

RDFAS

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

ANO 7 **ABRIL/MAIO 2020**

DIREÇÃO

CARLOS ALBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

ADFAS
Revista de Direito de Família e das Sucessões

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

Ano 7 • vol. 20 • abr.-jun. / 2020

Direção

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

**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 7 • vol. 20 • abr.-jun. / 2020

CONSELHO EDITORIAL

Conselho Editorial Internacional

Alicia García de Solavagione
André Dias Pereira
Columba del Carpio Rodriguez
Lorenzo Bujosa
Maria José Bravo Bosch

Conselho Editorial Nacional

Eduardo de Oliveira Leite
Francisco Eduardo Loureiro
Ives Gandra da Silva Martins
Maria Vital da Rocha
Nelson Nery Júnior
Rosa Maria de Andrade Nery
Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

Pareceristas

Alexandre Gaetano Nicola Liquidato – Bruno de Ávila Borgarelli – Caio Chaves Morau – Caio Martins Cabeleira – Débora Vanessa Caús Brandão – Fernando Speck de Souza – George Ibrahim Farath – José Francisco Rolim – Laura Souza Lima e Brito – Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo – Marcelo José Grimone – Marcelo Orlando Mendes – Mariana Conti Craveiro – Pedro Ricardo e Serpa – Ricardo Rossetti – Rodrigo Vaz Sampaio – Rodrigo Xavier Leonardo – Venceslau Tavares Costa Filho – Vera Lúcia Viegas Liquidato

ISSN. 2358-2057

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

Ano 7 • vol. 20 • abr.-jun. / 2020

Direção

CARLOS ALBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Coordenação Executiva

MARCEL EDVAR SIMÕES

Coordenação Conteudista

ATALÁ CORREIA

Coordenação Editorial

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO

Comissão de redação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO
BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI
DANIELE SIMÕES SOLON SOARES E SILVA NAMORATO
MARCEL EDVAR SIMÕES
ROBERTA DREHMER DE MIRANDA

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: [19.04.2021]

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

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

SUMÁRIO

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

DOCTRINA NACIONAL

Emotivismo e judicialização do afeto: a problemática metaética da legitimidade jurídica do princípio da afetividade no direito de família

Emotivism and judicialization of affection: the metaethical problem of legal legitimacy of the principle of affectivity in family law

Antonio Marinho de Melo Rodrigues Filho e Victor Sales Pinheiro 9

Da aplicação do *punitive damages* nos casos de adultério

Application of punitive damages in cases of adultery

Danilo Porfírio de Castro Vieira e Thalita Pinto Bandeira de Melo 39

Aplicabilidade do art. 1.647 do Código Civil à união estável: limites derivados da proteção ao terceiro de boa-fé. Incoerências entre os tratamentos dispensados às hipóteses dos incisos i e iii do referido artigo. Cautelas na aplicação do novo entendimento, que exige a outorga convivencial, aos negócios celebrados quando pacífica nos tribunais a orientação oposta

Applicability of article 1.647 of Brazilian Civil Code to common law marriage: limits derived from protection to the good faith third party. Incoherences between treatments dispensed to the hypotheses provided for in incises i and iii of the referred article. Cautions in the application of the new orientation, which requires spousal consent, to acts celebrated when the opposite orientation was settled in courts

Ricardo Dal Pizzol 65

Reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva

Extrajudicial recognition of socio-affective filiation

Rodrigo Pacheco Fernandes 99

DOCTRINA ESTRANGEIRA**Daños en las relaciones de familia**

Federico José Romero 142

La dignidad posmoderna como fruto de la revolución del individualismo: el desafío de la solidaridad familiar

Martín Andrés Flores 163

NORMAS DE PUBLICAÇÃO 180

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

Ano 7 • vol. 20 • abr.-jun. / 2020

DOCTRINA NACIONAL

**EMOTIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO:
A PROBLEMÁTICA METAÉTICA DA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PRINCÍPIO
DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA¹**

**EMOTIVISM AND JUDICIALIZATION OF AFFECTION:
THE METAETHICAL PROBLEM OF LEGAL LEGITIMACY OF THE PRINCIPLE
OF AFFECTIVITY IN FAMILY LAW**

Antonio Marinho de Melo Rodrigues Filho

Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade Ideal - FACI/WYDEN. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural" vinculado à Universidade Federal do Pará-UFPA. Advogado.

Victor Sales Pinheiro

Doutor em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RJ. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Professor nos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará - UFPA e Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Coordenador dos grupos de pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural" e "Razão Pública, Secularização e Lei Natural".

Resumo: Este artigo busca analisar a problemática referente à legitimidade jurídica do princípio da afetividade no Direito de Família, bem como compreender a influência do Emotivismo no fenômeno da judicialização do afeto. O princípio da afetividade tem sido usado como fundamento jurídico, entretanto a validade da aplicação deste instituto não é consensual na doutrina especializada. O fenômeno da judicialização do afeto parece ser gerado em grande parte pela influência de correntes metaéticas

¹ Como citar este artigo: RODRIGUES FILHO, Antonio Marinho de Melo; PINHEIRO, Victor Sales. *Emotivismo e judicialização do afeto: a problemática metaética da legitimidade jurídica do princípio da afetividade no direito de família*. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/mai. 2020, v. 20, p. 9-38.

emotivistas que são criticadas por filósofos como Alasdair MacIntyre e John Finnis, dois relevantes filósofos da razão prática da contemporaneidade. Dessa forma, o desenvolvimento deste estudo consiste em uma pesquisa de revisão bibliográfica, alinhada ao método explicativo-compreensivo, concluindo que o princípio da afetividade não possui validade deôntica.

Palavras-chave: Princípio da Afetividade. Metaética. Emotivismo. Alasdair MacIntyre. John Finnis.

Abstract: *This article seeks to analyze the issue of the legal legitimacy of the principle of affectivity in Family Law, as well as to understand the influence of Emotivism on the phenomenon of the judicialization of affection. The principle of affectivity has been used as a legal basis, however the validity of the application of this institute is not consensual in specialized doctrine. The phenomenon of the judicialization of affection seems to be generated in large part by the influence of emotivist metaethical currents that are criticized by philosophers such as Alasdair MacIntyre and John Finnis, two important philosophers of the practical reason. Thus, the development of this study consists of a literature review, aligned with the explanatory-comprehensive method, concluding that the principle of affectivity has no deontic validity.*

Keywords: *Affectivity Principle. Metaethics. Emotivism. Alasdair MacIntyre. John Finnis.*

Sumário. Introdução. O princípio da afetividade no direito de família brasileiro. Conceito e principais características da teoria moral emotivista. A crítica metaética ao emotivismo segundo Alasdair Macintyre e John Finnis. Influências emotivistas na judicialização do afeto e a crítica ao princípio da afetividade. Conclusão. Referências.

Introdução

Toda concepção jurídica repousa numa base metaética implícita. Para uma compreensão adequada do fenômeno jurídico e das interpretações legais em geral, é necessário analisar, antes, o fundamento da ação moral, analisando o modelo de razão prática que explica o comportamento humano.

Nesse contexto, este artigo analisa a problemática da legitimidade jurídica do princípio da afetividade no Direito de Família, a partir da influência da metaética emotivista no fenômeno da judicialização do afeto. O princípio da afetividade tem sido usado como fundamento para uma série de demandas jurídicas, sendo o elemento principal de um movimento de transformação da dogmática familiarista no intento de produzir uma amplificação dos limites conceituais da entidade familiar, bem como uma relativização das relações familiares por meio de decisões jurídicas.

Desse modo, o critério basilar para a definição de uma família, ou para a sua desconsideração, seria a interpretação da existência de afeto entre os envolvidos. Entretanto, a validade da aplicação deste instituto também é alvo de críticas, não sendo consensual na doutrina especializada devido à falta de embasamento legal do princípio da afetividade e pela dimensão subjetiva do afeto que o tornaria inviável em termos normativos.

Considerar a existência ou não de afeto como o elemento constitutivo principal da família, não parece ser o mais adequado, pois a presença de afeto não é suficiente para fundamentar o reconhecimento pleno de uma entidade familiar em âmbito jurídico, como no caso do namoro simples e qualificado, nos casos de uniões incestuosas, de uniões familiares infantis, de famílias concomitantes e de uniões poliafetivas. A seu turno, a ausência de afeto não se mostra como elemento suficiente para desconsiderar ou anular institutos como o casamento e a filiação, bem como as responsabilidades oriundas do dever de cuidado objetivo que estas relações estabelecem.

Grande parte do fenômeno da judicialização do afeto parece ser gerada pela influência de correntes metaéticas emotivistas que questionam a viabilidade de métodos racionais e objetivos sob o argumento de que juízos valorativos seriam meras expressões de preferência subjetivas do enunciador, com objetivo de gerar empatia e convencimento por parte do ouvinte. Estas correntes reduzem a moralidade a um embate de vontades e desejos entre os interlocutores e são criticadas por filósofos cognitivistas como Alasdair MacIntyre e John Finnis, cujas obras são relevantes para a compreensão da razão prática, em que se funda o direito.

Nesse sentido, busca-se compreender o fenômeno da judicialização do afeto e o desenvolvimento do princípio da afetividade no Direito de Família brasileiro; compreender as principais características do emotivismo bem como as

críticas realizadas por Alasdair MacIntyre e John Finnis ao modelo; analisar a influência de padrões oriundos da metaética emotivista na utilização do princípio da afetividade; e analisar a viabilidade da afetividade como instituto jurídico.

O princípio da afetividade no direito de família brasileiro

A concepção de família passa por uma reformulação profunda na contemporaneidade motivada por fatores como a formação e desenvolvimento dos grandes centros urbanos; a revolução sexual; a luta dos movimentos minoritários com destaque para o feminismo; o reconhecimento do divórcio como uma alternativa juridicamente válida; a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade devido à vulnerabilidade desses grupos; a mudança e relativização dos papéis atribuídos a cada um nos lares; a supremacia da dignidade sobre o interesse puramente patrimonial e pecuniário; o reconhecimento do amor como elo fundamental da formação de uma família; entre outros.

Nessa toada, o Direito de Família encontra-se num processo de despatrimonialização, tornando-se mais pessoalizado, de modo que a tutela jurídica em âmbito familiarista priorizaria progressivamente aspectos subjetivos interpessoais no lugar da gestão do patrimônio.

Assim, a nova dogmática proposta no seio do direito de família entende que o afeto caracterizaria a entidade familiar como uma rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que um dos membros da família possa violar a natural confiança depositada por outra. A família deixa de ser, portanto, uma finalidade intrínseca para ser instrumentalizada, objetivando a realização pessoal dos membros, tendo o afeto como elemento base.

Considerando esta nova concepção secular e despatrimonializada, observa-se a existência de uma variada gama de arranjos familiares que se enquadram na tutela jurídica constitucional e expandida da família². Altera-se, portanto, o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos, originado não apenas no casamento e voltado para a realização

² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

pessoal e desenvolvimento da personalidade de seus membros³.

Dessa forma, considerando os novos contornos da entidade familiar, surge no meio familiarista o princípio da afetividade como uma criação doutrinária e jurisprudencial, objetivando a legitimação do afeto como um dos elementos centrais que sustentam a família contemporânea em âmbito jurídico, sendo oriundo de uma interpretação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, elencada no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, juntamente com uma leitura extensiva dos artigos 226, §4º, 227, cáput §5º e §6º também da Carta Magna, com o objetivo de conferir validade em face da ausência de qualquer referência explícita à afetividade na legislação⁴. Essa nova noção de família rompe com a concepção tradicional, promovendo um modelo que tem como escopo, em sua feição jurídica e sociológica, a solidariedade social e a promoção das condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, sendo o afeto o elemento de coesão da unidade familiar e mola propulsora do desenvolvimento pessoal⁵.

Para esta nova visão, o afeto traduziria a confiança que é esperada pelos membros do núcleo familiar e que se exteriorizaria mediante o respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a dignidade de todos. Seria, portanto, a ética exigida nos comportamentos humanos e nas relações familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos⁶.

Mesmo não constando as expressões "afeto" ou "afetividade" na Constituição Federal, afirma-se que a afetividade como direito fundamental inerente às relações familiares decorreria da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade⁷. Dessa forma, a ordem constitucional vigente consagra a família como uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, este oriundo de uma interpretação extensiva do superprincípio da dignidade humana consubstanciado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Aplicado em âmbito

³ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: A nova família: problemas e perspectivas. Coordenação de Vicente Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 48-49.

⁴ JUNIOR, Antonio Jorge Pereira e NETO, Jose Weidson de Oliveira. (In)viabilidade do princípio da Afetividade. *Unicersitas Jus*. Brasília, v. 27, n. 2, p. 118, jul/dez 2016. Disponível em: <<https://www.rel.uniceub.br/jus/article/view/4170>>. Acesso em 03 jul. 2020.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

⁶ *Ibid.*, p. 84-85

⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011, p. 992.

familiarista, o princípio da dignidade humana visa permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros arranjos familiares socialmente construídos além dos tradicionais oriundos do casamento e das relações puramente biológicas de parentesco⁸.

