. Assim, ao se confrontar a lei n. 11.343-06, que se trata de política afirmativa para o reequilíbrio dos papéis sociais do gênero, com a lei de planejamento familiar, verifica-se que esta constitui-se em óbice à aplicação plena daquela.

Portanto, infere-se que a Constituição não está sendo cumprida quando se limita a autorrealização do ser em razão de uma medida proibitiva que não encontra amparo nos valores por ela elencados, a saber a dignidade da pessoa

⁴² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. *Ibidem*.

⁴³ § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas *Ibidem*.

⁴⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19. Requerente: Presidente da República. Julgada procedente em 29 abr. 2014. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, trânsito em julgado em 08 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 24 jun. 2018.

⁴⁵ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: III - a violência sexual, [...] que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm acesso 22.06 as 10:32

humana⁴⁶, ao se justificar a suposta proteção ao instituto familiar, traduzida por perspectivas normativas restritivas da possibilidade de esterilização voluntária, como fator de sobreposição à liberdade individual.

4.3 O Código Civil de 2002 e a Lei de Planejamento Familiar (Lei. 9.263/1996)

O Código Civil de 2002 foi promulgado em uma sociedade que havia eleito a igualdade como um de seus valores fundamentais, assim, nada mais natural que a garantia de capacidade jurídica a ambos os sexos.⁴⁷

Tal diploma normativo estabeleceu como marco etário para a aquisição de capacidade civil a idade de 18 anos⁴⁸. Confrontando-se tal assertiva com a restrição imposta para a esterilização voluntária, pela Lei de planejamento familiar, qual seja, a idade mínima de 25 anos, ou a existência de dois filhos vivos⁴⁹, nota-se outra contradição normativa, uma vez que, ao maior de 18 anos é garantida a plena autonomia de vida e o exercício dos direitos por si mesmo, todavia, o Estado obsta-lhe a liberdade para decidir qual o melhor método para exercitar, ou não, seus direitos sexuais e reprodutivos.

A fim de se dimensionar a patente inconstitucionalidade presente no diploma normativo em questão, bem como a sua ínsita injustiça, ressalta-se que uma mulher maior de 18 anos possui, ao menos em tese, capacidade de ser

⁴⁶ “Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é- considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular” e também O indivíduo deve servir de “limite e fundamento do domínio político da República”, pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado (CANOTILHO, 2000). “De acordo com a denominada “fórmula

do objeto, a dignidade é violada nos casos em que o ser humano é tratado não como um fim em si mesmo, mas como mero instrumento para se atingir determinados objetivos.”. NOVELINO, M. Curso de direito constitucional. - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 253.

⁴⁷ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em 19 jun. 2018.

⁴⁸ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Ibidem.

⁴⁹ Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e *maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos*, [...]. BRASIL. Lei n. 9.263, 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm> Acesso em 15 jun. 2018.

criminalmente responsabilizada pela interrupção de uma gravidez indesejada⁵⁰, ao passo que, sob uma justificativa de imaturidade a lei lhe obsta a realização da esterilização voluntária, o que impediria a concepção indesejada.

Nítida a diferença dos valores preservados, com um claro incentivo ao exercício da função reprodutiva pela mulher, pois ao mesmo tempo que o ordenamento lhe dificulta o acesso a meios de contracepção, permanentes ou não, os quais deveriam ser sua escolha, impõe-lhe a obrigação de prosseguir na manutenção de uma gravidez indesejada, sob pena de lhe ser imposta sanção criminal.

O art. 1.513 do Código Civil⁵¹ prescreve que a vida familiar é de cunho privado, sendo vedada qualquer interferência, seja pública ou privada, assim, verifica-se que a prescrição não é observada ao se legislar para fim de limitar as hipóteses legais de esterilização voluntária, o que se traduz em um injustificável limite à autonomia da vontade, não somente da mulher, mas também do casal. Ademais, em nosso ordenamento não há qualquer exigência de fertilidade para a validade do casamento, ou mesmo, ser a esterilidade motivo para a sua anulação, eis que a união conjugal não se baseia exclusivamente em fins reprodutivos.

Por outro lado, o nosso ordenamento não mais alberga a distinção entre a capacidade dos cônjuges, todavia, não se lhes pode chamar iguais, pois como já demonstrado desde a Sociedade Romana se constrói uma estrutura social que objetifica as mulheres, sendo a sua capacidade jurídica em nosso ordenamento somente equiparada a do homens há poucas décadas, portanto ao se lhe exigir a autorização do companheiro para a realização da esterilização perpetua-se uma condição na qual a mulher não é sujeito de direitos, mas mero objeto existente para a persecução do fim reprodutivo, atingindo o verdadeiro *status de materfamilias*, ou a mulher apta a gerar prole legítima.

Por fim, insta salientar que o enunciado n. 275 do CFJ-STJ elaborado nas *Jornadas de Direito Civil* prevê que: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição (princípio

⁵⁰ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro 1940. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 18 jun. 2018.

⁵¹ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Ibidem BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002.

da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.⁵² Tal orientação somente vem a acrescer à ideia da inconstitucionalidade dos limites impostos à realização voluntária presentes na lei n. 9.236-96, eis que se perfaz em um diploma normativo que limita a livre autonomia do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, tratando o indivíduo como um produto a ser, por um meio estatal, incentivado a procriar.

Sobretudo, perpassado o questionamento sobre a própria existência das limitações legais existentes quanto à esterilização voluntária, observa-se que, ainda assim, a lei claramente não é observada, conforme excerto retirado de reportagem divulgada em sítio eletrônico governamental: “[...] tem todo um procedimento dentro do SUS. Tem que assinar, tem que estar ciente, é uma decisão do casal, não pode ser uma decisão individual”. Para fazer a laqueadura é obrigatória a assinatura do marido ou de outro responsável. Como foi o caso da brigadista de 39 anos, Valquíria Solto. Ela tem dois filhos e é mãe solteira. Para fazer a laqueadura, o pai dela assinou a autorização da cirurgia.”⁵³ Ou seja, em uma reportagem com o fito de se divulgar uma ação realizada no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), exaltando-se a sua suposta eficiência, verifica-se a completa violação e anulação dos direitos da personalidade de uma mulher plenamente capaz ao se reforçar que lhe foi exigido uma autorização de seu genitor para a realização da esterilização. Em que pese o fato ter ocorrido em 2014, não se pode deixar de lado a possibilidade perfeitamente factível de transpô-lo à Roma Antiga, quando a mulher submetida ao *paterfamilias* não possuía vontades autônomas.

Não é diferente o teor das experiências relatadas por Drauzio Varella: “Esses bebês indesejados pelos pais vêm ao mundo como consequência da ignorância e da dificuldade de acesso aos métodos de contracepção. Embora no papel o programa brasileiro de *planejamento familiar* seja considerado dos mais avançados, na prática chega capenga à população de baixa renda. As pílulas

⁵² TARTUCE, F. Manual de Direito Civil: Volume Único. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. P. 89.

⁵³ CHAGAS, K. 34852-Em um ano, foram realizadas mais de 60 mil laqueaduras pelo SUS. Agência Saúde Pub. 09 de Dezembro de 2014, 11h38. Última atualização:09/12/14 11h38. In: Blog da Saúde – Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/570-destaques/34852-em-um-ano-foram-realizadas-mais-de-60-mil-laqueaduras-pelo-sus>> Acesso em 19 jun. 18.

distribuídas nos postos de saúde são as mais baratas do mercado (e que mais efeitos colaterais provocam); os anticoncepcionais em adesivos a serem trocados apenas uma vez por semana, ideais para vencer a indisciplina das adolescentes como os estudos demonstram, não estão disponíveis; os dispositivos intra-uterinos (DIU) são virtualmente ausentes; e, camisinha à vontade, só no carnaval. Conseguir *vasectomia* ou *laqueadura de trompas pelo SUS*, então, é o verdadeiro parto da montanha. Há que marcar consulta com os médicos, com a assistente social e com a psicóloga. *São meses de peregrinação pelos corredores dos hospitais públicos que mães ou pais de cinco filhos são obrigados a fazer, para ouvir perguntas como: “E se você se separar de sua esposa e casar com outra mais jovem? E se seus filhos morrerem e você quiser outros?”*. Na cartilha que o Ministério da Saúde distribui às gestantes, está garantido acesso à laqueadura a toda mulher com mais de 25 anos que tenha dois ou mais filhos, gratuitamente, pelo SUS. Alguém sabe disso?”⁵⁴ (Grifos no original)

Soa absurdo o Estado interferir na autonomia privada das pessoas com perguntas as quais lhe devassam a esfera mais íntima do ser, a fim de que consigam efetivar um direito, o de se prevenirem contra uma gravidez indesejada, gravidez, inclusive, que caso ocorra, não será possível de ser interrompida, eis que, em nosso ordenamento, o aborto, nesses casos, ainda é crime.

Conclui-se, da análise dos relatos, um elaborado sob a ótica de um profissional da saúde pública e outro da de uma usuária, o qual foi veiculado em órgão de comunicação oficial, que, muito embora seja um direito garantido por lei a possibilidade da realização de uma esterilização cirúrgica pela mulher, a realidade se traduz em uma reiterada violação desta garantia.

Assim, o corpo da mulher, pois ela é quem suporta a gestação, é tutelado pelo Estado como uma extensão da proteção ao casamento e, poder-se-ia dizer, como uma tutela dos direitos de decisão sobre a perpetuidade da espécie como forma de garantia de nossa sobrevivência, ainda que a custo da autonomia feminina. Nesse sentido, cristalina a violação da dignidade da mulher pois é tratada como meio e não como um fim em si mesma.

⁵⁴ VARELLA, D. *Controle de Fertilidade*. Pub. orig. 13 de abril de 2011. Revisado em 6 de março de 2018 Disponível em: <<https://drauzio varella.uol.com.br/drauzio/artigos/controle-da-fertilidade/>>- Acesso em 19 jun.18.

5. O debate no Supremo Tribunal Federal

5.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.097

A Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP) propôs, em 13 mar. 2014⁵⁵, uma ação direta de inconstitucionalidade, a qual foi registrada sob o número 5.097, a fim de questionar o dispositivo constante na Lei n. 9.236 de 96, que exige a anuência do cônjuge para a realização de esterilização voluntária⁵⁶.

Na ação o Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM), bem como o Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) pleitearam a atuação como *amicus curie*, o que foi admitido por decisões prolatadas aos 27 fev. 2015 (IBDFAM) e 19 set. 2016 (NUDEM e IBCCRIM). Atualmente o processo encontra-se concluso desde 22 set. 2016⁵⁷, sem nenhum andamento. É a síntese do andamento processual.

A questão levantada pela ANADEP se perfaz com, em primeiro lugar, o questionamento do termo planejamento familiar, o qual estaria ultrapassado, devendo-se adotar a denominação de planejamento reprodutivo, eis que a reprodução, com os avanços tecnológicos presentes na sociedade, pode ocorrer fora da estrutura de um núcleo familiar tradicional.⁵⁸

Aduz que a exigência de se condicionar o desejo de esterilização voluntária à anuência de um terceiro, o cônjuge, é um ato atentatório à Constituição Federal, violando os dispositivos que tratam do livre planejamento familiar e da autonomia corporal.⁵⁹ Neste sentido, nem mesmo a existência da sociedade conjugal, caracterizada pelo *affectio maritalis*, tem o condão de justificar a exigência de anuência de um terceiro, pois: “o conceito atual de família dissociou-se do escopo reprodutivo, sendo caracterizada pela existência de um vínculo de afeto entre seus

⁵⁵: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.097. Autor: ANADEP – Associação Nacional de Defensores Públicos. Brasília, proposta em 13 de março de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5097&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 24 jun. 2018.

⁵⁶ Art. 10 [...] § 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. BRASIL. Lei n. 9.263, 12 de janeiro de 1996. *Ibidem*.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.097. *Ibidem*

⁵⁸ ANADEP, Petição Inicial, p. 10, In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.097. *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 23.

membros. Assim, surge a família eudemonista, que é aquela que tem como objetivo principal a plena realização e felicidade de seus membros, valorizando-se o indivíduo e tornando a família não mais um fim em si mesma, mas sim um meio para que seus integrantes alcancem a felicidade.⁶⁰

A entidade constrói seu raciocínio jurídico apontando ser a mulher o sujeito que mais sofre as consequências de uma gravidez⁶¹, no mesmo sentido o NUDEM se manifesta ao colacionar dados que indicam a desproporcionalidade quanto a procura e realização de serviços de contracepção entre os gêneros.⁶²

Ademais, a fim de apontar a total dissonância da norma de planejamento familiar com o escopo do ordenamento jurídico o IBCCRIM prescreve que a criminalização de condutas que são a expressão da liberdade sexual e reprodutiva⁶³ se traduzem em uma violação à autonomia da vontade, pois o valor social protegido pelo ordenamento em questão não se sobrepõem à diminuição do valor individual que ele acarreta⁶⁴, deste modo verifica-se que não existe uma justificativa plausível para se proteger um direito, especialmente se a proteção vai de encontro à vontade de seu titular.

No decorrer do processo, convém ressaltar o parecer do Senado Federal: “Mas em relação às mulheres a norma traz uma proteção adicional contra abusos, contra laqueaduras realizadas sem o consentimento consciente.”⁶⁵ Desta fala convém ressaltar a utilização de uma suposta atitude de proteção na qual coloca a mulher em uma situação de que não poderia, por si, decidir o que é melhor para o seu corpo. No parecer, aduz-se que o fato da realização de cirurgias de esterilização por mulheres ser tão maior, quando em comparação com a sua realização por homens, seria um fator apto a reforçar a necessidade de autorização da realização da cirurgia pelo cônjuge, como meio de se forçar a participação do homem no

⁶⁰ Ibidem, p. 23.

⁶¹ In: Mulher e planejamento familiar, in Mulher, sociedade e direitos humanos: Homenagem à Professora Doutora Esther de Figueiredo Ferraz, São Paulo: Rideel, 2010, p.447. Apud ANADEP, Petição Inicial, p. 14. In: Ibidem.

⁶² NUDEM, Parecer de ingresso como *Amicus curie*, p. 12. In: Ibidem.

⁶³ Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei [...] Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave. BRASIL. Lei n. 9.263, 12 de janeiro de 1996, Ibidem.

⁶⁴ SIEGEL, Reva B: *Los argumentos de igualdad sexual a favor de los derechos reproductivos: su fundamento crítico y su expresión constitucional en evolución*. En: Bergallo, Paola: Justicia, género y reproducción. Librarías, 2010. Apud IBCCRIM, Parecer de ingresso como *Amicus curie*. p. 27. In: Ibidem.

⁶⁵ SENADO FEDERAL, Parecer em Ação Direta de Inconstitucionalidade, p. 05. In: Ibidem.

planejamento reprodutivo⁶⁶, o que, conforme já explicitado não ocorre em virtude de fatores estruturais intrínsecos na sociedade. E, sobretudo, afirma que a eventual liberdade de contracepção, caso concedida e, cito, “*se traduzirá em opressão para muitas mulheres.*”⁶⁷, o que não poderia ser mais irreal, eis que, na atualidade, as mulheres encontram-se completamente a mercê de seus cônjuges, caso queiram realizar a esterilização voluntária. Por outro lado, há de se considerar que caso a mulher opte por não realizar a esterilização, o cônjuge não terá o poder de se lhe obrigar que o faça, e, até mesmo, anote-se que conforme já citado neste trabalho⁶⁸ e também indicado pela ANADEP⁶⁹, a responsabilidade sobre a contracepção já é totalmente atribuída à mulher.

Atualmente, o processo ainda não foi objeto de outras deliberações, que não as já elencadas, no que se aguarda o desdobramento do debate proposto.

5.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5911

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em 08 mar. 2018⁷⁰, a qual foi registrada sob o número 5.911, com o fito de questionar a constitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 9.236 de 96, para além do já questionado na ADI 5.097, os dispositivos que exigem a idade mínima de 25 anos, ou existência de dois filhos vivos, para a realização da esterilização voluntária, além da existência da expressão “visando desencorajar a esterilização precoce” no texto legal. Tal ação foi distribuída, estando, até a presente data, sem nenhuma movimentação processual.

Em uma expressão mais vanguardista da tutela dos direitos da personalidade, tal ação se soma à ADI 5.097, pois amplia o debate sobre a realização integral dos direitos da personalidade ao se questionar a incongruência das exigências presentes no referido diploma legal, com a idade exigida pelo ordenamento para atribuição da plena capacidade jurídica às pessoas.

⁶⁶ Id, p. 5-6. In: Ibidem.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Neste, p.13.

⁶⁹ Apud ANADEP, Petição Inicial - passim. In: Ibidem.

⁷⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.911. Autor: PSB – Partido Socialista Brasileiro. Brasília, proposta em 18 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5911&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 24 jun. 2018.

Como reforço argumentativo traz a contradição normativa existente entre o prescrito na lei n. 11.340 de 2006, a qual garante o livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos pela mulher, expondo-a a um desnecessário desgaste que se perfaz no âmbito doméstico e familiar em caso de discordância, pelo cônjuge ou companheiro, caso deseje realizar a esterilização voluntária, submetendo-lhe o corpo e os direitos sexuais à vontade do homem.⁷¹

Atualmente o processo ainda não foi objeto de quaisquer deliberações, no que se aguarda o desdobramento do debate proposto.

6. Conclusão

Por todo o exposto é mister concluir que o nosso ordenamento jurídico se perfaz com estruturas normativas que estão intimamente imbrincadas na vida particular dos cidadãos.

Nesse sentido, em consonância com os argumentos já demonstrados, verifica-se que o ordenamento jurídico é uma estrutura viva que acompanha os processos políticos e ideológicos da sociedade. De outro lado vislumbra-se que, muito embora a evolução aconteça ainda há parâmetros insertos no direito civil que são objetos de clamores por reforma, como demonstrados através das Ações de Inconstitucionalidade propostas.

Pois, em que pesem as evoluções democráticas trazidas pela promulgação da Constituição Federal de 1988, os valores da liberdade individual, da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana ainda não se encontram efetivados em razão de normativas criadas em um contexto social que não encontra correspondência com a sociedade atual, eis que o papel da mulher sofreu profundas transformações.

O direito civil é o pilar que indica os modos de ser, de pensar e de se constituir uma sociedade, sendo ele condicionado e ao mesmo tempo condicionante da estrutura social, nos seus mais delicados relacionamentos interpessoais.

Portanto, a demora em se fazer avançar as legislações civis que se traduzem em limitações ao exercício da integralidade dos direitos personalíssimos

⁷¹ PSB, Petição inicial, p. 17. In: *Ibidem*.

dos cidadãos se mostra em um odioso atraso que nos distancia da plena realização enquanto indivíduos, fim último do Estado.

Sobretudo, não se pode defender a continuidade da normativa ora estudada sob a bandeira de ser igual para os dois sexos, eis que, conforme panorama traçado, a mulher, durante todo o vigor do direito civil brasileiro até o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, foi tratada de modo análogo à matrona romana, ou como um sujeito débil, possuidor apenas de capacidade relativa. Assim, advogar a ideia de que a normativa deve prosseguir é algo inaceitável, pois o peso da maternidade não tem paralelo com o peso da paternidade, situação, inclusive, que se reflete na própria busca pela contracepção.

Importa dizer que a naturalização da desigualdade é perpetrada pela própria existência de uma já alcançada igualdade formal, que não é acompanhada pela igualdade material, no âmbito das relações mulher-homem ou mãe-pai. Ressalta-se, inclusive, que a perfeita igualdade formal pode traduzir-se em uma subpercepção das diferentes atribuições sociais que são impostas aos gêneros, tornando mais difícil o seu combate.

Em suma, observa-se que durante a construção história da sociedade ocidental é possível perceber que o homem tem com a mulher uma relação de medo e dependência, pois a mulher tem a prerrogativa biológica de carregar, em si, um novo ser. Construiu-se, então, uma estrutura de poder a fim de se debilitar a mulher enquanto senhora de si e, por consequência, da prole, como prerrogativa essencial a fim de lhe garantir um papel social submetido ao seu suserano e, com este papel ser possível ao homem estabelecer uma descendência certa, eis que, somente com as restrições impostas ao livre exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, se há a garantia do “*pater certus*”.

7. Referências

ARISTOTLE. GENERATION OF ANIMALS. 715a-716a, 726b-727b – passim. With an English translation by A. L. PECK, M.A., Ph.D. fellow of Christ's College, Cambridge, and University Lecturer in Classics. p. 15-16, 169-181. London: William Heinemann Ltd. CAMBRIDGE, MASSACHUSETTS: Harvard University Press, MCMXLHI.

BEAUVOIR, S. de. *O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*. 4 ed. Librarie Gallimard, Paris. Tradução de: MILLIET, Sérgio. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BONFANTE, P. *Istituzioni di diritto romano*. Ristampa della X Edizione. Torino: G. Giappichelli (editor) - Stabilimento Poligrafico Editoriale (S.P.E.) di C. Fanton, 1957.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 14 jun. 2018.

_____. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 23 jun. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 18 jun. 2018

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm> Acesso em 20 jun. 2018.

_____. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm> Acesso em 25 jun. 2018.

_____. Lei n. 9.263, 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm> Acesso em 15 jun. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em 19 jun. 2018.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher... Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm> Acesso em 16 jun. 2018.

_____. Lei n. 13.434, de 12 de abril de 2017. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)... Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13434.htm> Acesso em 24 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11. Brasília, Sessão Plenária de 13/08/2008 - DJe de 22-8-2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV & base=baseSumulasVinculantes](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV&base=baseSumulasVinculantes)> Acesso em 19 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19. Requerente: Presidente da República. Julgada procedente em 29 abr. 2014. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, trânsito em julgado em 08 mai. 2014. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 24 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.097. Autor: ANADEP – Associação Nacional de Defensores Públicos. Brasília, proposta em 13 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5097&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 24 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.911. Autor: PSB – Partido Socialista Brasileiro. Brasília, proposta em 18 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5911&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 24 jun. 2018.

CANELA, Kelly Cristina. O estupro no direito romano. São Paulo, SP: Cultura Acadêmica, 2012. 195 p.

CHAGAS, K. 34852-Em um ano, foram realizadas mais de 60 mil laqueaduras pelo SUS. Agência Saúde Pub. 09 de Dezembro de 2014, 11h38. Última atualização:09/12/14 11h38. In: Blog da Saúde – Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/570-destaques/34852-em-um-ano-foram-realizadas-mais-de-60-mil-laqueaduras-pelo-sus>> Acesso em 19 jun. 18.

GIMBUTAS, Marija Alseikaitė. *The living goddesses*. Edited and supplemented by Miriam Robbins Dexter. Berkeley e Los Angeles - California: University of Carlifornia Press, 2001. London – England: : University of Carlifornia Press Ltd., 2001

LIMA, L. C. *A mulher e o planejamento familiar: Uma discussão sobre gênero*. Disponível em: <http://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_mulher_e_o_planejamento_familiar_um_discussao_sobre_genero.pdf> Acesso em 19 jun. 2018.

MARIANO, L. *Commentario á Lei do Casamento Civil*: (Dec. N. 181 de 24 de janeiro de 1890). 1 ed. Rio de Janeiro: Oficina de Obras do Jornal do Brasil – Gonçalves Dias 54,1898.

NOGUEIRA I. L., et. al. *Participação do homem no planejamento reprodutivo*: revisão integrativa. Rev Fund Care Online. 2018 jan./mar.; 10(1):242-247. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.9789/2175-5361.2018.v10i1.242-247>> - Acesso em 19 jun. 2018.

NOVELINO, M. *Curso de direito constitucional*. - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLÍS RODEBLA, S. J. *El matrimonio en derecho romano*: essencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma: Libreria Editrice Universita Gregoriana, Piazza Della Pilotta, 4 - 1970.

OLIVEIRA, Rosalina. *Em nome da mãe*: o arquétipo da Deusa e sua manifestação nos dias atuais. In. Revista Ártemis. ISSN – 1807-8214. NÚMERO 3 – Dezembro de 2005. . Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/2200/1939>> Acesso em 19 jun. 2018.

SILVA, Maria de Fátima. *A tradição grega em Simone de Beauvoir, Le deuxième sexe*.

The Greek tradition in Le deuxième sexe by Simone de Beauvoir. Belo Horizonte: Sapere Aude, v. 2, n. 3, Junho. 2011 – ARTIGO. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/15538/1/A%20tradi%C3%A7%C3%A3o%20grega%20em%20Simone%20de%20Beauvoir.pdf>> Acesso em 25 jun. 2018.

SOUZA, J. *A elite do atraso*: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TARTUCE, F. *Manual de Direito Civil*: Volume Único. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VARELLA, D. Controle de Fertilidade. Pub. orig. 13 de abril de 2011. Revisado em 6 de março de 2018 Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/controle-da-fertilidade/>>- Acesso em 19 jun.18.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II DO CÓDIGO CIVIL⁷²

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 1.641, II OF THE CIVIL CODE

Gabriela Martins Carmo

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Christus. Bolsista pela FUNCAP.

Pós-graduada em Direito do Trabalho e processo do Trabalho pela faculdade

Evolutivo. Graduada em Direito pela UNIFOR. E-mail:

gabrielamartinscarmo@gmail.com

Ana Flávia Martins França

Graduanda em Direito pela UNIFOR. E-mail: anaflaviamfrancois@hotmail.com

Daniel Mota Gutiérrez

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de

São Paulo- PUC/SP. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro

Universitário Christus. Advogado. E-mail: dgutierrez@uol.com.br

Resumo: O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil. Para alcançar tal finalidade, dividiu-se o texto em três partes principais, além das considerações iniciais e finais. Na primeira, aborda-se o conteúdo e a história desse dispositivo que, em síntese, aduz que os maiores de 70 anos deverão, obrigatoriamente, casar no regime de separação obrigatória de bens. Na segunda parte, analisa-se este dispositivo à luz do princípio da liberdade. Na terceira, realiza-se uma investigação do instituto da capacidade civil e seu impacto sobre o tema objeto deste artigo. Vale salientar que a pesquisa foi realizada de forma bibliográfica com o uso do método dedutivo, e dela se concluiu que, de fato, o artigo 1.641, II do Código Civil é inconstitucional à luz do princípio da liberdade, além

⁷² Como citar este artigo: CARMO, Gabriela Martins; FRANÇOIS, Ana Flávia Martins; GUTIÉRREZ, Daniel Mota. A inconstitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil. *In* Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, nov. 2019, v. Especial, p. 35-49.

de não estar de acordo com o instituto da capacidade civil, na forma prevista no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Artigo 1.641, II do Código Civil. Regime de bens. Separação Obrigatória. Princípio da liberdade.