Essa consideração adentra a jurisprudência dos Tribunais Superiores e, por meio de interpretações extensivas, tem-se admitido a consideração do princípio da afetividade de forma progressiva, de modo que o direito de família instala uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto⁹. Nesse sentido, sua utilização tem sido recorrente como elemento de fundamentação jurídica para a legitimação de famílias atípicas; para o reconhecimento de parentesco quando há vínculo socioafetivo sem vínculo genético entre parentes em linha reta; nos casos de dano moral compensável quando há abandono do descendente pelo ascendente; e nos casos de concessão da guarda ou da adoção aqueles que mantêm laços afetivos com os menores¹⁰.

Entretanto, o reconhecimento jurídico e a viabilidade deste princípio são questões não pacificadas, de modo que, para parte da doutrina, o afeto não teria valor jurídico. Nesse sentido a utilização do princípio da afetividade como fundamento principal do reconhecimento das entidades familiares, bem como sua utilização para garantir amparo legal para variadas demandas é criticada com base em vários argumentos que expõem seu caráter excessivamente subjetivo, a ausência de qualquer menção legal ao dispositivo, sua construção doutrinária e jurisprudencial problemática pautada em suposto ativismo judicial, os precedentes potencialmente negativos que a judicialização da afetividade poderia gerar, entre outros.

O fenômeno da judicialização do afeto é marcado pela legitimação deontológica de institutos e pela fundamentação de demandas jurídicas em expressões de sentimentos por parte dos indivíduos, expressões estas incapazes de serem aferidas racionalmente por outrem. A utilização de elementos emocionais determinados pela vontade pessoal mediante a utilização do princípio da afetividade como base de legitimação de demandas jurídicas em âmbito familiarista pode

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007, p.68.

¹⁰ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo, v. 14, p. 338-340, 2018. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/380>>. Acesso em 05 jul. 2020.

neutralizar a utilização de institutos jurídicos objetivos, racionais e de fácil identificação na conduta social, consoante o princípio da legalidade, previsibilidade e segurança jurídica que pautam o Estado Constitucional de Direito¹¹.

A elevação do afeto ao status jurídico de elemento principal do reconhecimento de relações familiares evidencia a influência de correntes metaéticas emotivistas na dogmática jurídica. Nesta seara, o emotivismo apresenta-se como uma das teorias não cognitivistas mais relevantes, propondo que os juízos de valor, ao invés de afirmarem algo relativo a um objeto de forma racional, expressariam emoções e preferências pessoais subjetivas do enunciador, constituindo em artifícios retóricos com o objetivo de gerar empatia e convencimento por parte do ouvinte. Portanto, a análise do emotivismo e de seus efeitos na judicialização do afeto é crucial para a compreensão da utilização do princípio da afetividade como instituto jurídico no cerne do Direito Familiarista.

Conceito e principais características da teoria moral emotivista

A metaética é a seção da filosofia moral que investiga a natureza dos juízos morais, o significado dos termos que usamos para analisar o comportamento humano, como bem, valor, certo, justo e felicidade. Nesse contexto, observam-se dois grupos com ideias divergentes no que tange aos juízos morais e seu papel descritivo.

O primeiro grupo é o dos cognitivistas, que consideram que as proposições morais descreveriam algum tipo de realidade subsistente e objetiva, sendo possível alcançar verdades morais de forma racional. Já o segundo grupo é o dos não cognitivistas (ou céticos), que sustentam que os juízos morais não descreveriam nenhum tipo de realidade objetiva, cumprindo apenas funções linguísticas, de modo que não existiriam verdades morais universais apreensíveis pela razão.

Nesse sentido, David Hume inaugura na modernidade, com uma força sem precedentes na história do pensamento filosófico ocidental, um conjunto

¹¹ Sobre a relação entre a metaética emotivista e os novos paradigmas no Direito de Família, cf. PINHEIRO, Victor Sales; PEREIRA, Dienny Magalhães Riker: A racionalidade do casamento como comunidade integral diante da ética emotivista moderna. Arquivo Jurídico. Teresina, v. 3, n. 2, p. 47-68, jul./dez. de 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7096/4142>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

de tendências emotivistas, não-cognitivistas ou céticas na filosofia moral, propondo uma releitura dos fundamentos da ação moral afastando elementos racionais. Segundo Hume, as crenças relacionadas a questões de fato e de existência real seriam provenientes de processos relativos aos sentidos, à memória, e de uma conjunção costumeira entre o fato e algum outro objeto, de modo que essas operações seriam uma espécie de instinto natural, sem participação do raciocínio ou de algum tipo de mecanismo de pensamento ou entendimento¹².

Segundo Alfred Ayer, um dos expoentes do positivismo lógico e do não cognitivismo moral no século XX, as disputas geradas por desacordos a nível moral não seriam questões de valor, mas sim de fato, de modo que quando alguém discorda sobre o valor moral de uma determinada ação ou tipo de ação, recorre-se à argumentação para convencer de que esta ação estaria errada sobre as circunstâncias do caso debatido¹³. Ayer sustenta que essa atitude se daria pois ocorre uma busca por obter o convencimento da parte antagônica no intento de conseguir que ela adote a mesma atitude moral em relação ao caso. Entretanto seria apenas possível discutir questões morais com a pressuposição de algum sistema de valores sendo impossível discutir a respeito da validade desse sistema de valores e de princípios morais¹⁴.

Dessa forma, se aqueles que estiverem debatendo tiverem passado por processos distintos de educação moral, de modo que, apesar de reconhecerem todos os fatos, ainda houvesse discordâncias a respeito do valor moral das ações, abandona-se a busca por convencimento mediante argumentos racionais devido à diferença de sistemas de valoração moral adotados pelos interlocutores. Nesse contexto, elogia-se ou condena-se de acordo com sentimentos e a busca pelo convencimento do antagonista também se daria por uma espécie de impulso emocional orientado para levá-lo a concordar com o mesmo ponto de vista, já que a valoração distinta de princípios impediria o debate racional e a própria ponderação entre princípios seria impossível, pois também seria motivada por preferências subjetivas¹⁵.

Na senda de Ayer, Charles Leslie Stevenson defende a tese de que

¹² HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Organização e tradução de Alexandre Amaral Rodrigues, São Paulo: Hedra, 2010, p. 95.

¹³ AYER, Alfred. *Lenguaje, verdad y lógica*. Buenos Aires: Eudeba, 1971, p. 136.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibid.*, p. 136-137.

quando um interlocutor diz que "algo é bom", queria dizer que "gostamos desse algo", incluindo tanto o enunciador quanto os ouvintes, de modo que o enunciador buscaria realizar uma sugestão sutil, induzindo os ouvintes a concordarem com seu posicionamento. Dessa forma, a sentença não teria apenas o uso descritivo de indicar crença sobre o interesse do falante, mas também a função dinâmica de dar expressão direta ao interesse, sendo que a expressão imediata de sentimentos auxiliaria no processo de sugestão¹⁶.

Stevenson postula que boa parte das discussões éticas seriam, na realidade, discordâncias de interesses, nas quais se observam casos de sugestão e contrassugestão sendo que cada um dos interlocutores buscaria redirecionar o interesse do outro. Dessa forma as teorias tradicionais teriam ignorado o significado emotivo das afirmações de interesse, deixando de atentar para o fato de que os julgamentos éticos seriam usados apenas descritivamente¹⁷.

Por sua vez, Alasdair MacIntyre conceitua emotivismo como a doutrina segundo a qual todos os juízos valorativos e morais não passariam de expressões de preferência, sentimentos ou atitudes, não sendo verdadeiramente de caráter moral ou valorativo, diferindo, portanto, dos juízos factuais. Dessa forma, não se chegaria a um acordo com relação aos juízos morais por meio de algum método racional, pois não haveria critérios para tal tarefa, ou no máximo se produziriam critérios não racionais baseados nas emoções e comportamentos dos interlocutores¹⁸.

Dessa forma, o emotivismo se apresentaria como uma teoria acerca dos significados dos enunciados utilizados para emitir juízos morais, de modo que quando o enunciador afirma que algo é "bom" significaria "aprovo isto, aprove também!" ou mesmo "viva isto"¹⁹. Nesse sentido, julgar algo como "mal" não agregaria informação ao enunciado, manifestaria apenas um sentimento de desaprovação do enunciador com relação aquilo que ele considera "mal". Julgar algo como "bom" também significaria apenas que certa conduta ou fenômeno parece agradável ao enunciador. Estes juízos não seriam nem verdadeiros nem falsos,

¹⁶ STEVENSON, Charles Leslie. *The Emotive Meaning of Ethical Terms*. Oxford Journals. Oxford, v. 46, n. 181, p. 24, 1937. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2250027>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

¹⁷ *Ibid.*, p. 28.

¹⁸ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001, p. 30-31.

¹⁹ *Ibid.*, p. 31-32.

expressariam desejos no lugar de afirmações racionais relativas à natureza de algo.

Portanto, o emotivismo apresenta quatro argumentos principais que configuram o cerne de sua proposta: (1) os juízos morais não seriam primordialmente enunciados descritivos, como defendem intuicionistas e naturalistas; (2) os juízos morais não seriam suscetíveis de serem declarados verdadeiros ou falsos; (3) os termos "bom", "mal", "certo", "errado", entre outros, não designariam propriedades dos objetos ou eventos enfocados, mas expressões de preferência ou desagrado por parte do enunciadores; (4) os juízos morais teriam como única função ordenar ou recomendar algo a alguém ou estimular a reprodução em outro da atitude similar do enunciador neste com relação aquilo de que se fala.

A teoria emotivista é o resultado de um desenvolvimento do pensamento moral que possui três fases distintas, nas quais se observa a transição da existência de modelos de racionalidade objetivos que orientam os juízos morais e normas para uma negação da existência de tais modelos e da aceitação de um subjetivismo que resultaria em um relativismo moral como principal fator da crise da ética moderna e que inaugura um período histórico denominado de pós-modernidade.

Dessa forma, a primeira fase é um momento no qual a teoria, a prática normativa e os juízos morais conteriam padrões objetivos e impessoais estabelecidos por um fundamento metodológico e dogmático consolidado que proporcionam justificativas racionais para normas, atos e juízos particulares que são, por sua vez, suscetíveis de justificativa racional.

A segunda fase seria marcada pelas críticas aos modelos racionais característicos da primeira fase, pois seriam tentativas mal sucedidas de garantir a objetividade e impessoalidade dos juízos morais e da análise ética. Nesta fase, evidencia-se uma progressiva degradação do projeto de proporcionar justificações racionais por meio de padrões morais objetivos.

Por fim, a terceira fase é o momento no qual, após a crise dos modelos racionais, as teorias emotivistas ganhariam força devido a um reconhecimento de que não se pode garantir a objetividade e a impessoalidade no que tange aos juízos morais²⁰.

Destaca-se que um dos pontos centrais do emotivismo consiste na

²⁰ Ibid., p. 42-43.

proposição de que os princípios funcionariam como disfarce das expressões de preferência pessoal, defendendo a tese de que não existiria e não poderia existir justificativa racional válida para qualquer afirmação da existência de padrões morais objetivos e impessoais e, portanto, que tais padrões não existem. Assim, o emotivismo afirma que poderia haver supostas justificativas racionais, mas não poderia haver justificativas racionais verdadeiras porque elas não existem²¹.

Nota-se que a premissa central do emotivismo, a da redução da moralidade à preferência pessoal, apresenta vários graus tanto na filosofia contemporânea, quanto na teoria e prática do Direito, de forma explícita ou implícita. Nesse sentido, a relativização da norma positivada e a desconsideração de institutos jurídicos objetivos em prol do acolhimento de novos elementos pertencentes a esferas subjetivas, pessoais e emocionais, bem como o primado da autonomia da vontade parecem constituir evidências da presença do emotivismo na ordem jurídica pós-moderna.

Desse modo, no seio do Direito e Família, a importância crescente atribuída ao princípio da afetividade no lugar da norma positivada se apresenta como um dos principais exemplos da substituição de elementos racionais, objetivos e de fácil identificação nas relações sociais por critérios cada vez mais impostos pela vontade individual e por sentimentos, dos jurisdicionados e dos magistrados, abalando os princípios da legalidade e impessoalidade, alicerces do Estado de Direito.

Entretanto, a teoria emotivista também é alvo de críticas contundentes por negar a existência de bases racionais para os juízos morais, assim como por negar a existência de bens que orientariam a conduta humana, determinariam os valores e guiariam as preferências pessoais, como fontes objetivas de interesses e sentimentos subjetivos. Nesse sentido, Alasdair MacIntyre e John Finnis se destacam ao tecerem críticas sérias ao emotivismo, sendo ambos reconhecidos por refutarem o ceticismo moral e defenderem uma metaética cognitivista. Como afirmado no princípio deste artigo, toda concepção jurídica repousa numa base metaética implícita: seria ocioso debater o princípio jurídico da afetividade sem, antes, verificar se os afetos são soberanos na ação moral, pela análise da razão prática.

²¹ Ibid., p. 43.

A crítica metaética ao emotivismo segundo Alasdair MacIntyre e John Finnis

Para Alasdair MacIntyre o emotivismo possuiria três pontos criticáveis. Primeiramente, a metaética emotivista não realizaria devidamente a identificação e caracterização dos sentimentos e atitudes que seriam expressados por determinadas classes de enunciados e quando os adeptos do movimento tentaram realizar esta identificação, acabaram falhando. Nesse sentido, apesar de os defensores do emotivismo sugerirem que os juízos morais seriam expressões de aprovação ou não aprovação, não conseguiriam explicar que tipo de aprovação ou desaprovação estes juízos estabeleceriam²².