Abstract: *The present work aims to analyze the constitutionality of article 1.641, II, of the Civil Code. To achieve this purpose, the text was divided into three main parts, in addition to the initial and final considerations. The first one deals with the content and history of this device, which, in summary, says that those over 70 must compulsorily marry under the regime of compulsory separation of goods. In the second part, this device is analyzed in the light of the principle of freedom. In the third, an investigation of the institute of civil capacity and its impact on the subject matter of this article is carried out. It is worth mentioning that the research was carried out in a bibliographical way using the deductive method, and it was concluded that, in fact, article 1.641, II of the Civil Code is unconstitutional in light of the principle of freedom, besides not being in agreement with the institute of civil capacity, as provided for in the Brazilian legal system.*

Keywords: *Unconstitutionality. Article 1,641, II of the Civil Code. Regime of goods. Separation Required. Principle of freedom.*

Sumário: 1 Introdução. 2 Do artigo 1.641, II, do Código Civil. 3 O princípio da liberdade e a escolha do regime de bens. 4 A capacidade civil dos maiores de 70 anos e a inconstitucionalidade do artigo 1.461, II, CC/02. 5 Conclusão. Referências.

Introdução

O Código Civil regula as relações jurídicas dos indivíduos no âmbito do direito privado. Dentre as possíveis relações, a referida legislação disciplinou o casamento, determinando as consequências jurídicas, pessoais e patrimoniais, decorrentes da união de dois indivíduos.

Assim, o código determinou a existência do regime de bens do casamento, tendo em vista que a relação matrimonial tem um início, em que os nubentes já possuem ou não bens; tem um meio, ou seja, o decorrer do matrimônio, em que os indivíduos podem adquirir patrimônio; e, por último, o casamento pode ter um fim, seja pela morte ou pelo divórcio. Sendo assim, faz-se necessário disciplinar as consequências do término e quais bens são de cada um. Além da proteção dos nubentes, o regime de bens influencia diretamente na relação destes com terceiros, pois, dependendo do regime e do contrato, será necessária a outorga do outro cônjuge.

Sendo assim, o atual Código Civil estabeleceu quatro regimes de bens. São eles: comunhão universal (arts. 1.667 ao 1.671), comunhão parcial (arts. 1.658 ao 1.666), participação final nos aquestos (arts. 1.672 ao 1.686) e separação de bens (art. 1.687 e 1.688), este último pode ser obrigatório ou convencional.

Destarte, a regra é a liberdade dos cônjuges para estabelecer o regime de bens que melhor convir para o casal, conforme determina o art. 1.639 do CC, só sendo possível escolher o regime antes do casamento, por meio do pacto antenupcial, que determinará a forma como vai ser regido o patrimônio dos cônjuges antes, durante e depois do matrimônio.

Desta maneira, caso os nubentes não optem por um regime, isto é, não façam pacto antenupcial, ou esse seja nulo, o matrimônio será albergado pelo regime da comunhão parcial. Vale ressaltar que há exceção para esse regime legal, é o caso daqueles que terão o regime de separação obrigatória por determinação expressa da lei (art. 1.641 CC). São eles: pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, maiores de 70 (setenta) anos ou dependentes de suprimento judicial para casar.

O rol taxativo previsto no art. 1.641 do CC tem o intuito de proteção em detrimento da liberdade individual. No inciso I e III, essa proteção almejada pelo Estado é justificável, tendo em vista o direito de 3º e, em outros casos, o do próprio nubente incapaz. Já o inciso II, que estabelece o regime obrigatório para os maiores de 70 anos, é algo discutível, não sendo pacífica na doutrina a constitucionalidade dos fundamentos dessa diferença feita com os idosos, tendo em vista direitos basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como a liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Assim, o presente trabalho tem o intuito de analisar a constitucionalidade da previsão legal do art. 1.641, II, do CC, que impõe o regime de separação obrigatória para os maiores de 70 anos que decidem contrair matrimônio, analisando seus fundamentos e os princípios constitucionais regentes do direito brasileiro.

Cabe salientar que tal análise se mostra de extrema relevância, uma vez que, embora muitos outros juristas há alguns anos já tenham debatido o tema, tais debates não propiciaram resultados na vida prática. Por isso, é importante reavivar a questão trazendo novas informações, inclusive no que tange a atual expectativa de vida dos brasileiros, de modo a levar este debate para além da academia jurídica.

1. Do artigo 1.641, II, do Código Civil

A promulgação da Constituição de 1988 estabeleceu diretrizes que impossibilitaram a aplicação de diversas legislações anteriores à atual carta magna, por serem incompatíveis com a nova ordem constitucional estabelecida. Sendo assim, muitas normas deixaram de ser recepcionadas e, conseqüentemente, deixaram de existir no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale ressaltar que essa recepção das normas não é estabelecida expressamente pela CF, destarte, algumas normas não ficaram claramente definidas quanto a sua recepção ou revogação, iniciando, na doutrina e na jurisprudência, discussões a respeito da permanência dessas leis no ordenamento jurídico. No Código Civil de 1916 não foi diferente, além de outros dispositivos da referida codificação, houve dúvidas sobre a recepção do artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, que estabelecia o regime de separação obrigatória “do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos”⁷³, tendo em vista as diferenças feitas quanto ao sexo e a idade.

Essa discussão foi encerrada com a promulgação do Código Civil de 2002, que manteve o regime de separação obrigatória no art. 1.641 do CC, entretanto, com o seguinte texto:

⁷³ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 5 jan 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm#art1806>. Acesso em: 10 jun 2018.

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (grifo nosso)”⁷⁴

Posteriormente, esse artigo teve uma alteração dada pela Lei nº 12.344/2010, estabelecendo os seguintes termos para o inciso II: “da pessoa maior de 70 (setenta) anos”, ou seja, aumentou a idade prevista no antigo texto da norma, que era 60 (sessenta), assim mantendo a previsão legal que estabelecia o regime de separação obrigatória para essas pessoas que atingem determinada idade.

Desta maneira, observa-se que em 2010, momento em que o legislador modificou o texto do art. 1.641 do CC, optou-se pela manutenção da norma prevista no art. 258 do código passado, somente se diferindo da norma passada pelo fato da exclusão da diferença feita entre os gêneros, mantendo a distinção em decorrência da idade.

Segundo Tartuce⁷⁵, o legislador almejou a proteção de determinadas pessoas ao estabelecer o regime de separação obrigatória para casos específicos elencados no art. 1.641 do CC. Entretanto, este doutrinador, ao mencionar o inciso II do referido artigo, discute sobre quem está sendo protegido pela norma, se essa seria do idoso ou dos herdeiros, tendo em vista que o regime de bens de um casamento pode influenciar diretamente no patrimônio dos cônjuges, desta maneira, afetando futuras heranças decorrentes do falecimento do maior de 70 anos.

Na mesma linha, Fabio Ulhoa⁷⁶ diz que a imposição legal que estabelece o regime de separação obrigatória restringe o direito de liberdade dos cônjuges com o intuito de proteger o direito de terceiros ou até mesmo o dos próprios nubentes, por não estarem em condições de optar, amenizando os efeitos patrimoniais do matrimônio, e por isso discorda da restrição estabelecida aos maiores de 70 anos.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 jun 2018.

⁷⁵ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

⁷⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito civil: Família, sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

De acordo ainda com os referidos doutrinadores, não é pacífica na jurisprudência a aplicação do art. 1.641, II, do CC, pois muitos juízes entendem pela inconstitucionalidade da norma, porém, esse ponto será aprofundado em tópico específico que versa sobre a inconstitucionalidade desse inciso.

Isto posto, vale dizer que a consequência jurídica para o maior de 70 anos que decide casar nesse momento da vida é que este não poderá optar pelo regime de bens que irá reger o seu matrimônio, sendo a única opção a separação obrigatória. Para tanto, aplica-se as regras do regime de separação absoluta, disposto nos arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil, que determina a incomunicabilidade entre os bens dos cônjuges. Tanto os bens anteriores, como os posteriores ao casamento, são exclusivos de cada um, cabendo a estes a administração e a disposição de seu patrimônio, independente da anuência do outro.

2. O princípio da liberdade e a escolha do regime de bens

A Constituição Federal prevê diversos direitos fundamentais que formam a base do ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles a liberdade, direito fundamental de primeira dimensão. Entretanto, a previsão desse direito não significa que ele sempre será aplicado, pois há momentos em que a liberdade é afastada por motivos maiores, como a proteção, o direito de terceiros, dentre outros motivos.

No direito de família, mais precisamente no regime de bens do casamento, o legislador infraconstitucional determinou como regra a liberdade dos cônjuges para estabelecerem o regime que melhor convir para casal, conforme estabelece o art. 1.639 do CC: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

De acordo com Caio Mário⁷⁷, essa liberdade é a regra por serem os cônjuges os mais aptos a decidir de qual modo as relações patrimoniais do casal devem ser regidas no decorrer do matrimônio.

Além disso, conforme Cristiano Chaves⁷⁸, a liberdade de escolha é um princípio norteador do regime de bens, por essa opção dos nubentes ter efeito

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume V. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 6: Famílias. 7.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

econômico apenas na entidade familiar, tratando-se de um interesse disponível, por isso, em regra, é regida pela autonomia da vontade.

Entretanto, conforme dito anteriormente, essa liberdade foi afastada em casos específicos estabelecidos no art. 1.641 da mesma codificação. Nesse momento, o legislador buscou proteger terceiros, ou os próprios nubentes, em detrimento da liberdade de opção de regime dada aos cônjuges.

Consoante o apresentado no tópico anterior, não poderão optar pelo regime de bens: as pessoas que não observarem as causas suspensivas da celebração do casamento, os maiores de 70 anos e aqueles que dependerem de suprimento judicial para casar. No primeiro caso é justificável a restrição, pois tem o intuito de impedir a confusão patrimonial entre os cônjuges, fato que poderia ofender direito de terceiros (ex-cônjuges, herdeiro), ou o próprio cônjuge tutelado ou curatelado pelo outro. Já no último caso, a justificativa seria a falta de discernimento do nubente para optar por um regime, tendo em vista a necessidade de suprimento judicial.

Além disso, como bem elucida Fabio Ulhoa⁷⁹, no caso do inciso I e III do referido artigo, após cessar a circunstância que ensejou o regime obrigatório aos cônjuges, estes poderão optar por outro regime, não sendo obrigados a permanecer para sempre no regime que não desejam ficar, ou seja, a liberdade é restabelecida para que o patrimônio do casal seja regido conforme o desejo deles.

Assim, observa-se que nos demais casos a liberdade foi limitada com o objetivo de proteger. Após atingir esse fim, a opção pelo regime de bens volta a ser a regra, por isso não parece razoável a restrição feita aos maiores de 70 anos, que, além de tudo, não poderão optar em momento algum, pois a idade não deixará de existir e a suposta proteção não encontra amparos jurídicos no ordenamento brasileiro. Muito pelo contrário, existe uma discrepância com direitos fundamentais, como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

3. A capacidade civil dos maiores de 70 anos e a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, CC/02

⁷⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito civil: Família, sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Dentro do ordenamento jurídico pátrio, o critério utilizado para considerar uma pessoa apta a realizar as atividades da vida civil (dentre elas escolher o regime de bens do seu casamento) é o instituto da capacidade civil. A capacidade civil é capacidade de direito ou gozo, de ser um sujeito de direitos e obrigações, e ela advém da personalidade jurídica. Como Explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho Neto, “ todo ser humano tem, assim, capacidade de direito pelo fato de que a personalidade jurídica é um atributo inerente à sua condição”⁸⁰.

Assim, segundo o artigo 1º do Código Civil, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁸¹. Porém, convém ressaltar que, embora todas as pessoas nasçam com capacidade de direito, o próprio código traz hipóteses taxativas, nas quais, caso alguém seja enquadrado, poderá vir a se tornar um relativamente incapaz ou absolutamente incapaz. Essas hipóteses são:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”⁸²

Caso uma pessoa se enquadre em alguma das hipóteses listadas acima, esta necessitará de um tutor ou curador para realizar os seus atos da vida civil. Cabe ressaltar que os absolutamente incapazes deverão ser representados, sob pena de nulidade do ato, conforme o artigo 166, I, do Código Civil. Já os relativamente incapazes, necessitam apenas serem assistidos durante o ato sob pena deste ser anulável, conforme o artigo 171, I, do mesmo diploma.

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018

⁸² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018

O mais interessante nestes dispositivos sobre capacidade do Código Civil é que eles só fazem referência a uma idade mínima para que se possa ter capacidade plena, qual seja, 18 anos. Não se tem, em nenhum momento, qualquer afirmação sobre uma idade máxima na qual se perderia a capacidade civil. Ou seja, deduz-se que mesmo uma pessoa completando 70 anos, ou mais, ela continuará plenamente capaz de realizar os seus atos da vida civil.

Um idoso (um cidadão a partir dos 60 anos) somente perde essa capacidade civil se se enquadrar em alguma hipótese do artigo 4º do Código Civil, como qualquer outra pessoa de qualquer idade. Ademais, tanto a legislação considera um idoso um sujeito de direitos e capacidades como outro qualquer, que se tem disposto nos artigos 2º e 3º do Estatuto do Idoso:

“Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, *em condições de liberdade e dignidade*.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à *liberdade*, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (grifo nosso)”.⁸³

É patente, nestes dispositivos, a importância da liberdade para o idoso de qualquer idade. E liberdade é, inclusive, poder escolher como administrar seus bens, é poder escolher o regime de bens que lhe aprouver, conforme o artigo 5º da Constituição Federal, como demonstrado no tópico anterior. Então, cabe indagar: porque um idoso de 70 anos é proibido pelo artigo 1.641, II de escolher seu próprio regime de bens?

A justificação dada pela a doutrina mais conservadora, divide-se em dois argumentos: o primeiro, diz respeito ao fato de que poucos idosos sequer

⁸³ BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 07 jun. 2018.

chegando a esta idade de 70 anos, ainda mais lúcidos. Porém, a expectativa de vida do brasileiro tem aumentado muito, conforme a tábua de mortalidade do IBGE⁸⁴:

Expectativa de vida ao nascer - Brasil - 1940/2016

Ano	Expectativa de vida ao nascer			Diferencial entre os sexos (anos)
	Total	Homem	Mulher	
1940	45,5	42,9	48,3	5,4
1950	48,0	45,3	50,8	5,5
1960	52,5	49,7	55,5	5,8
1970	57,6	54,6	60,8	6,2
1980	62,5	59,6	65,7	6,1
1991	66,9	63,2	70,9	7,7
2000	69,8	66,0	73,9	7,9
2010	73,9	70,2	77,6	7,4
2016	75,8	72,2	79,4	7,1
$\Delta(1940/2016)$	30,3	29,3	31,1	

Fontes: 1940 1950,1960 e 1970 - Tábuas construídas no âmbito da Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica.

1980 e 1991 - ALBUQUERQUE, Fernando Roberto P. de C. e SENNA, Janaína R. Xavier "Tábuas de Mortalidade por Sexo e Grupos de Idade - Grandes e Unidades da Federação – 1980, 1991 e 2000. Textos para discussão, Diretoria de Pesquisas, IBGE, Rio de Janeiro, 2005.161p. ISSN 1518-675X ; n. 20

2000 em diante - IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica. Projeção da população do Brasil por sexo e idade para o período 2000-2060.

Se a época da criação do Código Civil de 2002 a expectativa de vida era de, em média, 69,8 anos, ou seja, menor do que a idade que em discussão na temática deste trabalho, incontestavelmente essa média aumentou muito. Em 2016, ela já estava estimada em 75,8 anos. Ademais, tal argumento pode ser facilmente afastado também pelo fato do instituto da capacidade civil não prever idade máxima.

Além disso, conforme explicação de Gustavo Tepedino⁸⁵, o projeto do Código civil de 2002 foi criado com uma perspectiva racional estática das relações civis, formalizando transformações anteriores ao Código e esquecendo que a sociedade vive em constante modificação, assim, não é justificável a manutenção de alguns dispositivos que não se adequam a atual realidade, como por exemplo esse que estabeleceu uma restrição à liberdade em razão da expectativa de vida

⁸⁴ IBGE. Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2016: Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. 2016. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2016/tabua_de_mortalidade_2016_analise.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

contemporânea a criação da codificação, sendo que atualmente essa idade definida não representa a presente expectativa de vida.

Já o segundo argumento mais utilizado pelos juristas conservadores, como explica Leiliane Dias Cabral⁸⁶, é que “defendem a constitucionalidade dessa norma afirmando que a intenção do legislador foi proteger os idosos de casamentos interesseiros”. Porém, pensar dessa forma não seria indiretamente considerar um idoso de 70 anos como um incapaz? Não seria equivalente a dizer que, só porque ele tem mais idade, ele já não tem mais discernimento e maturidade para saber o que é um casamento por interesse?

Ao que parece, quando uma pessoa fica mais velha, mais o ordenamento jurídico a considera madura, não o contrário. Tanto que, por exemplo, para determinados cargos do Poder Executivo, a Constituição Federal exige idades mínimas, conforme a importância e necessidade de maturidade para exercer aquele cargo:

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...)
 § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...)
 VI - a idade mínima de:
 a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
 b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
 c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
 d) dezoito anos para Vereador .”⁸⁷

Outro exemplo, ainda, tem-se no artigo 77 da Constituição Federal, que dispõe que no caso de problemas nas eleições, se o segundo lugar estiver empatado, a preferência ao cargo de presidência da república será conferida ao mais velho:

⁸⁶ CABRAL, Leiliane Dias. A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS. 2016. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fundação Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/731/1/TCC.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição de 1988. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 maio. 2018.

“Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

§ 1º A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

§ 4º Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.

§ 5º Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso (grifo nosso)”.⁸⁸

Não se configura uma ironia, inclusive, que alguém com 70 anos ou mais possa vir a ser o presidente da república (o cargo mais estimado do país), e possa estabelecer diretrizes orçamentárias que afetará a população inteira, mas que, a mesma pessoa, se resolver se casar, não poderá escolher o seu regime de bens?

É importante que seja superada essa justificativa de que idosos são mais suscetíveis a casamentos por interesse por que não tem mais discernimento de perceber quando um relacionamento tem esse fim. Deveria ser uma liberdade dele, poder escolher se casar com quem ele quiser, da idade que ele quiser e no regime de bens que ele desejar. Não cabe mais ao Estado fazer esse tipo de intervenção desarrazoada em uma esfera tão privada. Essa intervenção fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e especialmente do da liberdade, como explica Leiliane Dias Cabral:

“Assim, verificou-se, por meio do entendimento majoritário nos três âmbitos analisados, que o regime de separação obrigatória de bens impostos aos casamentos formados por pessoas maiores de setentas anos é inconstitucional, pois afronta o texto constitucional ao discriminar de forma negativa a pessoa

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição de 1988. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 maio. 2018.

idosa, em razão da idade. Além disso, desrespeita a igualdade formal ao estabelecer tratamento diferenciado para indivíduos iguais sem necessidade de discriminação no que se refere à idade. Na mesma esteira, esse dispositivo é inconstitucional por limitar a liberdade pessoal do ser humano, no que tange a escolha do regime de bens que regerá sua união matrimonial. Essa intervenção Estatal é considerada abusiva, pois adentra no âmbito privado das relações pessoais sem um motivo social relevante que justifique essa ação, restringindo indevidamente o princípio constitucional de liberdade assegurado pela Constituição Federal. Por fim, o regime de separação absoluta de bens que afeta os septuagenários é inconstitucional por desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa violação é constatada pela presunção de incapacidade que o legislador estabeleceu para as pessoas maiores de setenta anos, ao proibir que estes escolham livremente seu regime de bens em razão da idade, sem respaldo, científico, moral ou social”.⁸⁹

Por todo o exposto, o artigo 1.641, II, do Código Civil, deveria ser declarado inconstitucional, pois afronta diretamente aos princípios constitucionais, em especial, o princípio da liberdade. Esta norma não se configura uma proteção ao idoso, pois não trata de um tema que ele não tenha capacidade ou maturidade para decidir sozinho. Considerar a aplicação desse artigo válida, é equivalente a dizer que um idoso, só por causa da idade, não possui capacidade civil e discernimento, ferindo, assim, sua dignidade humana.

Conclusão

Pelo exposto no presente trabalho, percebe-se que o conteúdo do artigo 1.641, II, foi apenas uma cópia de um dispositivo que existira no Código Civil de 1916. É possível que naquela época, em que a maior preocupação do Direito civil era com o patrimônio e não com a pessoa em si, ele fosse razoável. Mas para a sociedade atual não o é. Obviamente, o Direito Civil ainda se preocupa com o patrimônio das pessoas, contudo, essa preocupação deve ser relativizada frente à intenção de se proteger a própria dignidade da pessoa.

⁸⁹ CABRAL, Leiliane Dias. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos. 2016. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fundação Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/731/1/TCC.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

Com a Constituição Federal de 1988 prevendo princípios como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana e, especialmente, o da liberdade, o foco do Direito Civil passou a ser o próprio homem. Um homem sujeito de direitos e deveres, com capacidade para realizar atos de direito. Nesse sentido, o Código Civil vigente (2002) foi claro ao estabelecer que, com exceção de uma pessoa que se enquadre nas situações taxativas da incapacidade civil, ela será livre para tomar suas decisões.

Assim, um idoso, que não se enquadre nas hipóteses de incapacidade civil, será plenamente capaz de realizar atos da vida civil como qualquer outra pessoa. Não é porque alguém chegou aos 70 anos que se torna automaticamente incapaz, imaturo ou ingênuo, até mesmo porque a expectativa de vida do brasileiro é bem maior que 70 anos. Na verdade, idade para a nossa Constituição é sinônimo de maturidade e merece respeito.

Não permitir que uma pessoa com 70 anos ou mais escolha o próprio regime de bens do seu casamento, é tratá-lo como incapaz, ferindo sua dignidade e tolhendo sua liberdade. Conclui-se, assim, que é necessário alterar a redação constante no art. 1.641, II do Código Civil ou, então, decretar sua inconstitucionalidade, na medida em que este artigo afronta diversos princípios constitucionais. Considerar referido artigo inconstitucional é uma questão, antes de tudo, de respeito aos princípios.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição de 1988*. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 29 maio. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, 11 jan. 2002.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 jun 2018

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. *Estatuto do Idoso*. Brasília, 03 out. 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 5 jan 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm#art1806>. Acesso em: 10 jun 2018.

CABRAL, Leiliane Dias. *A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos*. 2016. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fundação Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016. Disponível em: <[http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/731/1/TCC .pdf](http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/731/1/TCC.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil: Família, sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 6: Famílias*. 7.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral 1*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBGE. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2016: Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*. 2016. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2016/tabua_de_mortalidade_2016_analise.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Volume V*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OS REFLEXOS DA EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA MULTIPARENTALIDADE NOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS ASCENDENTES⁹⁰

THE REFLECTIONS OF THE EXTRAJUDICIALIZATION OF MULTIPARENTALITY
IN THE SUCCESSOR RIGHTS OF THE ASCENDANTS

George André Lando

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense. Advogado. Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco - UPE. *Email:* giorgelando.gl@gmail.com

Eriane Curado de Souza

Graduanda em Direito pela Universidade de Pernambuco – UPE. Bolsista do PIBIC CNPq UPE 2017/2018. *Email:* erianesouza@live.com

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo identificar a partir da legislação, da doutrina e da jurisprudência o reconhecimento da família multiparental e analisar os desdobramentos de efeitos no direito sucessório. A família, como um fenômeno sociológico, sujeita-se à dinâmica que emerge das relações de convivência entre os indivíduos. Hodiernamente, esta entidade apresenta-se sob novos formatos, afetando outras dimensões que a ela se relacionam, como o aspecto patrimonial. A multiparentalidade é considerada um avanço no campo do direito familista, que demonstra a essencialidade do vínculo afetivo como forma de garantia da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar. Nesta seara, se verifica a deficiência do ordenamento jurídico brasileiro quando da previsão e solução dos efeitos jurídicos advindos do reconhecimento da multiparentalidade. O legislador civil deixou de regulamentar a transferência de patrimônio dos ascendentes multiparentais em

⁹⁰ Como citar este artigo: LANDO, George André; SOUZA, Eriane Curado de. Os reflexos da extrajudicialização da multiparentalidade nos direitos sucessórios dos ascendentes. *In* Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, nov. 2019, v. Especial, p. 50-68.

concorrência com o cônjuge supérstite e a sucessão dos ascendentes multiparentais na modalidade pura.

Palavras-chave: Multiparentalidade; Sucessões; Socioafetividade; Ascendentes; Isonomia.

Abstract: *The present research aims to identify from the legislation, doctrine and jurisprudence the recognition of the multiparental family and to analyze the consequences of effects in the inheritance law. The family, as a sociological phenomenon, is subject to the dynamics that emerge from the relations of coexistence between individuals. This entity presents itself in new formats, affecting other dimensions that relate to it, such as the patrimonial aspect. Multiparentality is considered an advance in the field of family law, which demonstrates the essentiality of the affective bond as a way of guaranteeing the dignity of the human person in the family sphere. In this section, there is a deficiency of the Brazilian legal system when predicting and solving the legal effects arising from the recognition of multiparentality. The civil legislator failed to regulate the transfer of assets of the multiparent ascendants in competition with the surviving spouse and the succession of the multiparent ascendants in pure modality*

Keywords: *Multiparentalidade; Succession; Socioafetividade; Ascendants; Isonomy.*

Sumário: Introdução; 2 A Isonomia Entre o Parentesco Biológico e o Socioafetivo; 3 Os Caminhos Percorridos pela Multiparentalidade; 4 Repercussões nos Direitos Sucessórios dos Ascendentes; 5 Considerações Finais; 6 Referências.

Introdução

Com as mudanças sociais ocorrendo em alta velocidade, o ordenamento jurídico deve acompanhá-las da melhor forma possível, evoluindo junto com a sociedade. Um dos principais aspectos a que deve se ater o Direito para se manter fiel ao que se é praticado diz respeito às pessoas e, principalmente, às entidades familiares.

A formação e composição da família vem sendo alterada de acordo com o contexto histórico-social em que está inserida a sociedade, se mostrando atualmente uma entidade bastante flexível. Todavia, muitas modificações ainda não foram alcançadas pelo Direito Objetivo, sendo a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, além do Conselho Nacional de Justiça, os responsáveis por regulamentar aquilo que ainda não foi normatizado.

O afeto, devidamente reconhecido como valor jurídico, foi a inspiração para o reconhecimento legal e judicial de novas entidades familiares, como união estável, comunidade monoparental, união estável homoafetiva e, recentemente, a família multiparental. Contudo, a possibilidade de constituir uma família multiparental, seja pelas vias judiciais ou administrativas, como fora regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, implica no surgimento de reflexos em outras áreas do direito, como nos direitos sucessórios dos herdeiros necessários.

A presente pesquisa tem por objetivo identificar quais seriam as consequências jurídicas no direito das sucessões, advindas do reconhecimento da multiparentalidade, bem como apresentar possíveis soluções estudadas pela doutrina. Para tanto, trata-se de uma pesquisa qualitativa, realizada utilizando-se do método de revisão bibliográfica.

O artigo será estruturado em três capítulos, e a discussão iniciará tratando da necessária isonomia entre os critérios para determinação da paternidade, maternidade e filiação, bem como a possibilidade de utilização simultânea do critério biológico e socioafetivo. Na sequência, será imprescindível narrar sobre os caminhos percorridos para o reconhecimento da multiparentalidade, e ainda, estudar sobre o seu atual *status*. Por fim, a discussão abordará os reflexos do reconhecimento da multiparentalidade nos direitos sucessórios, especificamente quanto aos direitos dos ascendentes.