Em segundo lugar, o emotivismo trataria de forma equivalente os juízos expressivos e os persuasivos, o que seria um erro devido à oposição existente entre eles. Os juízos expressivos e persuasivos teriam significados e funções distintos no campo da linguagem sendo caracterizados justamente por esta contradição e diferença latente entre ambos. Dessa forma, expressões de preferência pessoais e expressões valorativas diferem de modo que as de preferência dependem do enunciador, do receptor e do contexto em que são ditas, enquanto as valorativas não teriam essa dependência. As teorias emotivistas tendem a não diferenciarem esses tipos distintos de expressões, gerando conclusões equivocadas e confusas²³.

Por sua vez, a terceira crítica à teoria em questão consiste na confusão entre o significado e o uso dos enunciados, pois o emotivismo se apresentaria como uma teoria acerca da definição destes, mas a expressão de sentimentos ou atitudes não seria sua função, mas de seu uso em determinadas ocasiões²⁴.

Além de MacIntyre, outro filósofo indispensável para o debate metaético atual é John Finnis²⁵. Para ele, sentimentos, emoções, inclinações e desejos não poderiam ser levados em consideração como fontes últimas dos juízos morais como propõem as correntes céticas e emotivistas, pois não seria possível

²² Ibid., p. 32.

²³ Ibid., p. 32-33.

²⁴ Ibid., p. 33.

²⁵ Sobre as convergências e divergências desses autores, cf. SCHLUETER, Nathan. A Conservative Conversation Worth Having: Alasdair MacIntyre and John Finnis on Morality, Politics and the Common Good. *Perspectives on Political Science*. V. 44, p. 102-108. Abr. 2015. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10457097.2015.1011481>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

sequer identificar que sentimentos, emoções, inclinações e desejos seriam estes sem se fazer referência à realização de alguma ou algumas formas de bens, sendo estes os responsáveis pela promoção das razões para o agir humano²⁶. Dessa forma, Finnis propõe um sistema diferente do sugerido por estas correntes, contrapondo-se a ideia de que os juízos morais seriam simples expressões de preferência baseadas em sentimentos sem uma racionalidade subjacente. No lugar desse modelo metaético a seu ver equivocado, ele propõe que a conduta humana seria guiada pela realização de bens humanos que confeririam sentido para as preferências pessoais e, mediante a razoabilidade prática, se alcançariam as respostas adequadas para as questões relativas aos juízos morais.

Segundo Finnis, a problemática da motivação de nossas ações não poderia ser respondida satisfatoriamente apontando algum estado emocional ou mediante a apresentação de desejos ou interesses particulares, mas sim com base em algum fundamento objetivo, algo considerado bom pela razão prática. A ação humana não seria inteligível – suscetível de ser interpretada e compreendida racionalmente – se ela se baseasse apenas em formas de satisfação de desejos subjetivos pautados em emoções ou interesses, mas sim com a identificação de algo desejável, considerando a realização de fins genéricos que orientariam a conduta humana²⁷. Em poucas palavras, é o bem objetivo que a ação humana realiza o que nos permite aquilatar o seu valor, e não as emoções subjetivas que esse bem desperta nos agentes.

Nesse sentido, interesses e emoções, apesar de relevantes, não poderiam ser enfocados como os fundamentos últimos do agir humano, pois apesar de estarem presentes nos processos de tomada de decisões e nas motivações, sem elementos de racionalidade e sem o reconhecimento de bens para além de elementos subjetivos não seria possível explicar e compreender o comportamento.

Além disso, a proposição de que a realidade moral é apenas a expressão de sentimentos não explicaria satisfatoriamente o fato de que os juízos morais não são expressos pelo agente e nem recebidas pelo interlocutor como algo referente a sentimentos, mas sim como sendo verdadeiras ou falsas e

²⁶ FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unissinos, 1980, p. 35.

²⁷ *Ibid.*, p. 36.

intrinsecamente guadoras da ação, dentro de um processo racional²⁸.

A posição adotada pelas teorias cétricas negaria a inteligibilidade dos bens humanos e a inclinação racional dos seres humanos a eles, reduzindo a compreensão da ação humana às emoções ou aos sentimentos, os quais seriam racionalizados pela linguagem, conforme explica o modelo metaético emotivista.

Entretanto, a própria formulação do argumento pretende gerar o convencimento mediante a apresentação de uma estrutura lógica, objetivando que seu postulado seja aceito a despeito de possíveis sentimentos contrários advindos do interlocutor, o que leva ao reconhecimento da importância de padrões racionais além de emoções e interesses.

Nesse sentido, a mera tentativa dos defensores destas correntes metaéticas de descrever logicamente os fenômenos sem recorrer a expressões de sentimentos parece reforçar a ideia de que a motivação para o agir humano seria constituída por critérios racionais, e não sentimentais, sobre o que seria adequado de ser decidido.

A proposta emotivista também pode ser criticada considerando o argumento da autorrefutação. As teorias emotivistas alegam que todas as opiniões referentes à ação humana sobre o que seria bom ou mal seriam arbitrárias e provenientes de bases emotivas subjetivas; que o raciocínio prático seria sempre limitado a justificar retoricamente inclinações pessoais e interesses; que os motivos como razões não teriam poder para guiar a vontade e que os bens e fins humanos não seriam entendidos como intrinsecamente bons, mas que seriam considerados bons, pois seriam desejados.

Todavia, estas alegações se refutam a si mesmas, no sentido de que se nada seria digno por possuir um valor intrínseco ou por levar a realização de algum bem relevante e que todos os juízos morais seriam meras expressões de preferência, não havendo princípios ou padrões apreensíveis pela razoabilidade prática. Neste caso, as próprias bases do emotivismo seriam também meras expressões de preferência, mascaradas por artifícios retóricos para induzir ao convencimento.

Ou seja, o argumento cétrico padece do erro lógico da autocontradição, devendo, portanto, ser considerado falacioso. A afirmação de que são as emoções subjetivas que validam a ação moral é demonstrado em termos

²⁸ Ibid., p. 28.

racionais, e não emocionais. Ninguém acolhe o argumento cético emotivista em termos emocionais, mas em termos racionais. Pelo contrário, o ceticismo tende ao cinismo moral, que é o desdém inclusive pela possibilidade de uma justificação racional do emotivismo. Ou seja, o cínico é cético também sobre a formulação de um argumento metaético, que visa a compreender, racionalmente, a ação moral, ainda que seja em termos não cognitivistas.

Se o argumento emotivista fosse materialmente verdadeiro (todo juízo moral é fruto de uma preferência subjetiva emocional), ele seria formalmente falso (descrição objetiva e racional do caráter subjetivo-emocional dos juízos morais). Por outro lado, se ele fosse formalmente verdadeiro (descrição racional das emoções que governam as ações), ele seria materialmente falso (impossibilidade de reduzir à ação humana às emoções subjetivas).

A redução da ética à retórica neutraliza por completo toda empreitada teórica de descrever e avaliar a ação humana, impedindo também a teoria jurídica de normatização da vida social com base em princípios morais racionais. Se o ceticismo estivesse certo, seus adeptos deveriam ser céticos em relação ao próprio ceticismo. Se for verdade que não há verdade, não há sequer esta mesma verdade, portanto, há verdade. Formulações autorrefutatórias como essas demonstram, com clareza, o erro lógico do não cognitivismo.

O argumento cético emotivista de que a ação humana é motivada por critérios sentimentais a respeito do que seria verdadeiramente digno de ser escolhido não é apresentado como uma opinião arbitrária, mas como um juízo verdadeiro, pressupondo que verdades morais existiriam sob pena de que a afirmação inicial fosse incongruente.

Entretanto, após o reconhecimento da existência de juízos morais verdadeiros, alcançáveis mediante um esforço racional, a afirmação recai no problema da autorrefutação. Dessa forma, a estrutura da autorrefutação do emotivismo demonstra que a racionalidade utilizada para refletir e sustentar as reivindicações da teoria acaba por ser inconsistente com o próprio conteúdo defendido por ela²⁹.

Dessa forma, a crítica de Finnis converge com a de MacIntyre, uma vez que, para este, o emotivismo: (1) não realizaria devidamente a identificação e

²⁹ FINNIS, John. Aquinas: moral, political and legal theory. New York: Oxford University Press, 1998, p. 59- 60.

caracterização dos sentimentos e atitudes que seriam expressos por determinadas classes de enunciados e, quando os adeptos do movimento tentaram realizar esta identificação, não obtiveram sucesso;

(2) trataria de forma equivalente os juízos expressivos e os persuasivos, o que seria um erro devido a oposição essencial existente entre eles; (3) incorreria em uma confusão entre o significado e o uso dos enunciados, pois o emotivismo se apresenta como uma teoria acerca do significado de enunciados, mas a expressão de sentimentos ou atitudes não seria função do significado dos enunciados, mas de seu uso em determinadas ocasiões.

Da mesma forma, podemos sintetizar as críticas de John Finnis às correntes céticas e emotivistas, considerando que: (1) sentimentos, emoções, inclinações e desejos não poderiam ser levados em consideração como fontes últimas dos juízos morais, pois não seria possível identificá-los sem fazer referência à realização de bens, sendo estes os responsáveis pela promoção das razões para o agir humano; (2) a proposição de que a realidade moral é apenas a expressão de sentimentos não explicaria satisfatoriamente o fato de que os juízos morais não são expressos pelo agente e nem recebidas pelo interlocutor como algo referente a sentimentos, porém como sendo verdadeiras ou falsas e intrinsecamente guiadoras da ação, dentro de um processo racional; (3) a formulação do argumento busca gerar o convencimento mediante a apresentação de uma estrutura lógica, objetivando que seu postulado seja aceito a despeito de possíveis sentimentos contrários advindos por parte do interlocutor, o que leva contraditoriamente ao reconhecimento da importância de padrões racionais além de emoções e interesses; (4) o argumento de que a ação humana é motivada por critérios sentimentais a respeito do que seria verdadeiramente digno de ser escolhido não é apresentado como uma opinião arbitrária, mas como um juízo verdadeiro, entretanto, após o reconhecimento da existência de juízos morais verdadeiros alcançáveis mediante um esforço racional, a afirmação resulta autorrefutável, pois a razoabilidade utilizada para se refletir e para sustentar as reivindicações da teoria acaba por ser inconsistente com o próprio conteúdo defendido por ela³⁰.

³⁰ A respeito das críticas de John Finnis ao emotivismo e ao ceticismo, cf. PINHEIRO, Victor Sales; PEREIRA, Dienny Magalhães Riker. Razão prática entre desejo e bens humanos básicos: a crítica metaética de Finnis ao emotivismo e ceticismo. Sapere Aude. Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 385-405, jul./Dez. 2018. Disponível em:

Mesmo com todos os pontos questionáveis destas correntes de pensamento, que afastam a racionalidade do processo decisório e fundamentam os juízos morais em sentimentos e interesses subjetivos, observa-se em várias ocasiões a força com que estas teorias parecem influir em várias instâncias na pós-modernidade marcada pelo paradigma do relativismo moral. A premissa central do emotivismo de redução da moralidade à mera preferência pessoal é presente em vários graus de forma explícita e implícita tanto dentro da Filosofia quanto do Direito.

Nesse sentido, a relativização da norma positivada e a desconsideração de institutos jurídicos objetivos em prol do acolhimento de novos elementos pertencentes a esferas subjetivas, pessoais e emocionais, bem como o primado da autonomia da vontade parecem constituir evidências da presença do emotivismo na ordem jurídica pós-moderna. No seio do Direito de Família, a importância crescente atribuída ao princípio da afetividade no lugar da norma positivada se apresenta como um dos principais exemplos da substituição de elementos racionais, objetivos e de fácil identificação nas relações sociais por critérios cada vez mais impostos pela vontade individual e por sentimentos.

Considerando isso, mostra-se necessária uma análise crítica do princípio da afetividade e das consequências da judicialização do afeto para o Direito de Família, bem como a investigação dos elementos emotivistas presentes no instituto.

Influências emotivistas na judicialização do afeto e a crítica ao princípio da afetividade

A análise da influência do emotivismo no pensamento contemporâneo é um elemento decisivo para a compreensão adequada das transformações que vem ocorrendo no cenário jurídico nacional influenciado pelo Neoconstitucionalismo e mais especificamente no Direito Civil influenciado pelo Movimento Civil Constitucional. No cerne do Direito de Família, a alçada da afetividade ao posto de instituto básico para o reconhecimento da entidade familiar revela a presença contundente de características emotivistas em âmbito jurídico, promovendo a legitimação de elementos altamente subjetivos como referências

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/18747>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

deônticas.

O emotivismo se caracteriza pela rejeição de padrões objetivos de racionalidade, propondo a ideia de que as escolhas morais seriam expressões de preferências individuais baseadas em sentimentos e emoções. Como consequência da ausência de critérios racionais para a realização de juízos morais, preferências pessoais subjetivas ganham espaço com base no primado da autonomia da vontade, promovendo a relativização de institutos estruturados sobre métodos objetivos mediante o questionamento da racionalidade como elemento suficiente para a legitimação destes institutos.

Considerando que as correntes céticas e emotivistas são criticadas principalmente no sentido de que sentimentos, emoções, inclinações e desejos não poderiam conferir validade aos juízos morais; de que os juízos morais não são tratados como expressões de sentimentos pelos interlocutores; e de que o próprio núcleo do argumento cético emotivista é autorrefutável, institutos desenvolvidos com base no paradigma emotivista tendem a ser questionados também pelos mesmos problemas. Observando as características principais do princípio da afetividade, bem como as críticas tecidas pela doutrina civilista especializada, é possível perceber a existência de elementos emotivistas neste princípio e nos institutos nele baseados, como o poliamor³¹, ou redimensionados, como a família.