2 A isonomia entre o parentesco biológico e o socioafetivo

O ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em razão da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, do Código Civil de 2002, avançou bastante no campo do Direito de Família, especialmente no que tange à liberdade das formas de famílias para a garantia do direito fundamental de constituir família.

Para tanto, Simões, Leite e Toledo⁹¹ listam os principais fundamentos para a liberdade de formação familiar, ao reconhecer a família eudemonista, mais ampla, “fundada por laços de afeto e amparada por princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e respeito à diferença, o da solidariedade entre seus membros, o da proteção integral às crianças, aos adolescentes e aos idosos.”

Seguindo na mesma orientação, Suzigan⁹² confirma: esclarece que assim fala sobre o contexto em que se encontra a legislação: “o que se vê atualmente é uma flexibilização do sistema familiar, através do reconhecimento do valor jurídico do afeto, enquanto fator relevante da composição familiar, e fundamento basilar de uma relação de parentesco.” Ou seja, o princípio da afetividade é, provavelmente, o mais importante depois da dignidade da pessoa humana quando se fala de liberdade do formato familiar. Apesar de não estar presente na letra da lei, pode-se dizer que decorre da importância constante e crescente atribuída à dignidade da pessoa humana e à solidariedade. Tem sido cada vez mais valorizado no âmbito do Poder Judiciário, o que reflete a sua relevância no âmbito social.

O princípio da afetividade teve reflexo em todas as entidades familiares, sejam as conjugais (de afeto-sexual) ou parentais, bem como nas relações entre os seus componentes. Exemplo disso são formas de reconhecimento da filiação, a repercussão foi tão significativa que a presença do vínculo afetivo alargou o conceito de parentesco, com a introdução de novos meios de constituição de vínculos do parentesco civil, para além da adoção.

Vale aqui mencionar os ensinamentos de Villela⁹³, que há muito, já defendia que “a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão

⁹¹SIMÕES, Melrian Ferreira da Silva; LEITE, Valéria Aurelina da Silva; TOLEDO, Lara Rodrigues de. Multiparentalidade: a intrincada relação entre a realidade familiar e o enunciado normativo, analisada à luz do direito posto e do direito pressuposto. Centro Universitário Eurípides de Marília. Revista Em Tempo – v. 14 – 2015 – p. 169-185. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://revista.univem.edu.br/emtempo/articloe/view/1294/412&gws_rd=cr&dcr=0&ei=zKydWrSjFsSf_QboraP4Bw>. Acesso em: 21.09.2017.

⁹² SUZIGAN, Thábata Fernanda. Filiação socioafetiva e a multiparentalidade. DireitoNet. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9204/Filiacao-socioafetiva-e-a-multiparentalidade>>. Acesso em: 21.09.2017.

⁹³ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 21, p. 400-418, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 24.09.2017.

espontânea.” É o caso da adoção, que sempre fez parte do sistema jurídico brasileiro, exemplo isolado, até então, da espécie de parentesco civil. Portanto, pode-se afirmar, que o parentesco derivado do vínculo afetivo não é tão novo assim, só estava escondido por de trás do formalismo judicial do processo de adoção.

A relação de parentesco pode ser concebida como o vínculo jurídico entre pessoas que possuam a mesma origem biológica, chamado de parentesco consanguíneo; pode ser entendida ainda como aquele vínculo entre cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, chamado de parentesco por afinidade, ou ainda como aquela relação entre pessoas que possuam vínculo civil entre si, chamado de parentesco civil. Esta última forma de parentesco sendo a de maior relevância no estudo da socioafetividade.

O parentesco civil é aquele que decorre de outra origem que não seja a consanguinidade ou afinidade, conforme prevê o artigo 1.593 do Código Civil (“o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”), tendo origem, tradicionalmente, na adoção, conforme já exposto. Contudo, com a aplicação dos princípios constitucionais, tanto a doutrina e como a jurisprudência vêm admitindo duas outras formas de parentesco civil: a primeira, diz respeito a técnica de reprodução heteróloga; e a segunda, se fundamenta na parentalidade socioafetiva, na posse de estados de filhos e no vínculo social de afeto.

Nesse sentido, a filiação, relação de parentesco entre genitores e filhos, pode ser configurada de acordo com três critérios. O primeiro seria o critério jurídico, que determina a paternidade através de presunção, estabelecido no Código Civil, no seu artigo 1.597, incisos I e II. De modo geral, tem sido considerado defasado diante da possibilidade de comprovação do vínculo consanguíneo pelo exame de DNA.

O segundo critério seria o biológico, a ligação entre duas pessoas através da transmissão de genes, fundado no exame de DNA. Tal critério homenageia o direito de todos de conhecer sua origem genética, estando relacionado às relações de família⁹⁴. Contudo, não significa inevitavelmente direito à

⁹⁴ LÔBO, Paulo. Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação. Consultor Jurídico. Publicado em 14 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 21.09.2017.

filiação, visto ser este um conceito relacional, onde a relação entre as pessoas envolvidas estabelece direitos e obrigações recíprocas⁹⁵.

O critério socioafetivo é o terceiro, no qual pai e/ou mãe são aqueles que exercem uma função, mesmo que não exista vínculo sanguíneo entre as partes envolvidas, havendo assim um estado de filiação, que decorre do relacionamento cotidiano vivido entre genitor e filho, o que constitui a essência da paternidade ou maternidade.

Necessário salientar que o próprio Código Civil, em seu artigo 1.593, prevê que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, passando a reconhecer que o vínculo sanguíneo está no mesmo páreo que outras formas de parentesco, incluindo-se, obviamente, o parentesco advindo da afetividade.

Mais um vez, faz-se necessário enfatizar a importância do aspecto cultura da filiação quando Lôbo⁹⁶ afirma que, “o direito à parentalidade, inclusive o da filiação, não resulta da natureza humana. Sua natureza é cultural. Seu objeto é certificar a integração de uma pessoa em determinado grupo familiar.” Portanto, cada povo, cada ordenamento jurídico, refletindo seus graus de cultura, tradição e história, vão definindo e alterando o que consideram parentes (pai, mãe, filho e demais parentes). Não é um dado da natureza, mas uma construção cultural.

A afetividade se configura como um dos critérios mais relevantes para que seja reconhecida a filiação, paralelamente ao critério biológico. Novamente, Suzigan⁹⁷ esclarece que possuir o estado de filho significa passar a ser tratado como se filho fosse, inclusive perante a sociedade. Decorre do ato de vontade, respeito recíproco e o amor construído ao longo do tempo, dia após dia, com base no afeto, independentemente de vínculo sanguíneo.

À vista disso, fica claro que o princípio da afetividade permeou diversos outros no que tange à constituição da família e proteção de seus componentes, sendo o principal deles o da igualdade de filhos, não havendo mais

⁹⁵ SUZIGAN, Thábata Fernanda. Filiação socioafetiva e a multiparentalidade. DireitoNet. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9204/Filiacao-socioafetiva-e-a-multiparentalidade>>. Acesso em: 21.09.2017.

⁹⁶ LÔBO, Paulo. Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação. Consultor Jurídico. Publicado em 14 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 21.09.2017.

⁹⁷ SUZIGAN, Thábata Fernanda. Filiação socioafetiva e a multiparentalidade. DireitoNet. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9204/Filiacao-socioafetiva-e-a-multiparentalidade>>. Acesso em: 21.09.2017.

família “legítima” ou “ilegítima”, pois o estado de filho não está obrigatoriamente atrelado à existência, respectivamente, de vínculo conjugal ou de relacionamento amoroso adulterino. Desta forma, independentemente da forma de família, todos os filhos devem ser tratados da mesma forma.

3 Os caminhos percorridos pela multiparentalidade

Dentre tantas evoluções ocorridas, uma que atrai atenção é a multiparentalidade, ocorrência deveras comum ao longo da história e presente no cotidiano dos cidadãos. A multiparentalidade, segundo Cassettari⁹⁸, é a forma de família a qual pressupõe a existência de três ou mais pessoas na função de genitores da criança, consignadas no registro de nascimento, não havendo hierarquia entre o parentesco biológica e o socioafetivo. Yoshioka⁹⁹ ainda acrescenta que dessa relação plural decorrem todos os efeitos jurídicos.

Kirch e Copatti¹⁰⁰ enaltecem a sua importância quando afirmam que é necessário que se verifique os efeitos da multiparentalidade, para que se reafirme a sua legitimidade, sendo uma forma justa de estabelecimento do vínculo de filiação em que o vínculo biológico e o vínculo afetivo andam lado a lado e, onde muitas vezes, sobrepõe-se o vínculo construído na essência pela afetividade ao vínculo sanguíneo ou biológico.

Entretanto, a família multiparental não está prevista em nenhuma lei do ordenamento jurídico brasileiro. O que não impediu que tal aspecto social-familiar chegasse ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 2015, através do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, o qual configurou como paradigma do Tema 622 (prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica) da repercussão geral, tendo o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) figurado como *amicus curiae*, representado por Ricardo Calderón.

⁹⁸ CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁹⁹ YOSHIOKA, Tamy Fernandes. Multiparentalidade: o ordenamento jurídico possibilita a ampliação do seu reconhecimento? Brasília, 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17902/1/2017_TamyFernandesYoshioka_tcc.pdf>. Acesso em: 21.09.2017.

¹⁰⁰ KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. O reconhecimento da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos. Âmbito Jurídico. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12754>. Acesso em: 21.09.2017.

Na ocasião o STF firmou entendimento de que não há hierarquia entre as modalidades de vínculo parental, o que possibilita a coexistência entre ambas as formas de paternidade, admitindo-se, assim, a existência jurídica de dois pais (biológico e registral). É nesse ponto que reside a importância da decisão: ao permitir a pluralidade de vínculos familiares, os Guardiões da Constituição consagraram finalmente o reconhecimento da multiparentalidade. O Ministro Luiz Fux, no início de seu voto, aponta a importância do julgamento do referido recurso para o futuro do Direito de Família: “O caso ora em julgamento constituirá precedente essencial para a definição do estatuto constitucional das famílias, em especial a densificação conceitual de um dos componentes mais elementares dos direitos da personalidade: a filiação.”¹⁰¹

Calderón¹⁰² analisa os reflexos da referida decisão no Direito de Família e no ordenamento jurídico em geral. Ele afirma que, apesar do princípio da afetividade já estar referendado pela Suprema Corte, ainda não foi estabelecido o correto tratamento jurídico a ser dado, pelo que afirma que “cabe avançar nos contornos da afetividade a partir das balizas conferidas pelo direito brasileiro.” De outro modo, a tese aprovada pelo STF parece contribuir para uma adequada significação jurídica da afetividade e dos seus consectários.

O segundo reflexo apontado foi a igualdade jurídica estabelecida entre as paternidades biológica e socioafetiva, não havendo hierarquia entre elas, já amplamente tratado até aqui. A decisão foi de grande importância também para indicar o caminho a ser seguido pelo STF, visto que anteriormente havia um dissenso sobre isso, pois até então imperava o posicionamento do STJ, onde o vínculo biológico prevalecia sobre o socioafetivo nos casos de pedido judicial de reconhecimento de paternidade apresentado pelos filhos¹⁰³.

¹⁰¹ VOTO DO RELATOR MINISTRO LUIZ FUX. Recurso Extraordinário nº 898.060/SC. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 21.09.2017.

¹⁰² CALDERÓN, Ricardo. Socioafetividade e multiparentalidade acolhidas pelo STF. Migalhas. Publicado em 7 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246906,81042Socioafetividade+e+multiparentalidade+acolhidas+pelo+STF>>. Acesso em: 21.09.2017.

¹⁰³ CALDERÓN, Ricardo. Socioafetividade e multiparentalidade acolhidas pelo STF. Migalhas. Publicado em 7 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246906,81042Socioafetividade+e+multiparentalidade+acolhidas+pelo+STF>>. Acesso em: 21.09.2017.

O terceiro reflexo era, afinal, o reconhecimento da possibilidade jurídica de concomitância entre os diversos vínculos de parentalidade, ou seja, da multiparentalidade, justamente visando o melhor interesse do descendente.

Conforme observado, o reconhecimento da multiparentalidade se deu de forma jurisprudencial e doutrinária, sem, contudo, apresentar previsão em lei, mesmo após a importância dada ao princípio da afetividade desde a promulgação da Constituição de 1988 e aplicação dos seus princípios em favor do direito de família.

Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ se adiantou ao Poder Legislativo e se pronunciou sobre o tema no Provimento nº 63 de 2017, instituindo modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos órgãos de registro civil de pessoas naturais, bem como dispôs sobre o reconhecimento voluntário e a averbação de paternidade e maternidade socioafetiva, além de tratar do registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Assim, do artigo 10 ao 15 do referido Provimento, o CNJ abordou diversos aspectos, principalmente processuais, referindo-se ao reconhecimento da paternidade e maternidade socioafetiva.

Dentre os artigos ora mencionados, oportuna a abordagem do artigo 14, um dos que mais gerou dúvidas, segundo o qual “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.”¹⁰⁴

Com a finalidade de elucidar o referido dispositivo, a Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais¹⁰⁵ emitiu nota esclarecendo diversos pontos questionáveis do provimento do CNJ, principalmente no que tange à multiparentalidade, como assim se vê: a norma autoriza que seja feito diretamente no cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, o reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva, mesmo existindo pai e mãe registral, pois no registro será possível ter no máximo dois pais e duas mães, sendo quatro no total, não podendo ser três pais e uma mãe e nem um pai e três mães.

¹⁰⁴ BRASIL. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 12.01.2018

¹⁰⁵ ARPEN BRASIL. Nota de esclarecimento acerca do Provimento CNJ nº 63/2017. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%C2%BA%2063%20\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%C2%BA%2063%20(1).pdf)>. Acesso em: 12.01.2018.