A afetividade é utilizada como um artifício de legitimação da autonomia privada em substituição da norma, objetivando uma amplificação dos limites conceituais da entidade familiar, bem como uma relativização das relações familiares por meio de decisões jurídicas. Desse modo, o critério basilar para a definição de uma família, ou para a sua desconsideração, seria a interpretação subjetiva da existência de afeto entre os envolvidos no lugar do atendimento a critérios normativos pautados em elementos racionais. A própria desconsideração, em muitos casos, da norma em prol da utilização do princípio da afetividade parece expor uma espécie de descontentamento com padrões de racionalidade objetiva consubstanciados na norma positivada.

Estas características demonstram a presença de traços emotivistas de modo que a regulamentação das relações familiaristas passa a uma esfera quase

³¹ A respeito do poliamor e das relações incestuosas, cf. GEORGE, Robert Peter. Is polyamory next? The American Interest, 2015. Disponível em: <[https:// www.the-american-interest.com/2015/08/25/is-polyamory- next/](https://www.the-american-interest.com/2015/08/25/is-polyamory-next/)>. Acesso em: 20 ago. 2020.

que inteiramente privada, marcada pelo arbítrio dos sentimentos. Mesmo com a existência de interesse público devido às repercussões em outras áreas jurídicas, as relações familiares e os direitos e obrigações delas decorrentes passam a ser guiados por aspectos subjetivos orientados pela autonomia privada. A rejeição da norma positivada e sua substituição questionável por um princípio de difícil exteriorização e sem menção legal também descortina uma tendência de rejeição de métodos racionais estruturados sobre bases objetivas. A consequência jurídica mais saliente dessa transformação paradigmática é a erosão do Estado de Direito, que perde a base sólida do princípio da legalidade e da segurança jurídica, explorando conceitos jurídicos indeterminados e vagos, ao sabor do emotivismo dos jurisdicionados e magistrados.

O princípio da afetividade pertenceria a uma dimensão predominantemente interna, emotiva e subjetiva, diferenciando-se de outros princípios jurídicos que seriam mais objetivos e mais facilmente reconhecidos nos relacionamentos sociais. Dessa forma, regular e atribuir caráter dêontico à afetividade se mostra uma tarefa temerária, pois ela seria compreendida como um movimento de sensibilidade involuntário e inconsciente por parte do indivíduo, não possuindo externalização unívoca e facilmente identificável nos relacionamentos sociais³².

Devido a essas características, existiriam grandes dificuldades em tentar caracterizar a existência de afeto mediante exteriorizações como carinho ou cuidado, de modo que o direito não teria instrumentos adequados para reconhecer a existência legítima de afeto e para impor a existência ou manutenção de afetos por parte dos indivíduos. Levado ao extremo, portanto, o princípio da afetividade faz com que a falta de sentimento seja um fato jurídico típico, passível de indenização. Mas como aquilatar o sentimento?

Dessa forma, o afeto deve ser compreendido como um sentimento pertencente à individualidade, presente nos relacionamentos em geral, mas não como um princípio jurídico, não possuindo valor normativo. Considerando isso, seria impossível exigir juridicamente a presença de afeto em uma relação ou sua utilização

³² LUCAS, Douglas César; GHISLENI, Pâmela Copetti. O amor e o direito pertencem a "idiomas" distintos: uma crítica a judicialização do afeto. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. São Paulo, v. 4, n. 3, p. 120, set/dez 2017. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/155>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

como elemento fundamental para o reconhecimento de uma entidade familiar³³. Caso contrário, abandona-se a segurança jurídica como princípio estruturador de um Estado de Direito, neutralizando-o pelo arbítrio do emotivismo.

A presença de afeto e a intenção de constituir família não seriam suficientes para a instituição da entidade familiar, de modo que o Direito de Família prestigia as relações afetivas quando venham acompanhadas de outros requisitos objetivos como declarações de vontade por parte dos envolvidos. Observa-se também com frequência a presença de vínculos afetivos entre pessoas sem a existência ou desejo de se constituir uma família, bem como a existência de famílias mantidas por conveniência, sem afeto³⁴.

Considerar a existência ou não de afeto como o elemento constitutivo principal da família não parece ser o mais adequado, pois a presença de afeto não é suficiente para fundamentar o reconhecimento pleno de uma entidade familiar em âmbito jurídico, como no caso do namoro simples e qualificado, nos casos de uniões incestuosas, de uniões familiares infantis, de famílias concomitantes e de uniões poliafetivas. A seu turno, a ausência de afeto não se mostra como elemento suficiente para desconsiderar ou anular institutos como o casamento e a filiação, bem como as responsabilidades oriundas do dever de cuidado objetivo que estas relações estabelecem.

Do mesmo modo em que o emotivismo é criticado por promover uma supervalorização dos sentimentos e emoções no campo moral, proclamando de forma equivocada que seria impossível afirmar algo racionalmente, a utilização do princípio da afetividade parece recair no mesmo erro de negar a melhor adequabilidade de critérios racionais e objetivos para a configuração de relações familiares em âmbito jurídico. Assim, o Direito de Família estaria mais bem respaldado adotando princípios e normas que se afastem de subjetivismos, com exteriorização social de simples identificação e devidamente positivada, objetivando uma maior clareza conceitual e segurança jurídica, consoante o Estado de Direito. A afetividade subjetiva não poderia se constituir como o parâmetro principal para que se reconheça a existência de uma entidade familiar, sendo o afeto um elemento

³³ Ibid., p. 121-122.

³⁴ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo, v. 14, p. 343-344, 2018. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/380>. Acesso em 05 jul. 2020.

frequente, mas não necessário para o reconhecimento jurídico da família³⁵.

Nesse sentido, haveria outros instrumentos mais adequados do que o princípio da afetividade, no interior do Direito de Família, para sustentar decisões com respaldo normativo, como o dever de cuidado objetivo relacionado à conduta familiar, embasado no arcabouço jurídico desenvolvido pela responsabilidade civil, bem como no princípio da solidariedade familiar que se traduz na responsabilidade pelos compromissos assumidos ou na realização de deveres decorrentes de fatos objetivos geradores de situações familiares. Ou seja, o Direito de Família deve se pautar por aspectos que adquiram feição objetiva, e não pela dimensão afetiva interior dos sentimentos individuais. Com esses instrumentos, já consagrados legalmente, e pertencentes uma dimensão mais objetiva e de externalização mais facilmente identificável nas relações familiares, o Direito se absteria da tarefa vacilante de utilizar elementos subjetivos e sentimentais como esteio de suas normas e julgamentos, logrando a legalidade e a segurança jurídica, ambas tão caras ao Estado de Direito³⁶.

Devido a essas características referentes à afetividade como elemento subjetivo e emocional, o princípio da afetividade não poderia ser considerado como elemento deôntico, mas sim como fenômeno fático, não podendo ser imposto como norma. Mesmo com um suposto reconhecimento normativo da afetividade, que ainda não há, não parece que ela possa ser considerada como princípio ou norma fundamental do direito de família, a ponto de sintetizar e fundamentar esse sistema, pois o direito reconhece diversas situações jurídicas familiares ou deixa de reconhecer independentemente da avaliação da afetividade³⁷.

Além disso, a utilização do princípio da afetividade em decisões jurídicas também tem sido criticada por operar como um artifício retórico e panfletário para legitimar a relativização dos institutos familiaristas. Nesse sentido, a supremacia da autonomia privada seria o verdadeiro guia decisório, de modo que a definição e o reconhecimento de uma entidade familiar, bem como a existência de direitos e obrigações dependeriam cada vez mais de vontades subjetivas dos indivíduos e de

³⁵ Ibid. p. 343-344.

³⁶ JUNIOR, Antonio Jorge Pereira e NETO, Jose Weidson de Oliveira. (In)viabilidade do princípio da Afetividade. *Unicersitas Jus*. Brasília, v. 27, n. 2, p. 123-124, jul/dez 2016. Disponível em: <https://www.rel.uniceub.br/jus/article/view/4170>. Acesso em 03 jul. 2020.

³⁷ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 14, p. 363, 2018. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/380>>. Acesso em 05 jul. 2020.

emoções pessoais, e cada vez menos de critérios objetivos extraídos da norma positivada³⁸.

A compreensão do afeto como elemento jurídico legítimo também abre precedentes relevantes no sentido da progressiva judicialização de demandas baseadas em expressões de desejos pessoais e sentimentos, de modo que a ausência de afeto em algum tipo de relação familiar possa ser transformada em uma ação indenizatória, já que o afeto se transformaria em uma espécie de dever jurídico de cuidado. Como exemplo desse processo tem-se as ações de abandono afetivo que requerem indenização por danos morais dos filhos em relação aos pais em casos de omissão de cuidado e de assistência moral e psíquica durante o período da infância e adolescência, como nas Apelações Cíveis 1002089-03.2018.8.26.0566 SP³⁹, 1002089-03.2018.8.26.0566 AM⁴⁰, 10024143239994001 MG⁴¹ e 10236140037581001 MG⁴².

A relativização das normas familiaristas e a adoção do afeto como elemento base de fundamentação também parece ser problemática por gerar a abertura de precedentes para a judicialização de qualquer tipo de demanda baseada em insatisfações relativas a sentimentos e emoções, muitas delas exigindo indenizações pecuniárias com base no argumento de que necessidades afetivas não

³⁸ Ibid., p. 362-363.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP . Apelação Cível: AC 1002089-03.2018.8.26.0566 SP. 3ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 29 nov. 2019. Disponível em: <[⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas TJ-AM. Apelação Cível: AC 1002089-03.2018.8.26.0566 AM. Primeira Câmara Cível. Data de Julgamento: 09 mar. 2020. Disponível em: <\[⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG. Apelação Cível : AC 10024143239994001MG. 17ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 08 ago. 2019. Disponível em: <\\[⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG. Apelação Cível : AC 10236140037581001 MG. 17ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 06 jun. 2020. Disponível em:<\\]\\(https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1002414323999400120191 009230>. Acesso em: 26 ago. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=2865189&cdForo=0& uuidCap tcha=sajcaptcha_73ff8020fd6f4fc099252176471c9157&vlCaptcha=ukDc&novoVICaptcha=>. Acesso em: 25 ago. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13119754&cdForo=0&uuidCa ptcha=sa jcaptcha_cad4e4b56bc041a585d0b22416924843&g-recaptcha-response=03AGdBq267_axpLFTULkpF4IR-46n2_npSGqE_bzU8teGd_OmoJBnKa4x8UfKJelATE2B30F0ge5VTfCBQNWUs6jjmznSHxNxHlmzf MGxZYIY47hye7r0jnkjs4Xx88_J1gfHgqxonD1PalNctWrQxPT6tddX_MOttvzD1KE5TDkM38w4xL0o2 UTgFRbq0wVvFh7LamT6G5l6KdWvSMr_wbQjzgSMK41H6WJG4ZZc7UseleLYurYHu2s4VaMGvOP lfQPOnX3k66E31gKhiv86Ec6w9Bh6bpfgyS5nfw0oTk1P_vsg095nokm_5sA9rqD9ZwB11cxjn9KTXEo UBsyGghZBbWWTp3ARx5Fsc1C1uZYPNGcNOQJekDNk1sd62Jhx8jfrH_MI4VIQnf1ikC1ILJqyJEnZ _mnkjD7faOhHFjre3qjVjZtLgXg XKOfkNUKrXZms7v9bANd6IV_4hMRnj3RiO5A>. Acesso em: 25 ago. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

teriam sido atendidas⁴³. Nesse fenômeno também transparece a influência de padrões emotivistas tanto na concepção moral quanto jurídica, sendo que demandas pautadas em elementos extremamente subjetivos e emocionais passam a figurar nas cortes. Isso torna a análise desses casos altamente complexos e praticamente insolúveis, por dependerem da interpretação de elementos de difícil avaliação, dando margem ao arbítrio interpretativo.

Por esse raciocínio, qualquer tipo de dano oriundo de relações familiares, ou mesmo não familiares em que se configure a existência de algum tipo de envolvimento afetivo hipotético, podem ser transformadas em ações de indenização já que o afeto se transformaria em uma espécie de dever jurídico. Dessa forma, a utilização do princípio da afetividade também parece produzir um efeito contrário ao pretendido pelos defensores de um direito de família despatrimonializado, pois a judicialização do afeto, a cargo de uma interpretação extensiva da dignidade humana, aparenta contribuir para a monetarização e quantificação das relações familiares⁴⁴.

O desenvolvimento do princípio da afetividade também é alvo de questionamentos relacionados à crítica hermenêutica direcionada à produção e utilização exagerada de princípios em substituição ao conteúdo normativo positivado, introduzida pelo movimento do Direito Civil Constitucional, o qual realiza uma crítica à dogmática civilista tradicional marcada por uma matriz individualista, patrimonialista e patriarcal defasada. No lugar disto, propõe um novo paradigma para o Direito Civil, baseado na constitucionalização de seus institutos, buscando uma despatrimonialização e o primado da proteção à dignidade humana em sintonia com a nova interpretação constitucional proposta.

Emerge desse novo panorama o controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais civilistas com base a orientação interpretativa metodológica de que toda a norma infraconstitucional deve ser avaliada conforme os princípios da Constituição Federal, sendo esta justificação direta de cada norma ordinária. Nesse sentido, princípios como o da afetividade passaram a ser utilizados com maior relevância como fundamentação para os julgamentos, entretanto devido ao seu

⁴³ LUCAS, Douglas César; GHISLENI, Pâmela Copetti. O amor e o direito pertencem a "idiomas" distintos: uma crítica a judicialização do afeto. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. São Paulo, v. 4, n. 3, p. 128, set/dez 2017. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/155>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 122.

conteúdo aberto, acabam sendo utilizados aparentemente sem critérios bem definidos como base para a justificção de diversos posicionamentos, muitos deles inclusive conflitantes e contrários ao que determina a norma positivada⁴⁵.

Com isso, o princípio da afetividade parece estar sendo utilizado de forma discricionária pelos julgadores, operando como uma permissão para se desconsiderar a norma positivada à revelia da deontologia jurídica, tornando o provimento jurisdicional envolto em escolhas morais densas e passíveis de interferências por elementos subjetivos do intérprete⁴⁶. Assim, este fenômeno capitaneia alterações profundas nos institutos de Direito de Família, rompendo o equilíbrio entres os poderes, gerando insegurança jurídica e contribuindo para a usurpação da competência constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo devido ao ativismo judicial.

O estabelecimento da afetividade como requisito basilar do direito familiarista, objetivando a relativização e deslegitimação de institutos normativos em prol da construção de uma concepção plural de família se mostra problemático tanto por impor uma mudança brusca de tratamento das relações familiares mediante decisões jurisprudenciais, sem a devida positivação mediante procedimento legislativo, quanto por promover uma excessiva abertura dos limites conceituais dos institutos familiaristas para o acolhimento de variadas demandas com fulcro no princípio da afetividade, sendo muitas delas inclusive contraditórias com o texto legal. Dessa forma, observa-se um esvaziamento destes institutos em prol do reconhecimento da afetividade, dificultando a identificação e compreensão dos direitos e obrigações presentes em cada tipo de caso devido ao aumento da complexidade da análise jurídica das relações familiaristas.

Portanto, a afeto não é um substrato adequado para subsidiar, objetivamente, normas jurídicas ou morais, tornando normas e decisões fundadas nesse elemento suscetíveis à arbitrariedades subjetivas devido a suas características emotivistas. A legitimação de conteúdos com base na afetividade se dá de forma praticamente exclusiva pela liberdade do agente moral de afirmá-la, sem que possa

⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, v. 1, p. 7, 1991, Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%20Celina.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁴⁶ LIMA, Simone Alvarez. Uma crítica Hermenêutica ao pseudo princípio da afetividade. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, v. 3, n 9, p. 207-208, mai/ago 2019. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3800>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ser contestado racionalmente por outrem. Este tipo de característica gera enormes problemas para o Direito, por submeter os institutos familiaristas à tutela da autonomia da vontade, sendo que as relações familiares não constituem temas exclusivamente privados.

Por todos estes motivos, a proposta da afetividade como elemento central do Direito de Família contemporâneo vacilar devido às inconsistências dos traços emotivistas presentes em seu cerne. Para a regulamentação apropriada das relações de família, mostra-se necessário a utilização de um arcabouço normativo capaz de fundamentar objetivamente os comportamentos esperados, bem como de garantir clareza para os limites conceituais de cada instituto, evitando relativizações extremas com o fim de que o Direito Familiarista não se resuma simplesmente a um subjetivismo arbitrário aos moldes das correntes de pensamento emotivistas.

Dessa forma, o princípio da afetividade pode ser criticado principalmente: (1) por não possuir nenhum tipo de referência na Constituição, sendo criação doutrinária, acolhida jurisprudencialmente, de modo que sua utilização configuraria ativismo judicial; (2) por ser um princípio que não possuiria uma dimensão objetiva, bem como uma externalização clara na conduta social capaz de conferir relevância deôntica; (3) pois a ausência ou presença de afeto não gera ou desfaz, por si só, a existência de direitos e deveres dentro da relação familiar, nem constitui ou desfaz a existência de uma família; (4) pois sua utilização seria meramente retórica, sendo a autonomia privada o guia decisório mediante a relativização dos institutos familiaristas sem base normativa; (5) por promover uma contraditória monetarização das relações familiaristas, devido a sua utilização como fundamento para várias causas que visam reparações mediante indenização, sem garantir a manutenção ou recuperação de laços afetivos entre os indivíduos; (6) por abrir precedentes para a judicialização da ausência de afeto, sendo possível o surgimento de demandas que objetivem reparações mediante indenização pecuniária devido ao não atendimento de necessidades afetivas, sendo o afeto passando a ser espécie de dever jurídico.

Conclusão

O princípio da afetividade consiste numa criação doutrinária e jurisprudencial que objetiva conferir legitimidade jurídica a uma série de novas

relações familiares, muitas delas não contempladas pelos dispositivos legais familiarista mais tradicionais. Entretanto, a ausência de qualquer tipo de menção legal explícita à afetividade na norma positivada, juntamente com seu caráter extremamente subjetivo tornam o instituto inviável como elemento normativo.

O fenômeno recente da judicialização do afeto reflete de forma evidente a influência do pensamento contemporâneo, em âmbito jurídico, relacionado ao questionamento dos padrões de pensamento objetivos e da validade de métodos fundados em elementos racionais de análise. O relativismo moral oriundo de correntes de pensamento céticas e não cognitivistas que promovem uma ruptura com a concepção de que juízos morais teriam bases racionais, trazem à tona um progressivo aumento da relevância das opiniões, vontades e dos sentimentos pessoais como guias não apenas de assuntos relativos às esferas individuais como também de matérias relacionadas ao interesse público.

Nesse paradigma observa-se a influência de padrões emotivistas na reflexão moral e na legitimação jurídica da vontade subjetiva, sendo o desenvolvimento do princípio da afetividade o principal exemplo desses fenômenos na seara familiarista. O papel desempenhado pelo afeto nas relações familiares é fundamental, mas sua relevância como critério jurídico para o reconhecimento da entidade familiar e para a configuração de direitos e obrigações resvala gravemente nas dificuldades de se identificar padrões objetivos de comportamento relacionados à identificação do afeto nos relacionamentos e na enorme gama de demandas que podem ser requeridas judicialmente pautadas unicamente em argumentos emocionais subjetivos de difícil averiguação racional. No lugar da afetividade, existem outros elementos, previstos legalmente e de averiguação objetiva, aptos a garantirem uma análise menos dependente de interpretivismos por parte do julgador, respeitando a dimensão da vontade individual e do interesse público na regulação das relações do Direito de Família, garantindo maior segurança jurídica e menos arbitrariedades.

Conclui-se que o princípio da afetividade não possui validade jurídica, de modo que o afeto não parece constituir um elemento hábil como requisito para o reconhecimento da entidade familiar bem como para conferir legitimidade jurídica para as relações em âmbito familiarista devido a sua dimensão excessivamente subjetiva, exatamente pela base metaética emotivista estudada neste artigo. Conclui-se também que judicialização da afetividade consiste em um

movimento influenciado pelo emotivismo no sentido de que a rejeição de padrões racionais em prol da legitimação de expressões de sentimentos é característica presente neste fenômeno.

Referências

AYER, Alfred. *Lenguaje, verdad y lógica*. Buenos Aires: Eudeba, 1971.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas TJ-AM. *Apelação Cível: AC 1002089-03.2018.8.26.0566 AM*. Primeira Câmara Cível. Data de Julgamento: 09 mar. 2020.

Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=2865189c>

dForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_73ff8020fd6f4fc099252176471c9157&vICaptcha=ukDc &novoVICaptcha=>. Acesso em: 25 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG. *Apelação Cível : AC 10024143239994001 MG*. 17ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 08 ago. 2019.

Disponível

em:<<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1002414323999400120191009230>>. Acesso em: 26 ago. 2020

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG. *Apelação Cível: AC 10236140037581001 MG*. 17ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 06 jun. 2020.

Disponível

em:<<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=102361400375810012019703102>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. *Apelação Cível: AC 1002089-03.2018.8.26.0566 SP*. 3ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 29 nov. 2019. Disponível em:

<[http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13119754&cdForo="](http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13119754&cdForo=)

dForo="

0&uuidCaptcha="

sajcaptcha_cad4e4b56bc041a585d0b22416924843&grecaptcharesponse=03

AGdBq267_axpLFTULkpF4IR46n2_npSGqE_bzU8teGd_OmoJBnKa4x8UfKJelATE2B30F

0ge5VTfCBQNWUs6jjmznSHxNxHlmzfMGxZYIY47hye7r0jnkjs4Xx88_J1gfHgqxonD

1PI

NcTWrQxPT6tddX_MOttvzD1KE5TDkM38w4xL0o2UTgFRbq0wVvFh7LamT6G5I6K
dvSMr_wbQjzGSMK41H6WJG4ZZc7UseleLYurYHu2s4VaMGvOPIfQPOnX3k66E31
gKhiv86Ec6w9Bh6bpfgyS5nfw0oTk1P_vsg095nokm_5sA9rqD9ZwB11cxjn9KTXEo
UB_____syGghZ
BbWWTp3ARx5Fsc1C1uZYPNGcNOQJekDNk1sd62Jhx8jfRH_MI4VIQNf1ikC1ILJq
yJEn

Z_mnkjD7faOhHFjre3qjVjZtLgXgXKOfkNUKrXZms7v9bANd6IV_4hMRnj3RiO5A>.

Acesso em: 25 ago. 2020.

CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 14, 2018.

Disponível em:
<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/380>. Acesso em 05 jul. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007.

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

FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unissinos, 1980.

_____. *Aquinas: moral, political and legal theory*. New York: Oxford University Press, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; F ILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GEORGE, Robert Peter. Is polyamory next? *The American Interest*, 2015. Disponível em:

<<https://www.the-american-interest.com/2015/08/25/is-polyamory-next/>>. Acesso em: 20 ago. 2020

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Organização e tradução de Alexandre Amaral Rodrigues, São Paulo: Hedra, 2010.

JUNIOR, Antonio Jorge Pereira e NETO, Jose Weidson de Oliveira. (In)viabilidade do princípio da Afetividade. *Unicersitas Jus*. Brasília, v. 27, n. 2, p. 123-124, jul/dez 2016. Disponível em: <https://www.rel.uniceub.br/jus/article/view/4170>. Acesso em 03 jul. 2020.

LIMA, Simone Alvarez. Uma critica Hermenêutica ao pseudo princípio da afetividade.

Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, v. 3, n. 9, p. 207-208, mai/ago 2019. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3800>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

LUCAS, Douglas César; GHISLENI, Pâmela Copetti. O amor e o direito pertencem a "idiomas" distintos: uma crítica a judicialização do afeto. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. São Paulo, v. 4, n. 3, p. 120, set/dez 2017. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/155>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 1, p. 7, 1991, Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%20Celina.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

PINHEIRO, Victor Sales; PEREIRA, Dienny Magalhães Riker. A racionalidade do casamento como comunidade integral diante da ética emotivista moderna. *Arquivo Jurídico*. Teresina, v. 3, n. 2, p. 47-68, Jul./Dez. de 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7096/4142>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

_____. Razão prática entre desejo e bens humanos básicos: a crítica metaética de Finnis ao emotivismo e ceticismo. *Sapere Aude*. Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 385-405, jul./Dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/18747>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

SCHLUETER, Nathan. A Conservative Conversation Worth Having: Alasdair MacIntyre and John Finnis on Morality, Politics and the Common Good. *Perspectives on Political Science*. V. 44, p. 102-108. Abr. 2015. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10457097.2015.1011481>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

STEVENSON, Charles Leslie. The Emotive Meaning of Ethical Terms. *Oxford Journals*. Oxford, v. 46, n. 181, p. 24, 1937. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2250027>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In: A*

nova família: problemas e perspectivas. Coordenação de Vicente Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DA APLICAÇÃO DO *PUNITIVE DAMAGES* NOS CASOS DE ADULTÉRIO¹

APPLICATION OF PUNITIVE DAMAGES IN CASES OF ADULTERY

Danilo Porfírio de Castro Vieira

Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Pós-doutorado em Letras Orientais pela Universidade de São Paulo. Professor titular de Relações Internacionais e Direito no Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Professor de Direito no Instituto de Direito Público do Distrito Federal (IDP).

Thalita Pinto Bandeira de Melo

Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Público de Brasília (IDP)

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de incidência da indenização punitiva, na figura do *punitive damages*, ao cônjuge adúltero em razão da inobservância da boa-fé e do dever de fidelidade, princípios gerais de direito. Inicialmente, será feita uma breve análise acerca do instituto do casamento. Em segundo lugar, a boa-fé, princípio geral do direito, será analisada. Após, será verificada a possibilidade de a fidelidade ser considerada como tal. Finalmente, tratar-se-á da conceituação do *punitive damages*, partindo-se, então, à conclusão de que se trata de indenização decorrente da prática de ilícito civil. Ao final, constatar-se-á que a infidelidade é traduzida em desrespeito a normas do Código Civil e que, por essa razão, é passível de ser indenizada por *punitive damages*.

Palavras-chave: Casamento. Dever de fidelidade. Boa-fé. Cláusulas gerais de direito. *Punitive damages*.