Assim, o reconhecimento da família multiparental foi possibilitada de forma legal, ainda que com limites no âmbito dos ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais, o que possibilita entender que, quando for o caso de haver no registro mais de quatro genitores, não haveria óbices a realizar o requerimento por meio judicial.

Saliente-se que, nesse sentido, não há previsão de limites acerca da quantidade de pais e/ou mães a serem registrados em sede de ações declaratórias de multiparentalidade julgada procedente. Desta forma, a única previsão que há é a de que esta seguirá a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), onde “qualquer ocorrência, que, por qualquer modo, altere um registro, deve se dar por averbação, o que no presente caso não é diferente”¹⁰⁶.

A título de complementação, necessário fazer menção ao artigo 15 do Provimento nº 63 do CNJ, o qual dispõe que “o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.”¹⁰⁷ Portanto, apesar da importância conferida ao vínculo socioafetivo criado, não havendo impedimento algum para a busca da origem genética do indivíduo por meio de ação judicial, o que não acarreta, necessariamente, no reconhecimento da paternidade, e os efeitos da conferência ao indivíduo de direitos e obrigações para com o filho.

4 Repercussões nos direitos sucessórios dos ascendentes

O direito das sucessões se refere ao sentido estrito da palavra, tratando apenas das transmissões de bens por *mortis causa*, sendo tratado no Código Civil de 2002 em seu último livro, o que não poderia ser diferente, visto ser a morte um ponto final da vida civil da pessoa humana. Assim, o ramo do direito sucessório disciplina a transmissão do patrimônio, ativo ou passivo, do falecido (*de cuius*), aos seus sucessores, sendo tal direito de herança previsto no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁶ JANNOTTI, Carolina de Castro; SOUZA, Iara Antunes de; CORRÊA, Leandro Augusto Neves; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Averbação da sentença de multiparentalidade: Aplicabilidade. Sindicato dos Oficiais de Registro Civil de Minas Gerais. 2012. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/artigo%20multiparentalidade%20a%20verba%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 21.04.2018.

¹⁰⁷ BRASIL. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 12.01.2018

Segundo Hironaka¹⁰⁸, um fundamento importante para o Direito das Sucessões é a necessidade de se alinhar o direito de família ao direito de propriedade, haja vista que o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mas ainda e principalmente no ‘fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família’.

De forma geral, o art. 1.786 do Código Civil prevê duas formas de sucessão *mortis causa*: a sucessão legítima, pela qual a lei determina a ordem de vocação hereditária presumindo a vontade do autor da herança, de acordo com a força dos laços afetivos familiares, sendo também chamada de sucessão *ab intestato*, visto não existir testamento. De outro modo, nas palavras de Ribeiro¹⁰⁹ a sucessão legítima “beneficia os parentes próximos, por presumir o legislador que os familiares são as pessoas mais queridas do extinto. Na ordem natural das afeições familiares o amor primeiro desce, em seguida sobe e depois se espalha.”

A outra modalidade é a sucessão testamentária, pela qual o autor da herança exerce sua autonomia privada através de testamento ou codicilo. Todavia, a disposição de herança através de testamento está limitada a metade do patrimônio do falecido, uma vez que deve-se respeitar a legítima dos herdeiros necessários bem como a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil. Ou seja, havendo herdeiros necessários, a autonomia privada do falecido sofrerá com as restrições impostas pelo direito fundamental a herança conforme previsto na Constituição Federal.

Quanto aos herdeiros legítimos, todos estão relacionados em ordem preferencial no artigo 1.829 do Código Civil: iniciando pelos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente; seguidos dos ascendentes, também em concorrência com o cônjuge sobrevivente; em seguida o cônjuge sobrevivente de forma isolada; e por último os colaterais. Saliente-se que descendentes, ascendentes e o cônjuge compõem o grupo dos chamados herdeiros necessários, conforme o artigo 1.845 do Código Civil, os quais possuem a proteção da legítima,

¹⁰⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). *Direito das Sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁰⁹ RIBEIRO, Fulgêncio. Sucessão Legítima. Jusbrasil. Publicado em 29 de março de 2014. Disponível em: <<https://ribeirooliveiraadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/114684196/sucesao-legitima>>. Acesso em: 25.09.2017.

isto é, de metade do patrimônio do autor da herança (art. 1.846 do Código Civil). Enquanto que os colaterais são aqueles chamados de herdeiros facultativos, e não possuem em seu favor a proteção da legítima.

Oportuno abrir um parêntese a respeito dos direitos sucessórios do companheiro. O artigo 1.790 do Código Civil regulamentava os direitos sucessórios do companheiro. Todavia, desde a sua edição o referido dispositivo foi alvo de críticas objetivando a sua inconstitucionalidade devido a afronta ao princípio da igualdade ao prever tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro. Porém, o STF analisou o tema em âmbito de repercussão geral no Recurso Extraordinário 878.694/MG (2017) decidindo pela inconstitucionalidade do artigo 1.790. Para tanto, o companheiro deve ser incluído na interpretação e aplicação do artigo 1.829 do Código Civil por fazer jus à equiparação entre as entidades familiares.

Voltando à sucessão legítima, já foi mencionado que os descendentes são a primeira classe de herdeiros a serem chamadas para receber a legítima, contudo, poderão concorrer com o cônjuge ou companheiro do falecido (art. 1.829, I). A concorrência dependerá da observância de certos requisitos: primeiro deles, que o casal não esteja separado de fato ao tempo da morte do autor da herança (art. 1.830); e o segundo, que o regime de bens escolhido pelo casal não seja comunhão universal, separação obrigatória, ou comunhão parcial sem bens particulares. Vale complementar, que se o cônjuge ou companheiro sobrevivente for genitor comum dos herdeiros descendentes terá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança (art. 1.832).

No que diz respeito a sucessão legítima dos herdeiros descendentes, seja ela pura ou em concorrência com cônjuge/companheiro, na hipótese de ocorrer o falecimento de um dos ascendentes de uma família multiparental, não haverá qualquer dificuldade de se aplicar as normas postas no Código Civil. Ou seja, o falecimento de qualquer ascendente da família multiparental, composta por três ou quatro genitores, sendo ele solteiro, viúvo ou não, terá sua herança partilhada entre os herdeiros descendentes, quantos existirem, e possivelmente ao cônjuge/companheiro, se for caso.

Todavia, aplicar as normas de direitos sucessórios existentes para os herdeiros ascendentes não é tão simples. Na verdade, as normas previstas no

Código Civil para solucionar a partilha da herança do ascendentes são pautadas na família parental composta por no máximo duas pessoas, em primeiro grau, e quatro pessoas em segundo grau, por exemplo, além do cônjuge/companheiro. O legislador civilista não fez a previsão de uma família multiparental composta de quatro ascendentes em primeiro grau, e oito ascendentes em segundo grau, mais cônjuge.

Shikicima¹¹⁰ justifica tal “lacuna” sobre a entidade familiar ao trata-la, em suas próprias palavras, como uma “caixinha de surpresas”, visto a possibilidade de diversos formatos, pelo que o Código Civil não pôde prever tal formato e consequentemente inexitem normas relacionadas aos seus efeitos, principalmente no que tange aos direitos sucessórios. Desta forma, existem dúvidas acerca da realização da sucessão para os ascendentes multiparentais.

O fato é que em uma estrutura familiar convencional, se observa a existência de dois ascendentes em primeiro grau e seus descendentes, e tais descendentes podem ter seus cônjuges/companheiros. O falecimento do descendente implica na sucessão pura dos ascendentes ou, provavelmente, sucessão com concorrência do cônjuge/companheiro. Nesses casos, seguindo a orientação do artigo 1.836, § 2.º do Código Civil, os ascendentes no mesmo grau devem ser divididos em linhas (paterna e materna) cabendo a cada um metade da herança na sucessão pura dos ascendentes. Havendo cônjuge/companheiro, a norma é complementada pelo artigo 1.837, ou seja, será reservado um terço da herança para o cônjuge/companheiro, e o restante será partilhado conforme previsto no § 2.º do artigo 1.836.

Considerando o conteúdo dos dispositivos então citados, a sua aplicação para a sucessão pura da ascendência multiparental de primeiro grau, onde se verifica a existência de uma mãe e dois pais, por exemplo, irá acarretar numa partilha desigual. Shikicima¹¹¹ explica que a existência de ambas as linhas (materna e paterna), que reflete na divisão igualitária da herança entre elas, prevista no art.

¹¹⁰ SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade: Uma lacuna da lei para ser preenchida. Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP. São Paulo, n.18, p. 68 – 79, 2014. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Virtual%20numero%2018.pdf>>. Acesso em: 21.09.2017.

¹¹¹ SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade: Uma lacuna da lei para ser preenchida. Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP. São Paulo, n.18, p. 68 – 79, 2014. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Virtual%20numero%2018.pdf>>. Acesso em: 21.09.2017.

1.836, § 2º, do diploma civil, não necessariamente seria uma norma justa de ser aplicada na multiparentalidade, exemplificando que, havendo uma diferença de quantidade de ascendentes em cada linha, aquele que estiver em menor número receberá mais do que os da outra linha, o que seria uma injustiça.

Cohen e Félix¹¹² propõem uma solução quanto à sucessão dos ascendentes, todos aqueles que figurarem como pais do mesmo filho, serão herdeiros em pé de igualdade, concorrendo com eventual cônjuge ou companheiro sobrevivente, assumindo, também, a condição de herdeiros necessários. Trata-se da mesma solução encontrada por Shikicima¹¹³, segundo o qual, o legislador naquela época, quando da elaboração do Código Civil de 2002 havia somente em sua mente dois pais, e inclusive de modo tradicional, um pai e uma mãe, para tanto deveria ser preenchida esta lacuna para partes iguais, em caso de disputa em primeiro grau.

Quando da sucessão de ascendentes multiparentais em concorrência com cônjuge/companheiro supérstite, da mesma forma que na sucessão pura de ascendentes, entende-se que, devido à lacuna deixada pelo legislador até o momento, pais multiparentais estariam em desvantagem perante o cônjuge do falecido, visto que receberiam partes distintas. Portanto, necessário fazer constar as quotas partes de cada um ou constar a concorrência em partes iguais.

Portanto, necessitando a sociedade que suas questões sejam dirimidas de forma legal, enquanto não haja previsão em lei de tais situações, deve o Poder Judiciário preencher tais lacunas, com base no artigo 4º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro. Todavia, deve-se levar em conta, os limites legais, éticos e morais, sob pena de, a parte inocente sofrer danos irreparáveis, bem como agredir a segurança jurídica. Logo, a solução a ser dada deve ser feita de forma a preencher as lacunas no Código Civil em todos os aspectos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade, principalmente quanto aos direitos sucessórios dos ascendentes.

¹¹² COHEN, Ana Carolina Trindade Soares; FELIX, Jéssica Mendonça. Multiparentalidade e entidade familiar: fundamento constitucional e reflexos jurídicos. Cadernos de Graduação - Ciências Humanas e Sociais Fits. Maceio, n. 3, v. 1, p. 23-28, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Desktop/Pesquisa/4%20-%20Multiparentalidade/1215-3772-1-PB.pdf.> Acesso em: 22.09.2017

¹¹³ SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade: Uma lacuna da lei para ser preenchida. Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP. São Paulo, n.18, p. 68 – 79, 2014. Disponível em: <http://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Virtual%20numero%2018.pdf>. Acesso em: 21.09.2017.

Conclusão

À medida que a sociedade evolui, novos formatos familiares surgem, a fim de atender todas as necessidades sociais, aos quais tenta o ordenamento jurídico brasileiro se adaptar e acompanhar. Nesse contexto, a sociedade atual exigiu, pelas suas práticas costumeiras, que a família brasileira começasse a ser tratada como grupo social no qual todos têm também direitos e sentimentos, devendo ser objeto de proteção dentro da sociedade, e não apenas como uma tradução de aspectos impositivos e restritivos por parte do Estado.

Desta forma, ao tornar a família um ente social não passível de interferência, o ordenamento jurídico a liberta de amarras legais, permitindo que seja composta da forma que aprouver aos integrantes. O que se vê hodiernamente, portanto, é uma flexibilização do formato familiar, devido à constatação do valor jurídico do afeto como fator relevante da composição familiar, e fundamento basilar de uma relação de parentesco, não havendo mais uma rigidez quanto aos formatos reconhecidos de família.

A afetividade, princípio fundamental amplamente defendido, gera fatos e casos práticos não previstos em lei, pela dificuldade de prever a forma de desenvolvimento da sociedade, e até mesmo de acompanhar as mudanças em tempo hábil. Contudo, isso não serve de escusa para os interpretes do direito em geral, que devem aplicar as normas e, principalmente, as garantias constitucionais, às formas de família que lhes são apresentados nos casos concretos, a fim de fazer prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção à família em todos os seus aspectos.

A partir de então, começou-se a perceber os diversos formatos de família existentes na sociedade, dentre eles a multiparentalidade, o que faz com que se questione acerca de diversos aspectos jurídicos que possa acarretar, dentre eles as questões ligadas à filiação afetiva e seu conflito com a filiação consanguínea.

Com a intenção de solucionar o até então conflito entre as filiações biológica e afetiva, se baseando nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, importantíssimos para a constituição de uma família, o Poder Judiciário brasileiro, acertadamente, seguindo a ideia de que uma não prevalece sobre a outra, reconheceu a possibilidade de existência das duas espécies de filiação de forma

concomitante, trazendo uma situação que já existia de fato na sociedade para o plano legal, justificando-a e protegendo-a.