¹ Como citar este artigo: VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro; MELO, Thalita Pinto Bandeira de. Da aplicação do *punitive damages* nos casos de adultério. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/mai. 2020, v. 20, p. 39-64.

Abstract: *The objective of this article is to analyze the possibility to punitive damage the adulterous spouse due to the violation of the covenant of good faith and the duty of fidelity, both being general principles of law. At first, a brief analysis will be made of the marriage institute. Secondly, the principle of the good faith, a general principle of law, will be studied. After that, it will be verified whether fidelity can also be classified as such. Finally, punitive damages will be defined and it will be concluded that it is about indemnification resulting from the practice of an unlawful act. In the end, it will be verified that infidelity implies disrespect of the Civil Code and that, therefore, it is subject to indemnification by punitive damages.*

Keywords: *Marriage. Duty of fidelity. Good faith. General principles of law. Punitive damages.*

Sumário. Introdução. 1. A fidelidade no casamento. 1.1 Deveres comuns aos cônjuges. 1.2 Do dever de fidelidade conjugal. 2 A boa-fé. 3 A fidelidade como cláusula geral. 4 Responsabilidade civil na quebra do dever de fidelidade. 4.1 O adultério e o tratamento dado contemporaneamente pela doutrina e pelo judiciário. 4.2 Do *punitive damages*: da indenização em decorrência da prática de ato ilícito. 4.3 Possibilidade jurídica de reponsabilização por *punitive damages* nos casos de adultério. Conclusão. Referências bibliográficas

Introdução

O casamento é a instituição mais solene do ordenamento jurídico brasileiro. É o centro do Direito de Família, instituto do qual irradiam suas normas fundamentais. Tanto é assim que, para a formalização do casamento, é necessário que haja manifestação expressa de vontade por parte dos consortes. Nessa oportunidade, o casal se compromete a observar, durante toda a constituição do matrimônio, os deveres conjugais categoricamente elencados no Código Civil, dentre os quais a fidelidade recíproca, nos termos do artigo 1.566, I, do referido diploma legal.

Devido às mudanças sociais que invariavelmente ocorrem com o passar dos anos, tem-se percebido certa instabilidade nos matrimônios, que muitas vezes chegam ao fim em decorrência da infidelidade, conduta que afronta a legislação

nacional em razão do descumprimento de um dos deveres legalmente impostos, conforme exposto acima.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é analisar os institutos jurídicos que envolvem esses casos, com a finalidade de, ao final, tecer considerações acerca da possibilidade de o cônjuge traído ser ou não indenizado pelo cônjuge adúltero, a título de *punitive damages*.

1. A fidelidade no casamento

O casamento é a união entre duas pessoas, regulamentada e reconhecida pelo Estado, formada com a finalidade de ser instituída uma família, a qual terá por base um vínculo de afeto².

Pontes de Miranda define matrimônio como um contrato de Direito de Família responsável por regular a vida comum entre duas pessoas, e ressalta que seus efeitos passam a surgir, apenas, com o registro do ato, formalidade responsável por conferir existência jurídica ao instituto e por gerar os efeitos civis comuns aos nubentes³.

No mesmo sentido é a definição de Sílvio de Salvo Venosa, segundo o qual o matrimônio é um negócio jurídico dotado de formalidades, que se fazem presentes ainda antes da efetiva celebração do casamento e que, com o aceite de ambos os consortes, deságua nas relações jurídicas entre eles⁴.

Superada a questão conceitual, deve-se ressaltar que não há, na doutrina, consenso quanto à natureza jurídica do casamento, de forma que existem três correntes que buscam trazer uma solução à questão: (i) a Institucionalista; (ii) a Contratualista; e (iii) a Mista ou Eclética.

Segundo a corrente Institucionalista, o casamento é um conjunto de regras imposto pelo Estado às partes, que têm, por sua vez, liberdade para decidir, apenas, se querem ou não aderir a essas regras. Portanto, perfectibilizada a união, a

² TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 1205.

³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: Direito de personalidade, direito de família. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1955, t. VII., p. 281-282.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 27.

vontade dos cônjuges passa a ser ineficaz, visto que os efeitos da instituição formada serão produzidos de maneira automática⁵.

O matrimônio, assim, é considerado uma situação jurídica que surge da livre vontade dos nubentes, cujas normas, efeitos e forma já são, todavia, previamente positivados e, portanto, são automáticos, uma vez que existem em razão de normas de ordem pública, cogentes⁶.

A autonomia privada, então, está restrita à escolha do cônjuge e ao regime de bens, de forma que não é possível alterar, ou sequer discutir, os direitos e deveres previamente impostos pela lei⁷.

Assim, sob essa ótica, o casamento é tratado como um direito público, principalmente ao se considerar que é função do Estado a sua proteção, nos termos do que determina o artigo 226 da Constituição Federal⁸.

A corrente Contratualista, por sua vez, origina-se no Direito Canônico, ramo do direito eclesial segundo o qual o casamento é sacramento e contrato natural que decorre da natureza humana. O matrimônio é considerado como contrato civil, regido pelas normas contratuais, que se aperfeiçoa tão somente pelo consentimento dos cônjuges, que deve ser equivalente e formalmente externado. Segundo essa corrente, o casamento é sinônimo de negócio jurídico bilateral, o qual possui as características de um acordo de vontades cuja finalidade é alcançar efeitos jurídicos.

Ora, negócio jurídico é um ato jurídico em que há uma composição de interesse entre partes que atentam a uma finalidade específica. Constitui a principal forma de exercício da autonomia negocial, da autonomia privada⁹.

Contrato, por sua vez, é um negócio jurídico bilateral cuja principal exigência é o consentimento e pressupõe conformidade com a ordem jurídica vigente, sem a qual direitos não podem ser criados. Assim, sucintamente, pode ser definido como acordo de vontades com o objetivo de produzir efeitos jurídicos¹⁰.

⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 27

⁶ DINIZ, Maria Helena, *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 302.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4

⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 104.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 3, p. 7.

Deve-se esclarecer que o contrato – negócio jurídico que resulta de mútuo consenso – não se restringe ao direito das obrigações. Ao contrário, estende-se a outros ramos do direito privado, como é o caso do casamento, entendido como contrato de Direito de Família¹¹. Assim, por ser classificado como um contrato, o casamento, como qualquer negócio jurídico, sujeita-se aos requisitos de existência, validade e eficácia.

O plano da existência estabelece os elementos mínimos necessários para a configuração de um negócio jurídico. O plano da validade, por sua vez, refere-se à aptidão de o negócio produzir efeitos concretos frente ao ordenamento jurídico¹². O plano da eficácia diz respeito aos elementos relacionados com a suspensão e resolução dos direitos e deveres das partes¹³.

Assim, os requisitos de existência do casamento são (i) a celebração por autoridade competente e (ii) a expressa manifestação de vontade dos nubentes. O matrimônio é considerado ato complexo porque só passa a existir após o pronunciamento da autoridade celebrante competente, o que acontece posteriormente ao consentimento expresso dos nubentes¹⁴.

No plano da validade, devem ser observados os requisitos gerais dispostos no artigo 104 do Código Civil:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Ressalte-se, oportunamente, que a capacidade para o matrimônio está regulada no artigo 1.517 do Código Civil, segundo o qual podem casar o homem e a mulher com dezesseis anos, desde que haja autorização de ambos ou pais ou representantes legais, que somente é exigida enquanto o nubente não tiver atingido a maioridade civil. Cumpridos todos esses requisitos, o casamento será, também, eficaz. Há, portanto, perfectibilização do negócio jurídico.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 22.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: Contratos. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 68-69

¹³ TARTUCE, Flávio. Op. cit. p 241.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves *et al.* Código civil para concursos. 2. ed. rev., atual. e ampl. Bahia: JusPodivm, 2014, p. 962.

Superado o que defende a segunda corrente, a última delas – Eclética/Mista – une o elemento institucional ao elemento volitivo. É dizer, o casamento é considerado uma instituição quanto ao conteúdo (parcela que permite a intervenção do poder público e não pode ser alterada pelas partes) e um contrato especial quanto à formação (pois origina-se através de acordo de vontades).

O casamento, assim, é um ato complexo, por depender em parte da autonomia privada dos noivos. Mas essa autonomia é complementada, após a celebração do matrimônio, por um conjunto de regras pré-estabelecidas¹⁵.

1.1 Deveres comuns aos cônjuges

A Constituição Federal estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente por ambos, conforme disposições do inciso I do artigo 5º e o parágrafo quinto do artigo 226, do mencionado diploma legal, *in verbis*:

Art. 5º [...]

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Art. 226. [...]

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Trata-se da “horizontalização típica da relação matrimonial”, segundo a qual ambos os cônjuges devem atuar em sincronia, como cúmplices, auxiliando-se mutuamente¹⁶.

Portanto, os deveres conjugais impostos pelo ordenamento – que passam a incidir após a celebração do casamento – são comuns aos consortes. São disposições de cunho ético que não podem ser ignoradas pela simples vontade do casal, que, portanto, a elas se vincula¹⁷.

¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 6, p. 18.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Direito de família: As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6. p. 282.

¹⁷ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 97.

Estabelecidos pelo artigo 1.566 do Código Civil, são eles: (i) fidelidade recíproca; (ii) vida em comum, no domicílio conjugal; (iii) mútua assistência; (iv) sustento, guarda e educação dos filhos; (v) respeito e consideração mútuos.

É necessário ressaltar, todavia, que o casamento estabelece diversas outras obrigações entre os cônjuges. Entretanto, o legislador optou por elencar somente aquelas consideradas imprescindíveis para a estabilidade da relação.

1.2 Do dever de fidelidade conjugal

O dever de fidelidade recíproca representa a expressão natural da monogamia. Essa é a primeira das obrigações legais elencadas pelo legislador, razão pela qual se infere que se trata da mais importante regra a ser observada entre os consortes.

Esse dever ressalta um comportamento ético e moral que deve haver entre os cônjuges, que devem preservar entre si uma relação de casal exclusiva. Deve ser observado durante toda a existência da sociedade conjugal, ainda que o casal esteja separado de fato. A sua extinção se dá somente com a morte, a decretação de nulidade ou a anulação do matrimônio, separação judicial ou extrajudicial e/ou divórcio.

Trata-se de encargo cujo conteúdo é negativo, pois exige uma abstenção de conduta. Decorre do objetivo que os cônjuges buscam ao se casar, a saber, a comunhão plena de vida, que impõe exclusividade de prestações sexuais, razão pela qual cada consorte, ao se casar, deve abster-se de se envolver sexualmente com terceiros, ou seja, a liberdade sexual dos consortes fica restrita ao casamento¹⁸.

Todavia, a fidelidade pode ser interpretada de uma forma mais extensiva. É possível afirmar que esse dever se refere, também, à lealdade que deve haver entre os cônjuges no tocante à confiança, à probidade e à sinceridade, ou, em outras palavras, à entrega de esforços, compartilhamento de situações problemáticas etc.

Ante o exposto, depreende-se que a fidelidade possui caráter social, estrutural, moral e normativo. À vista disso, tem-se que se trata de cláusula geral do

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 188; DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro: Direito de família. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 5, p. 146.

casamento, porquanto possui ampla dimensão — para além da simples abstenção de relações sexuais com terceiros —, traduzindo-se na observância de condutas que estejam em consonância com os demais deveres oriundos do casamento e que preservem, assim, a família e o respeito mútuo entre os cônjuges.

Haverá infração a este dever, portanto, (i) nos casos de adultério (expressão material da fidelidade) e (ii) quando a atitude de um dos cônjuges atentar a honra do outro (expressão moral da fidelidade)¹⁹, movido pelo ímpeto sexual.

Assim, caracterizada estará a infidelidade quando ocorrer um elemento não autorizado na esfera do casal, que pode ter relação tanto com o âmbito sexual quanto com o afetivo. O descumprimento desse dever, tanto na expressão material quanto na moral, enseja indenização ao prejudicado, pois importa inobservância da obrigação imposta pelo legislador civilista.

Nessa ótica, a infidelidade implica a ruptura da legítima expectativa do consorte ofendido, que acreditava que o ofensor iria observar todos os deveres impostos pelo matrimônio. Por esse motivo, classifica-se a infidelidade como ato atentatório à boa-fé. A violação à boa-fé admite punição na esfera civil. Por conseguinte, também a infidelidade é fato gerador de indenização, nos termos do que será melhor demonstrado durante este trabalho.

2. A boa-fé

O Código Civil está calcado em três princípios basilares: (i) a socialidade, graças à utilização da Constituição Federal como parâmetro interpretativo; (ii) a eticidade, que engloba a boa-fé; e (iii) a operabilidade, através da adoção de um sistema sustentado por cláusulas gerais.

A percepção da boa-fé tem gênese no direito romano, em que surge o termo *fide*, expressão que pode ser entendida como confiança, colaboração e auxílio mútuo, amparo, lealdade e respeito à palavra dada. Ademais, tratava-se de instrumento técnico-jurídico. É dizer, a *fides* se manifestava em níveis jurídicos, políticos e sociológicos, traduzindo-se, assim, em valor ético fundante²⁰.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit, p. 280-281

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 49-50

Todavia, é na Alemanha da Idade Média que a boa-fé, tal qual utilizada hoje, surge. O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* — BGB), que entrou em vigor em 1900, trouxe, pela primeira vez, a positivação da boa-fé como uma cláusula geral. O §242 do referido código dispõe que “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Surge, então, a expressão *Treu und glauben*, que corresponde às noções de lealdade e crença/confiança que devem permear as relações contratuais²¹.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, o princípio da dignidade humana ganhou evidência. Consequentemente, várias nações adotaram, em seus ordenamentos jurídicos, um sistema aberto de normas, com ampla utilização de cláusulas gerais, normas cujos conceitos são vagos, abertos, indeterminados. Seus enunciados permitem a utilização de máximas, diretrizes e princípios que não estão positivados, mas são, ainda assim, fatos geradores de normas que devem ser cumpridas.