Portanto, é evidente que o reconhecimento da multiparentalidade refletirá em diversas áreas do direito, o que ainda não foi estabelecido ou sequer analisado por nenhum dos Poderes competentes para tanto, mas que demonstra a vital importância que reside no estudo aprofundado do tema. Desta forma, sua relevância está em seu caráter social, ao reconhecer uma situação fática preexistente, e também em seu caráter jurídico, uma vez que é necessário que os efeitos resultantes sejam definidos no plano legal.

No que diz respeito aos efeitos do reconhecimento da família multiparental, especificamente quanto aos direitos sucessórios dos herdeiros necessários, restou verificada a impossibilidade de aplicar as normas do Código Civil para os herdeiros ascendentes, uma vez que fatalmente causarão desequilíbrio na partilha de cada envolvido. Ficou claro que a atual legislação civilista não é suficiente para resolver os problemas referentes a partilha dos ascendentes, seja na sucessão pura ou em concorrência com o cônjuge/companheiro.

Faz-se imprescindível repensar os direitos sucessórios dos ascendentes para as famílias multiparentais, no sentido de garantir que os ascendentes, de qualquer grau, concorrendo ou não com o cônjuge/companheiro sobrevivente, venham a receber frações iguais da herança do descendente falecido, independente de se tratar de pai ou mãe.

O fato é que desde o reconhecimento da união estável homoafetiva e da possibilidade deles escolherem ter filhos, os direitos sucessórios que regulamentam a partilha da herança para os ascendentes se tornaram defasados, incongruentes com a realidade das atuais famílias. Pois tanto a união estável homoafetiva, quanto a família multiparental não se enquadram na regra do artigo 1.832, § 2.º do Código Civil que determina a divisão dos ascendentes, no mesmo grau, em linha paterna e linha materna.

A diversidade de gênero deixou de ser requisito para o reconhecimento das famílias e portanto nenhuma norma de direito sucessório, com conteúdo de divisão da herança a partir do gênero envolvidos, deve ser aplicada para realizar a partilha da herança entre os herdeiros ascendentes, muito menos quando a aplicação de tal critério implica em determinar frações diferentes, quando todos que estão no mesmo grau devem receber a mesma quota.

Referências

ARPEN BRASIL. Nota de esclarecimento acerca do Provimento CNJ nº 63/2017. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%C2%BA%2063%20\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%C2%BA%2063%20(1).pdf)>. Acesso em: 12.01.2018.

BRASIL. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 12.01.2018

CALDERÓN, Ricardo. Socioafetividade e multiparentalidade acolhidas pelo STF. Migalhas. Publicado em 7 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246906,81042Socioafetividade+e+multiparentalidade+acolhidas+pelo+STF>>. Acesso em: 21.09.2017.

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COHEN, Ana Carolina Trindade Soares; FELIX, Jéssica Mendonça. Multiparentalidade e entidade familiar: fundamento constitucional e reflexos jurídicos. Cadernos de Graduação - Ciências Humanas e Sociais Fits. Maceio, n. 3, v. 1, p. 23-28, 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Desktop/Pesquisa/4%20-%20Multiparentalidade/1215-3772-1-PB.pdf>> Acesso em: 22.09.2017

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). *Direito das Sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JANNOTTI, Carolina de Castro; SOUZA, Iara Antunes de; CORRÊA, Leandro Augusto Neves; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Averbção da sentença de multiparentalidade: Aplicabilidade. Sindicato dos Oficiais de Registro Civil de Minas Gerais. 2012. Disponível em:

<<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/artigo%20multiparentalidade%20averba%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 21.04.2018.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. O reconhecimento da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos. *Âmbito Jurídico*. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12754>. Acesso em: 21.09.2017.

LÔBO, Paulo. Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação. Consultor Jurídico. Publicado em 14 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 21.09.2017.

SIMÕES, Melrian Ferreira da Silva; LEITE, Valéria Aurelina da Silva; TOLEDO, Iara Rodrigues de. Multiparentalidade: a intrincada relação entre a realidade familiar e o enunciado normativo, analisada à luz do direito posto e do direito pressuposto. Centro Universitário Eurípides de Marília. Revista Em Tempo – v. 14 – 2015 – p. 169-185. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1294/412&gws_rd=cr&dcr=0&ei=zKydWrSjFsSf_QboraP4Bw>. Acesso em: 21.09.2017.

RIBEIRO, Fulgêncio. Sucessão Legítima. Jusbrasil. Publicado em 29 de março de 2014. Disponível em:

<<https://ribeirooliveiraadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/114684196/suces-sao-legitima>>. Acesso em: 25.09.2017.

SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade: Uma lacuna da lei para ser preenchida. Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP. São Paulo, n.18, p. 68 – 79, 2014. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Virtual%20numero%2018.pdf>>. Acesso em: 21.09.2017.

SUZIGAN, Thábata Fernanda. Filiação socioafetiva e a multiparentalidade. DireitoNet. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9204/Filiacao-socioafetiva-e-a-multiparentalidade>>. Acesso em: 21.09.2017.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 21, p. 400-418, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 24.09.2017.

VOTO DO RELATOR MINISTRO LUIZ FUX. Recurso Extraordinário nº 898.060/SC. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 21.09.2017.

YOSHIOKA, Tamy Fernandes. Multiparentalidade: o ordenamento jurídico possibilita a ampliação do seu reconhecimento? Brasília, 2017. Disponível em:

<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17902/1/2017_TamyFernandesYoshioka_tcc.pdf
>. Acesso em: 21.09.2017.

ÉTICA E FAMÍLIA - QUESTÃO DE PRINCÍPIOS¹¹⁴

ETHICS AND FAMILY-QUESTION OF PRINCIPLES

Liane Aparecida Sampaio

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP.

Advogada. Especializações em Direito Empresarial pela FGV e Universidade Mackenzie. Pós graduanda em Direito de Família e Sucessões aplicado ao Novo Código de Processo Civil na ESA-SBC. Secretária da Comissão de Anticorrupção e Compliance da OAB/SP – Subseção de Pinheiros. Membro da Comissão de Direito Contemporâneo da OAB-SBC, 39. Subseção. Membro associado da ADFAS – Associação de Direito de Família e Sucessões.

Resumo: Desde os tempos mais remotos, ética e família são temas recorrentes. Os princípios éticos e morais passam neste milênio a pautar a sociedade atual, por encontrar-se no cerne da sociedade como núcleo fundamental. Neste contexto a evolução social, a ciência e a tecnologia são movimentos que marcam o processo de civilização e o núcleo familiar passou a sofrer inúmeras mutações com estas alterações, onde nota-se reduzido o número de famílias originárias formadas por pai, mãe e um par de filhos e outras configurações passam a existir e exigindo especial atenção da sociedade e dos Tribunais. A família unipessoal, casamentos em casas separadas, grupos de idosos partilhando moradia comum, pessoas em união estável, esta transformação da família é paulatina e responsável por uma alteração de princípios. O enfoque moral e ético deve assegurar esta nova sociedade.

Palavras-chave: Ética, família, moral, costume e sociedade.

Abstract: Since the most remote ethical and family times are recurring themes. The ethical and moral principles pass through this millennium to guide the current society, by finding itself at the core of society as a fundamental nucleus. In this context, social

¹¹⁴ Como citar este artigo: SAMPAIO, Liane Aparecida. Ética e família - questão de princípios. *In* Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi, Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, nov. 2019, v. Especial, p. 69-79.

evolution, science and technology are movements that mark the process of civilization and the family nucleus has undergone numerous mutations with these changes, where it is reduced the number of families originated by father, mother and a Pair of children and other configurations come into existence and require special attention from society and the courts. The single-person family, marriages in separate houses, groups of elders sharing common dwelling, people in stable union, this transformation of the family is gradual and responsible for a change of principles. The moral and ethical approach must ensure this new society.

Keywords: Ethics, family, morals, custom and society

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de Ética – Ética, moral e costumes. 3. Ética e família 4. Família na atualidade. 5. Considerações Finais. Referências

1. Introdução

Vive-se em uma sociedade marcada por profundas e intensas mudanças comportamentais onde os preceitos éticos e morais estão a pautar a vida das pessoas. A sociedade é um agrupamento permanente que surge de maneira natural, ligada por união moral, estável com uma pluralidade de pessoas.

O principal grupo inserido nesta sociedade é a família. A família, base do futuro e como base da sociedade protegida constitucionalmente, constrói-se lentamente, numa grande aventura de amar sem medo. A ética na família se relaciona ao altruísmo na formação de atitudes de preocupação com outras pessoas, e variam de acordo com a sociedade, editando valor social direcionados a produção de limites para a ordem e para a desordem. A ausência de educação familiar e sua constante desvalorização e falta de respeito, a conduz a desagregação, à desestruturação e ao caos.

Nesse sentido, SODRÉ¹¹⁵ salienta que Valor é um “*comum universal*” ou *um equivalente geral, no âmbito de qualquer relação de troca. Economicamente, valor e mais-valor são conceitos operativos. Filosoficamente, porém, é uma palavra carregada de ambiguidade - tantas, aliás, que Paul Ricoeur*

¹¹⁵ SODRE, 2010, p. 173

preferiria evitar seu uso. Mas pode-se concordar em principio que, na esfera da ética, valor é uma orientação prática de conduta no que diz respeito ao entendimento do bem e do mal para um determinado grupo. É algo transcendente ou externo ao indivíduo, proveniente de uma ordem – um “comum” – que se impõe como naturalmente desejável e coletivamente vinculante, diante da qual se levanta para todo o impulso da responsabilidade. Figura organizadora do “desejável”, o valor permite a avaliação de atos e opiniões”.

A família é a célula base da sociedade. Uma sociedade existe porque existem, igualmente, famílias que ocupam determinado espaço e se regem por normas que devem ser observadas por todos os membros. Por isso, criam-se padrões de vida que permitem uma convivência pacífica, sendo que quem transgide a barreira é sancionado.¹¹⁶

Roberto Shinyashiki¹¹⁷ em seu livro *“Pais e filhos – companheiros de viagem”* escreve: *“É muito importante que mãe e pai mostrem seus princípios ao filho. Os pais que constantemente, e na prática, valorizam a honestidade, a lealdade, o respeito ao próximo, o sucesso através do trabalho dão aos filhos a certeza de que vale a pena cultivar essas qualidades.*

E a ética por que passou a pautar as atitudes dentro da sociedade e dentro deste principal grupo?

A Família é uma célula insubstituível e a ética diz respeito não só a valoração das condutas humanas, já que se trata de uma diretriz obrigatória de seus elementos, mas também aquelas condutas desejadas por este determinado aglomerado humano, a Família.

Ghedin¹¹⁸ diz que *“a ação ética está ligada à sensibilidade e à capacidade de ouvir a própria consciência que, por sua vez, é uma expressão da consciência universal. Com base na confirmação de Ghedin, se compreende que cada indivíduo é consciente sobre a ação ética, e como parte da humanidade suas atitudes refletem na sociedade em que vive, já que sua consciência representa também a consciência universal”.*

¹¹⁶ www.iecb.org.br. *Ética na Família*. Igreja Evangélica Congregacional do Brasil. Acessado em 30.06.2018

¹¹⁷ SHINYASHIKI, Roberto. *Pais e Filhos – companheiros de viagem*. São Paulo: Editora Gente, 1992

¹¹⁸ GHEDIN, Evandro. *A Filosofia e o Filosofar*. São Paulo: Uniletras, 2003, p. 309.

O indivíduo pode ser influenciado a desenvolver outra identidade quer boa, quer má e, se relaciona em uma sociedade ética ou sociedade nociva e antiética, dependendo do contexto social que estiver inserido.

Segundo Aristóteles¹¹⁹, o comportamento humano é o grande fator distintivo da ética, vale dizer o modo como o ser humano age diante de si mesmo e de terceiros é o que determina se sua conduta é ética ou não. Essa tomada de decisão, por sua vez, requer consciência e discernimento, o que leva a concluir que, no plano valorativo, as ações humanas têm origem na escola.

Objetivando ordenar o presente artigo, o tema central será abordado em três tópicos: tópico 1, uma abordagem acerca da pós-modernidade, do Direito de Família e a Ética. No tópico 2 serão descritos os princípios da Ética e da Família; no tópico 3, será analisada a ponderação dos princípios éticos como um novo paradigma da ordem familiar, concluindo, ao final, como estes princípios éticos passam a nortear os novos tipos de família e as decisões dos Tribunais baseados na construção dos valores éticos.

2. Conceito de Ética – moral e costumes

O que é ética?

Antes de adentrar ao conceito de Ética, importante ressaltar que *“a pessoa humana passa a ser a medida de todos os valores. Porque ela é que constitui o bem primordial e, nessa qualidade, ela é a referência para a determinação dos valores dos outros bens. (...) A experiência moral e jurídica é sempre a atualização objetiva de um estado de consciência de uma comunidade. É a objetivação do que é considerado ético e normal, dentro de um agrupamento social. Em outras palavras, é a vivência daquilo que uma comunidade, por convicção generalizada, qualifica de ético e normal, num determinado momento histórico e num determinado lugar. (...) Isto significa que o sentido das coisas e o valor delas dependem de sua correlação com a pessoa humana, dentro do processo de perfazimento do ser humano. E é de notar-se que, desse sentido e desse valor,*

¹¹⁹ ARISTÓTELES. *Ética e Nicômacos*. Tradução Mario Gama Kury. 4. Ed. Brasília: UNB, 2000, P 34-36; P. 114.

*dados por tais seres às cousas, depende por sua vez, em cada momento, o rumo da história. ()*¹²⁰.

Para Álvaro Valls,¹²¹ “a ética é daquelas coisas que todo mundo sabe o que são, mas não são fáceis de explicar, quando alguém pergunta”.