Nesse sentido, preceitua o artigo 422 do Código Civil brasileiro:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Referido dispositivo legal não traz o significado, sequer a valoração, do termo “boa-fé”. Para que seu conteúdo seja estabelecido, é necessário observar as circunstâncias do caso concreto. Trata-se, assim, de cláusula geral, tendo em vista que sua aplicação levará em conta fatores externos e outros princípios que regem o ordenamento jurídico, de observância obrigatória, veiculadora de um conceito que será concretizado segundo as peculiaridades de cada situação.

Assim, o conceito indeterminado de boa-fé necessita de preenchimento, pois reclama uma coordenação valorativa. Para tanto, o juiz deve recorrer a argumentos sistemáticos e teleológicos, através, principalmente, da utilização de princípios constitucionais²².

A boa-fé possui duas acepções, sendo uma de viés subjetivo, psicológico; e outra, de viés objetivo. A boa-fé subjetiva diz respeito a um estado

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson Op. cit., p. 172.

²² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Princípios de direito dos contratos. Coimbra: Coimbra Editora S.A, 2011, p 172.

psicológico, ou seja, pode ser traduzida na crença relativa à titularidade de um direito que não existe concretamente. Para sua aplicação, o intérprete deve ponderar a intenção do sujeito da relação jurídica, seu estado interior, psicológico, ou seja, sua convicção pessoal e íntima, seu estado mental subjetivo.

A boa-fé objetiva consiste em padrões de conduta variáveis de acordo com a relação entre as partes, responsável por impor comportamentos de cooperação, honestidade e lealdade, para que os fins perseguidos na concreta relação obrigacional sejam alcançados²³. Traduz-se, pois, em uma crença no comportamento leal que deverá ser adotado pelo outro contratante.

Os pressupostos da boa-fé objetiva são (i) a existência de uma relação jurídica responsável por vincular duas pessoas e, ao mesmo tempo, estabelecer deveres recíprocos de conduta; (ii) padrões de comportamento capazes de serem exigidos — *bonus pater familias*; (iii) reunião de condições suficientes para despertar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado, no sentido de acreditar que as suas expectativas não serão frustradas, ou seja, que o comportamento do outro contratante será previsível.

Está relacionada aos deveres anexos ou laterais de conduta, ínsitos a qualquer negócio jurídico — mesmo na ausência de regra específica — e ensejadores de responsabilidade civil para aquele que os descumpre. Conjuntamente ao dever de fidelidade, há o dever de cuidado, de respeito, de informação e de agir conforme a confiança depositada, de lealdade e probidade, de colaboração/cooperação, de honestidade, e de ação com fundamento na razoabilidade, equidade e boa razão²⁴.

O artigo 422 do Código Civil, transcrito acima, refere-se à boa-fé objetiva. Ao utilizar essa norma, o juiz, em observância à lealdade, confiança e probidade, estabelecerá a conduta que deveria ter sido adotada por um dos contratantes em determinada circunstância, utilizando para isso, também, os usos e costumes. Essa conduta “ideal” será confrontada com o posicionamento efetivamente adotado pela parte, e, em caso de contrariedade, a conduta será classificada como ilícita, eis que violadora da boa-fé.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 20.

²⁴ TARTUCE, Flávio. Op. cit. p. 625.

Superado o conceito de boa-fé objetiva, deve-se destacar que sua aplicação gera diversos efeitos, que podem ser sistematizados em expressões usuais na prática jurídica, que representam desdobramentos da cláusula geral em estudo.

O primeiro deles é a *supressio*, que se refere à “situação de direito que deixou de ser exercitada em determinada circunstância e não mais possa sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé”²⁵. Assim, um direito que deixa de ser exercido por um longo período de tempo perde completamente a sua eficácia, não sendo possível invocá-lo após extensa inatividade²⁶.

Outro desses desdobramentos é a *surrectio*, que, ao contrário da *supressio*, consolida, no mundo jurídico, uma circunstância fática que se prolongou no tempo e que gerou expectativa em razão da boa-fé²⁷. Surge em razão de reiterada atitude tomada por uma das partes a despeito do que determina o contrato ou a legislação e que cria, assim, um novo direito subjetivo, que se estabiliza e cria uma perspectiva²⁸. É, portanto, a *surrectio*, o surgimento de um direito em virtude de práticas, usos e costumes²⁹.

Outra figura decorrente da boa-fé objetiva é o *tu quoque*, segundo o qual aquele que sempre desrespeitou uma regra obrigacional, contratual ou legal, não pode invocar a regra desrespeitada em seu favor. A norma desprezada não pode ser alegada para benefício próprio.

Por fim, tem-se o *venire contra factum proprium*, que se traduz na vedação ao comportamento contraditório. Com isso, a prática de determinado ato, seguido por conduta diametralmente oposta, não deve ser admitida. Portanto, uma pessoa não pode exercer um direito pessoal que venha a contrariar um comportamento praticado de modo habitual anteriormente, em respeito à confiança e à lealdade, que decorrem da boa-fé objetiva.

Deve-se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou expressamente acerca da aplicação da boa-fé e seus desdobramentos no Direito de Família³⁰.

²⁵ FARIAS Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. cit.. p. 206

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 120

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. Op. cit. p. 358.

²⁸ FARIAS Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. cit.. p. 207.

²⁹ TARTUCE, Flávio, Op. cit.. p. 631.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.087.163-RJ. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 18 ago. 2011. Diário de publicação: 31 ago. 2011. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em

Ora, a boa-fé objetiva se traduz em valores primordiais, de conteúdo generalizante. Por se tratar de uma cláusula geral, deve ser observada em todas as áreas do direito e em todas as relações jurídicas, inclusive familiares³¹.

3. A fidelidade como cláusula geral

Cláusulas gerais são normas que não prescrevem uma conduta de forma completa, pois limitam-se a definir valores e parâmetros de interpretação.

São normas cujo principal objetivo é orientar o julgador, ou seja, são dirigidas principalmente ao juiz. Ao mesmo tempo que têm força vinculativa, propiciam ao juiz a liberdade para proferir decisão, uma vez que tem como função concretizar princípios, os quais já estão expressos no ordenamento jurídico³².

Essas cláusulas estão diretamente ligadas aos princípios jurídicos, de maneira que permitem sua valoração e efetivação. Assim, não podem ser interpretadas de uma forma que os contrariem, visto que existe hierarquia entre cláusula geral e princípio, estando este local de privilégio em relação àquela. E é em razão dessa hierarquia que não deve prosperar o argumento de que a utilização dessa técnica legislativa confere insegurança ao ordenamento jurídico.

Destarte, é possível afirmar que há dois requisitos para a configuração de uma cláusula geral: (i) a utilização de termos vagos, genéricos, abstratos; (ii) a promoção de valores presentes no ordenamento jurídico.

Isso posto, é possível afirmar que a fidelidade assume condição de cláusula geral na ordem jurídica pátria, uma vez que (i) o legislador, ao inserir esse comportamento como dever matrimonial, utilizou-se de um termo vago, sem se preocupar em conceituá-lo e em delimitá-lo; (ii) e que a fidelidade promove princípio constante na legislação pátria, qual seja, o da monogamia.

4 Responsabilidade civil na quebra do dever de fidelidade

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj/inteiro-teor-21086465?ref=juris-tabs>>. Acesso em 1º nov. 2017.

³¹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva. Curitiba: Juruá, 2009, p. 229

³² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil anotado e legislação extravagante. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 141.

4.1 O adultério e o tratamento dado contemporaneamente pela doutrina e pelo judiciário

A evolução do direito de família teve como consequência a supremacia da personalidade e a autonomia da pessoa, singularmente, frente ao seu grupo familiar, de forma que um membro da família não pode causar dano, na modalidade culposa ou dolosa, a outro membro, sem se eximir de responder pelo mal causado³³.

Não se pode negar que é possível que a conduta de um dos parceiros da relação inflija dor moral no outro, através da deslealdade, desconsideração e falta de respeito. Deve-se ressaltar que, muitas vezes, essas condutas são praticadas publicamente, e, também, propositalmente, de maneira que é possível afirmar que nasce, para o ofendido, a possibilidade de buscar reparação civil³⁴.

Nas palavras de Rolf Madaleno:

O casamento faz nascer, entre os cônjuges e conviventes, direitos e deveres recíprocos de lealdade, respeito, fidelidade e, como regra geral conjugal, também a coabitação, os quais também existem habitualmente entre os conviventes, mas, verificada alguma infração grave aos deveres conjugais ou alguma conduta desonrosa a ser imputada ao cônjuge culpado, seria admissível o pedido correlato de indenização [...]³⁵.

Entretanto, o entendimento da doutrina majoritária é no sentido de que a simples violação a qualquer dever jurídico matrimonial ou familiar não é suficiente para caracterizar obrigação reparatória, uma vez que seria necessária a incidência das regras da responsabilidade civil no âmbito do direito de família. É dizer, o dano moral só teria incidência quando houvesse violação a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela³⁶.

Da mesma forma é o entendimento majoritário dos tribunais pátrios. No julgado trazido a seguir, proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a indenização por danos morais em razão do descumprimento do dever

³³ MADALENO, Rolf. Op. cit. 2013. p. 345

³⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz *et al* (Coords.). Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem à Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011p. 493.

³⁵ MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 353.

³⁶ BRAGA NETTO, Felipe *et al*. Novo tratado de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 936.

de fidelidade foi mantida em razão das circunstâncias em que o episódio ocorreu. Veja-se:³⁷

**AÇÃO VISANDO INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS
COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. JUÍZO CÍVEL. DANOS
MORAIS. ADULTÉRIO. POSSIBILIDADE.**

1. O ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta à esfera cível, cuja competência para julgamento não se inclui naquelas atribuídas às varas de família. Entendimento apoiado na lei de organização judiciária do distrito federal e territórios.
2. A inobservância dos deveres conjugais, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.
3. É presumida a lesão a bem extrapatrimonial daquele que surpreende sua cônjuge nua, no leito conjugal, na companhia de outro homem.
4. Nossos tribunais têm entendido que o dano moral deve ser fixado em montante suficiente à reparação do prejuízo, levando-se em conta a moderação e a prudência do juiz, segundo o critério de razoabilidade para evitar o enriquecimento sem causa e a ruína do réu, em observância, ainda, às situações das partes. Constatado que a atividade laborativa da ré não se mostra compatível com a indenização fixada na sentença, deve o valor ser reduzido.
5. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre o desrespeito ao dever de fidelidade³⁸, oportunidade em que o relator consignou que a violação dos deveres legais impostos aos cônjuges não constitui ofensa à honra ou à dignidade apta a ensejar obrigação indenizatória.

Ressaltou que a opção por uma vida em comum impõe restrições que devem ser observadas, entre elas o dever de fidelidade nas relações, que pode, efetivamente, causar danos morais, desde que se constate abalo emocional pela traição.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível do juizado especial n. 20060510086638-DF. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Relator: Juiz Substituto de Segundo Grau Sandoval Oliveira. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 3 jun. 2008. p. 162.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 922.462-SP. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 4 abr. 2013. Data de publicação: 13 mai. 2013. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num_registro=200700301624&data=20130513&formato=PDF>. Acesso em 5 nov. 2017.

Ante todo o exposto, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência brasileiras posicionam-se majoritariamente no sentido de que, para que haja responsabilização civil no âmbito familiar, não basta a mera violação de dever matrimonial imposto pelo Código Civil, sendo necessário, ainda, um comportamento ilícito capaz de gerar dano ao ofendido.

Conclusivamente, é possível afirmar que o descumprimento por si só do dever matrimonial de fidelidade, ou seja, o adultério, é considerado mero dissabor da vida civil. Tal descumprimento só será fato gerador de responsabilidade civil, e, portanto, passível de indenização, caso haja violação à honra objetiva do ofendido.

4.2 Do punitive damages: da indenização em decorrência da prática de ato ilícito

Nos Estados Unidos da América, país que adota a denominada *common law*, termo que designa um sistema jurídico cuja principal fonte de direito é a decisão, o precedente judicial³⁹, os *punitive damages* são definidos como “danos, diferentes daqueles do tipo compensatórios ou nominais, impostos contra uma pessoa para puni-la em razão de sua conduta ultrajante e impedir a ela e a terceiros de incorrerem na mesma conduta no futuro” (tradução nossa)⁴⁰.

Os *punitive damages* designam os casos em que ao ofensor é imputada uma obrigação de pagamento indenizatório em quantia superior ao dano por ele causado em virtude de sua conduta ilícita⁴¹.

Trata-se de indenização que não se confunde com a indenização compensatória. Os *punitive damages* correspondem a valor estipulado separadamente nos casos em que o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão⁴².