Na língua portuguesa¹²² o termo Ética refere-se a *um conjunto de preceitos sobre o que é moralmente certo ou errado é a parte da filosofia dedicada aos princípios que orientam o comportamento humano, em outras palavras, ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade, o objeto da ética é a moral*. Podemos entender que ética é uma ciência com métodos e conceitos próprios, que estuda a moral.

Mas o que é moral? É um dos aspectos do comportamento humano. É um conjunto de valores (certo ou errado, segundo Platão) que se divide em objetiva que é aquela que se aplica sobre o comportamento de alguém dentro de uma sociedade; e a individual que a avaliação de tal comportamento segundo o conjunto de valores de cada indivíduo.

Encontramos autores que entendem tratar-se de ética e moral a mesma coisa já que *Ethos*, em grego e *mos*, em latim, ambas significando costumes, mas a diferença está na etimologia da palavra já que a definição de costume não se refere a valores e nem a ideia da moral (certo ou errado), mas aos comportamentos que são seguidos sob o medo de uma sanção social, aquele modo que faz o indivíduo ser visto ou aceito pela sociedade, ou seja, é a validação que é feita sobre este indivíduo segundo o conjunto de valores de cada um.

Assim, ética é a ciência, moral é o valor e os costumes são os comportamentos.

Na filosofia, Sócrates, Platão, Aristóteles, Espinoza e Kant foram pensadores que se ocuparam do tema relativo à Ética e moral. O conceito de ética está ligado aos critérios do agir humano para a organização da vida em sociedade em busca da felicidade, da busca do conhecimento da alma humana. Nota-se que a ética filosófica desses pensadores tem outro papel já que buscavam a felicidade de cada indivíduo e não aquele que pede a modernidade, que é o modo correto de agir

¹²⁰ TELLES JUNIOR, Gofredo. *Ética: do mundo da célula ao mundo dos valores*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 242/243

¹²¹ VALLS, Álvaro L. M. *O que é Ética?* São Paulo: Editora Brasiliense, 1994, p. 07

¹²² HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Editora Objetiva: São Paulo, 2008.

e como chegar à felicidade através da moralidade em sociedades complexas que estão surgindo.¹²³

Habermas¹²⁴ em *Comentários à ética do discurso*, esclarece: “*Se a filosofia pudesse, como dantes, ater-se à sua pretensão clássica de emitir afirmações de validade universal sobre o sentido de uma vida boa e não malograda, então também teria de ser capaz de privilegiar um determinado modo de vida, por exemplo, o projeto clássico de uma vida consciente*”.

A evolução social, política e científico-tecnológica, movimento que marcam o processo de civilização, denota características que revelam a permanente insatisfação humana.

Em virtude dessa vitalidade incontrolável e quase sem limites, os seres humanos e a sociedade se esbaram na Ética como limite aos modelos normativos e instrumentais denota-se que a filosofia contemporânea de Habermas consegue chegar mais perto da sociedade contemporânea, onde esta sociedade busca através da ambição social e coletiva, interpretada e suportada pelo Direito, através do que conhecemos como norma do sistema jurídico, um meio que possibilite formas de uma vida feliz.

Nota-se que os indivíduos continuam por séculos atormentados acerca do comportamento da condição humana.

3. Ética e Família

Inconteste que dentro das instituições públicas e privadas, é a família que se reveste das mais expressivas normas de um organismo ético e social.

A Constituição de 1988, atribuiu profunda relevância ao cidadão, dadas as implicações sociais disso resultante, e um deles é a normatividade dos princípios, de forma que para o perfeito entendimento é necessário visitar os antecedentes teóricos e filosóficos, bem como a possibilidade de ponderação visando a convivência dentro da ética e da Família.

¹²³ BITTAR, Eduardo C. Bianca. *Famílias: Pluralidade e Felicidade*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, v. 09, Belo Horizonte, MG: 2015, p. 15/17.

¹²⁴ HABERMAS, Jurgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.172

O Art. 226, *caput*, da Constituição Federal estabelece ser a família “*base da sociedade*”, gozando de especial proteção do Estado, considerada como fundamento de toda a sociedade brasileira.

Não se pode negar que a família é um organismo social que sofre influência da religião, dos costumes e a ética.

Observa o psicanalista JACQUES LACAN: *“Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Ela estabelece desse modo, entre as gerações, uma continuidade psíquica cuja causalidade é de ordem mental”*.

Diante disso, observamos que é no interior deste organismo, chamado de família que é vivenciado medos, perdas, traumas, amizade, segurança, ou seja, vivências de ordem psicológica, jurídica e social.

Da nossa relação com os outros surge a verdadeira felicidade e é caracterizada pelo comportamento ético.

Dalai Lama¹²⁵ assevera que: *“O comportamento ético, por sua vez, consiste em atos que respeitam o bem estar alheio. São as emoções perturbadoras que nos impedem de termos um comportamento compassivo. Se desejamos ser felizes temos de reprimir as nossas reações aos pensamentos e as emoções negativas. É isto que quero dizer ao afirmar que temos de domesticar o elefante selvagem que é o espírito indisciplinado. Quando não refreio a minha reação às emoções perturbadoras, as minhas ações tornam-se contrárias à ética e são um obstáculo às condições da felicidade.”*

4. Família na atualidade

Por mais que fossem pesquisados diversos autores acerca da definição de família, nenhum deles trouxe um conceito único, é um desafio, pois dentro desta sociedade pluralista existem diversos tipos de família o que torna

¹²⁵ LAMA, Dalai. *Ética para o novo milênio*. Editorial Presença: Lisboa, 2003, p. 80.

impossível delimitar as relações afetivas que as pessoas estão vinculadas. Porém todas elas devem ser objeto de proteção.

A família é uma instituição talhada sob a influência de percepções políticas, sociais e morais e de cada período histórico, pois além de uma instituição natural, a família é uma construção social variante. Sob o ponto de vista jurídico é imperioso afirmar que a família não apenas é predecessora como transcende a visão que o direito tem dela. E, em virtude dessa ótica que já foi muito redencionista – vários arranjos familiares restavam à margem do direito que, presentemente, apresentam um caráter mais inclusivo.¹²⁶

A família é protegida de forma especial pelo Estado por ser a própria base da sociedade, cuidando o estado para que, dentro dela, as pessoas se mantenham protegida na sua dignidade, recebendo as primeiras e mais importantes noções de vida social e também os preceitos morais que devem nortear as suas vidas.

Assim, as transformações nos núcleos familiares que focaram nos valores da humanidade e na felicidade serviram para construir pontes e possibilidades de respeito, ética e dignidade.

As dificuldades encontradas na perpetuação de valores reside na destruição do núcleo familiar. Por um lado, a falta de famílias e a miscigenação desordenada trouxeram um bando de desgarrados, por outro, tolerância e diversidade cultural.

Miron Stoffels,¹²⁷ leciona no sentido de que (...) “*A genuína cultura fixada no íntimo do ser cultural, com as aspirações superiores do homem demandam valores que não podem ser aprisionados nem condicionados por estruturas diversas sejam de ordem econômicas ou por regimes políticos. O homem livre de pressões deve poder ajudar a construir esta cultura e a cultura a estes valores. (...) A cultura, como ideologia que ela faz parte, está sempre intimamente presa à experiências vividas, ou melhor, ao próprio vivido humano*”.

¹²⁶ PACHÁ, Andrea Maciel. *Pluralidade nas casas e nas ruas: Direitos, Desejos e Transformações*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, op. cit. p. 217.

¹²⁷ STOFFELS, Miron et alli. *Formação da Consciência Crítica*. In : Neotti, Clarêncio (coord.) Puebla Brasil. *Comunicação, Um Estudo Crítico*. São Paulo: Loyola, 1981, p. 215.

Regina Beatriz Tavares da Silva¹²⁸ preleciona que “*Vivemos em família, uns ao lado dos outros, e precisamos de regras de proceder, sem as quais haveria o caos. Essas regras ganham importância exatamente quando a família padece de falta de harmonia, o que não pode ser esquecido, sob pena de o direito deixar de cumprir sua função e, por conseguinte, não alcançar a sua finalidade*”.

Os familiares são os semelhantes mais próximos. Os deveres éticos têm início no âmbito desse grupo vinculado por sangue e pelo casamento. Assistir ao parente, apoiá-lo em suas necessidades, solidarizar-se com ele, tudo isso representa obrigação moral de que ninguém pode se escusar, segundo José Renato Nalini.¹²⁹

Miguel Reale¹³⁰ esclarece que “*a Ética não é a doutrina da ação em geral, mas propriamente a doutrina da conduta enquanto inseparável de sua razão ou critério de medida, de sua norma, mediante a qual se expressa teologicamente um valor. A Ética é, em suma, uma ordenação de conduta, o que equivale a dizer: a teoria normativa da ação. (...) Os homens não se vinculam em seu agir apenas por valores transcendência, mas também se ligam por algo que está neles mesmos ou, então nos outros homens. (...) O homem, visto na essência de sua finalidade, é pessoa, isto é, um ser com possibilidade de escolha constitutiva de valores*”.

Portanto, apesar da Família alterar-se de forma contínua, a inclusão da ética familiar ainda continua sendo o núcleo fundamental para a vida em sociedade e é nessa base familiar que resgatamos os valores essenciais da convivência civil, como a dignidade da pessoa humana, a confiança mútua, o bom uso da liberdade, o diálogo, a solidariedade e o respeito. Valores estes ligadas à formação que este indivíduo recebeu em seu convívio familiar, isso é, ética familiar é a soma de normas que envolvem todas as pessoas do núcleo familiar.

5. Considerações finais

¹²⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil.2: Direito de Família/Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva*. – 43 ed.- São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 28.

¹²⁹ NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª. Ed. 2001, p. 122.

¹³⁰ REALE, MIGUEL. *Filosofia do Direito – 20 ed.* São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 385/397

O propósito do presente trabalho foi o de propiciar a amplitude das questões éticas e da moral na família. A família é o primeiro núcleo básico do indivíduo, onde a personalidade nasce e se molda, sendo que a sociedade precisa se acostumar com novos padrões familiares. A Ética é indispensável para os atuais e futuros paradigmas, mantendo o núcleo familiar natural como ponto de equilíbrio psicológico e emocional de seus entes, sob pena de desconstrução desse núcleo essencial como base da sociedade e como centro de preservação do ser humano.

Dalai Lama preconiza: *“temos já a nossa disposição ferramentas muito poderosas para criar uma sociedade pacífica e ética. Porém, algumas dessas ferramentas não são plenamente usadas em toda sua potencialidade. Nesse ponto gostaria de partilhar alguns de meus pontos de vista em que áreas podemos começar a revolução espiritual da bondade, da compaixão, da paciência, da tolerância, do perdão, e da humildade.”*¹³¹

Se continuarmos seguindo sem observância da moralidade e da conduta humana, o que haveremos de encontrar no amanhã? As futuras gerações estarão submetidas a um novo paradigma existencial e familiar, sendo inevitável o despertar de um encontro com a Ética, imprescindível para uma existência digna.

A observância da Ética, moral e os bons costumes reconstituem a família que durante a evolução dos últimos tempos restou fragilizada, devolve aos seus membros a plena dignidade.

Cabe, pois aos legisladores, julgadores, doutrinadores e profissionais do direito, o indispensável senso de responsabilidade e observância aos princípios morais e éticos, na elaboração e interpretação das normas que regulam as novas relações familiares, sob pena de desestruturação desse núcleo essencial da sociedade.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética e Nicômacos*. Tradução Mario Gama Kury. 4. Ed. Brasília: UNB, 2001.

¹³¹ LAMA, Dalai. Op. cit.

- BITTAR, Eduardo C. B. *Famílias: Pluralidade e Felicidade*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, v. 09, Belo Horizonte, MG: 2015.
- GHEDIN, Evandro. *A Filosofia e o Filosofar*. São Paulo: Uniletras, 2003.
- HABERMAS, Jurgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- LAMA, Dalai. *Ética para o novo milênio*. Editorial Presença: Lisboa, 2003.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil.2: Direito de Família/Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva*. – 43ªed.- São Paulo: Saraiva, 2016.
- SODRÉ, Muniz – *Antropologia do espelho: uma teoria da comunicação linear e em rede* - 5.ed. - Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.
- STOFFELS, Miron et alli. – *Formação da Consciência Crítica*. In: Neotti, Clarêncio (coord.) Puebla Brasil. Comunicação, Um Estudo Crítico. São Paulo, Loyola, 1981.
- TELLES JUNIOR, Gofredo. *Ética: do mundo da célula ao mundo dos valores*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VALLS, Álvaro L. M. *O que é Ética?* São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.
- www.iecb.org.br *Ética na Família*. Igreja Evangélica Congregacional do Brasil. Acessado em 30.06.2018
- HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Objetiva, 2008.
- NALINI, José Roberto. *Ética Geral e Profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Requisitos para publicação:

- (a) de artigos: titulação mínima de mestrando (estar matriculado em curso de pós-graduação em nível de mestrado);
- (b) de comentários jurisprudenciais: titulação mínima de graduado;
- (c) os textos deverão ser inéditos.

Regras de formatação:

- (a) tamanho do papel: A4;
- (b) tamanho do texto: mínimo de 10 e máximo de 40 páginas;
- (c) margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) alinhamento: justificado;
- (e) fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 – título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 – notas de rodapé;
- (f) espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) citações: entre aspas e com recuo;
- (i) as citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I);
- (j) as referências devem constar na nota de rodapé (não usar sistema autor-data);
- (k) título do artigo em português e em inglês;
- (l) resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços;
- (m) lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;
- (n) sumário.

Folha de rosto:

(a) deve vir em arquivo à parte;

(a) nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Todos os artigos são submetidos ao processo Blind Peer Review, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos devem ser enviados para: rdfas@adfas.org.br