Consistem na soma monetária destinada ao demandante em uma ação indenizatória cujo valor é substancialmente maior do que seria necessário para

³⁹ ANDRADE, André Gustavo Correa de. Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 176

⁴⁰ BRUGGEMAN, Véronique. Compensating catastrophe victims: A comparative law and economics approach. Holanda: Kluwer Law International, 2010, p. 411. No original, em inglês: “[...] damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future”.

⁴¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira. O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa. Porto: Universidade Católica Portuguesa-Porto, 1998, p. 736

⁴² ANDRADE, André Gustavo Correa de. Op. cit. p. 195.

compensar o dano sofrido, em razão de sua finalidade: punição e prevenção pela exemplaridade da punição⁴³.

De acordo com a doutrina americana, a maioria das cortes aponta apenas a punição e a prevenção pela exemplaridade como razões para os *punitive damages*. Entretanto, esses danos também exercem outras funções específicas, quais sejam, (i) educação; (ii) retribuição; (iii) reforço da lei; (iv) prevenção pela exemplaridade e (v) compensação⁴⁴.

Na jurisprudência pátria, é designado como “teoria do valor do desestímulo”, pois seu objetivo é desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam.⁴⁵

Portanto, é possível afirmar que uma das características da indenização punitiva diz respeito ao valor estabelecido com o objetivo de sancionar a prática de ato ilícito — ou seja, de ato que vai de encontro ao ordenamento jurídico.

O ato ilícito é ato de vontade, porquanto é necessário haver consciência e liberdade para a sua prática. Entretanto, trata-se de ato contrário ao direito, que produz efeitos *per se*, ou seja, independentemente da intenção, da vontade do agente. Os atos ilícitos diferenciam-se dos atos lícitos na medida em que esses últimos são definidos como ações humanas em consonância com o ordenamento jurídico, fundados, pois, no direito, ao passo que os primeiros são atos violadores do direito — ou seja, são delitos⁴⁶.

Assim, o simples descumprimento de regras fixadas em lei, de preceitos destinados a todos indistintamente, é conduta extremamente grave, e merece forte reprimenda. É em razão disso que se defende a repressão de tais condutas através da imposição de indenização punitiva, com base nos argumentos acima delineados, e com amparo, também, nos artigos 186 e 927 do Código Civil, segundo os quais:

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva. Revista CEJ, Brasília, n. 28, mar. 2005.

⁴⁴ OWEN, David G. A punitive damages overview: Functions, problems and reform. Disponível em <<https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2869&context=vlr>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 850.273-BA. Quarta Turma. Relator: Desembargador Honildo Amaral de Mello Castro (convocado do Tribunal de Justiça do Amapá). Data de julgamento: 03 ago. 2010. Data de publicação: 24 ago. 2010. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=987495&num_registro=200602623771&data=20100824&formato=PDF>. Acesso em: 12 jan. 2018.

⁴⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.) Temas atuais de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007, p. 58.

Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Da leitura dos artigos acima, é possível verificar que o legislador impõe a possibilidade de responsabilidade civil pela simples “violação do direito” e em razão do cometimento de “ato ilícito”.

Em resposta ao seguimento jurídico tradicional que exige o tripé causa, dano e nexó para a caracterização da responsabilidade, é importante salientar que o a violação do direito em si, deve se considerar um dano ao Direito. Esse raciocínio se alinha a prática jurídica da “common law”, de inspiração jus romana clássica. O caráter punitivo advém da lesão ao Direito, ao sistema de tutelas, em complemento das perdas patrimoniais e existenciais das vítimas ⁴⁷.

O ato ilícito não agride apenas não a vítima, mas como aborda Jhering, “também as leis do Estado, a ordem jurídica e a lei moral. Será que o devedor, que discorda do preço estabelecido com o vendedor, o locador, que não cumpre o contrato, o mandatário, que trai minha confiança, enganando-me, não fazem o mesmo?”⁴⁸

É importante esclarecer que, conforme o posicionamento de Carlos Bittar, o instituto dos danos morais presumidos (*in re ipsa*) apresenta características semelhantes ao *punitive damages*, pois seu objeto é responder à violação de um direito específico, ou seja, direitos de personalidade em si.

(...) na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificando o evento danoso, surge ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto⁴⁹

⁴⁷ ROSENVALD, Nelson. Uma reviravolta na responsabilidade civil. <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/11/27/Uma-reviravolta-na-responsabilidade-civil>, consulta em 11/02/2020

⁴⁸ IHERING, Rudolph. A luta pelo direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001

⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais. Revista dos Tribunais, nº 32, 1993

o dano é pressuposto da responsabilidade civil, entendendo-se como tal qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais, como o entende a melhor doutrina⁵⁰ (BITTAR, 2015)

Logo, a compensação presumida é uma resposta retaliatória ao atentado contra um bem jurídico comum!

4.3 Possibilidade jurídica de reponsabilização por punitive damages nos casos de adultério

Nos termos do que foi discutido no início do presente trabalho, casamento é a união entre duas pessoas, em conformidade com o que determina a lei. O casal se une, em regra, com o objetivo de regular suas relações sexuais, criar prole conjuntamente e assistir um ao outro mutuamente.

Conforme o primeiro capítulo deste trabalho, após o casamento, passam a incidir, sobre os noivos, os direitos e deveres próprios do casamento, por força do artigo 226, parágrafo quinto, da Constituição Federal,⁵¹ e do artigo 1.511 do Código Civil.⁵², que decorrem da ordem pública e do interesse social, razão pela qual não podem ser traduzidos em valores monetários.

Com amparo no segundo capítulo, é possível afirmar que a constitucionalização do direito civil teve por consequência uma ampla conexão entre o direito constitucional e o direito de família. Nesse contexto, exsurge a boa-fé como cláusula geral do nosso sistema jurídico. Ela, a boa-fé, passa, então, a incidir diretamente no direito civilista. Por conseguinte, a sua aplicação também se estende ao casamento, consoante a regra disposta no artigo 422 do Código Civil.⁵³

Assim, o cônjuge que comete adultério infringe duas normas do ordenamento jurídico: (i) o artigo 1.566, inciso I, do Código Civil, que impõe a fidelidade como dever do casamento, expressão legal do princípio da monogamia; e (ii) a cláusula geral da boa-fé, contida no artigo 422 do Código Civil.

⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

⁵¹ “Art. 226. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁵² “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

⁵³ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Na celebração do matrimônio, os consortes não declaram somente a intenção de se casar, mas também a disposição e o compromisso de cumprir todas as regras legais que vêm a reboque.

À vista disso, a prática do adultério afronta diretamente o dever de fidelidade. O cônjuge que porventura comete adultério age em desacordo com o compromisso firmado perante seu consorte quando disse “sim” no ato da cerimônia. Em assim agir, incorre o cônjuge adúltero em *venire contra factum proprium*, uma vez que trai a confiança de seu parceiro, a quem havia se comprometido a observar as regras do casamento durante toda a sua duração.

O ato de adultério configura evidente ilícito, na medida em que viola regras contidas no Código Civil. A punição é, portanto, cabível. É nesse ponto que o instituto do *punitive damages* encontra amparo, já que o seu objetivo é precisamente indenizar aquele que suportou contra si a prática de um ato ilícito.

A indenização punitiva é aplicável em nosso ordenamento jurídico porque seu fundamento é retirado diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. É consectário lógico do reconhecimento constitucional do direito à indenização. Trata-se não apenas de uma reação legítima e eficaz contra a lesão a uma norma legalmente imposta, mas também como medida necessária para a efetiva proteção dessas regras⁵⁴.

A prática do adultério implica verdadeira dissonância entre a vontade do particular (consustanciada no descumprimento da regra da fidelidade) e o espírito da norma (que impõe a fidelidade como dever a ser observado por quem decide se casar). Dessa divergência exsurge claro o ilícito.

Nesse quadro, a indenização punitiva serviria como uma sanção punitiva cuja finalidade seria prevenir a prática de ilícitos. Isso conferiria maior efetividade ao direito civil, principalmente quanto à tutela de direitos da personalidade e conflitos metaindividuais.

O desprezo do agressor (cônjuge adúltero) pelos valores de convivência expressamente impostos pelo Código Civil quanto ao casamento, o seu pouco apreço à pessoa humana (o seu consorte), ou mesmo o potencial danoso para a sociedade traduzida na multiplicação de condutas semelhantes, justificam a possibilidade do *punitive damages* em nosso sistema jurídico⁵⁵.

⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo Correa de. Op. cit. p. 251-253.

⁵⁵ BRAGA NETTO, Felipe. Op. cit. p. 381.

A adoção do *punitive damages* no Brasil poderia ceder espaço a críticas de que a indenização punitiva ensejaria excessos nos valores eventualmente arbitrados pelo Poder Judiciário, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, onde são arbitradas indenizações que beiram a casa dos milhões. Quanto a isso, é importante observar as particularidades de cada país com relação à matéria a fim de se evitar comparações aficionadas.

No Brasil, o julgamento de uma causa é atribuído a um juiz, que possui conhecimento técnico-jurídico sobre o tema. Já nos Estados Unidos, o julgamento referente a *punitive damages* é feito pelo júri popular, composto, em regra, por pessoas leigas, sem capacitação técnica e/ou experiência profissional na área. Isso reduziria a possibilidade de se arbitrar condenação desproporcional e desarrazoada.

Além disso, o juiz togado não está propenso a julgamentos passionais, devendo se manter equidistante quanto às partes. Com isso, reduz-se ainda mais o risco de indenizações exageradas. Complementarmente, o próprio sistema recursal representa garantia suficiente contra eventuais excessos, porquanto a sentença proferida em primeiro grau pode passar por duas ou três revisões⁵⁶.

Outra crítica poderia argumentar que o *punitive damages* acabaria por ocasionar o enriquecimento ilícito do ofendido, já que existe a possibilidade de a indenização ultrapassar a estimativa das lesões suportadas pelo cônjuge vítima do adultério. Ocorre que não haveria falar em locupletamento ilícito quando a indenização punitiva destinada à vítima decorre de uma decisão judicial. Essa é a justa causa de atribuição patrimonial. Até porque o autor da demanda agiria como porta-voz de um sentimento comum a uma coletividade de pessoas⁵⁷.

A indenização teria como causa, como justificativa, a própria decisão judicial, devidamente fundamentada, de forma que apenas remotamente é que a causa seria a lesão provocada pelo réu⁵⁸.

Assim, nos termos do que foi amplamente discutido acima, a prática do adultério constitui ilícito civil, uma vez que se traduz em inobservância a regras expressamente impostas pelo ordenamento jurídico. Por essa razão, verifica-se a possibilidade de aplicação da indenização punitiva, já que a sua principal função consiste na indenização da vítima de ato ilícito.

⁵⁶ ANDRADE, André Gustavo Correa de. Op. cit. p. 291.

⁵⁷ BRAGA NETTO, Felipe. Op. cit. p. 391.

⁵⁸ ANDRADE, André Gustavo Correa de. Op. cit, p. 293.

Conclusão

O objetivo deste trabalho foi defender a possibilidade de condenar, a título de *punitive damages*, o cônjuge adúltero que desrespeita o primeiro dever matrimonial imposto pelo legislador civilista, qual seja, a fidelidade.

Após a análise dos institutos que estão no centro desta temática, verificou-se a imprescindibilidade de observância do dever de fidelidade para o convívio harmônico dos cônjuges e, também, para a manutenção da própria instituição do casamento.

Ademais, constatou-se que a boa-fé, princípio que recai sobre todas as relações jurídicas, inclusive familiares, é classificada como princípio geral de direito.

A partir daí, foram estudados os requisitos necessários para que uma cláusula geral seja considerada como tal. Esses requisitos são: (i) utilização de termos vagos, genéricos e abstratos, e (ii) promoção de valores presentes no ordenamento jurídico. Assim, chegou-se à conclusão de que a fidelidade também assume, na ordem jurídica pátria, a posição de cláusula geral. Isso porque (i) o legislador, ao tratá-la como dever matrimonial, utilizou-se de termo vago, sem se preocupar em conceituá-lo ou delimitá-lo; (ii) esse dever matrimonial promove princípio vigente na ordem jurídica atual, qual seja, a monogamia.

Ao fim e ao cabo, passou-se ao estudo do *punitive damages*, que podem ser conceituados como danos, diferentes dos morais ou materiais, impostos contra uma pessoa para puni-la pelo cometimento de um ilícito civil, ou seja, de um ato que vai contra o ordenamento jurídico.

Sob essa ótica, e considerando-se que o adultério viola (i) expressamente o dever de fidelidade imposto pelo legislador e (ii) a boa-fé do cônjuge traído, que, ao se casar, acreditou que o cônjuge adúltero cumpriria os deveres matrimoniais — exemplo de *venire contra factum proprium* —, resta claro que a conduta adúltera traduz-se em claro desrespeito ao Código Civil, de modo que é classificada, portanto, como ato ilícito.

Dessa forma, conclui-se que o adultério atrai a incidência do *punitive damages*, por ser essa última devida ao ofendido pelo cometimento de ato ilícito pelo ofensor. A indenização punitiva não possui relação com a dor experimentada pelo

cônjuge traído, ou com o desrespeito a direito de personalidade seu. Tais elementos não são considerados para se justificar a indenização. Isso porque o *punitive damages* será imposto pelo simples desrespeito a dois princípios gerais do direito: (i) a boa-fé objetiva e (ii) a fidelidade, os quais estão expressamente elencados no Código Civil.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.) *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. Revista dos Tribunais, nº 32, 1993

_____. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA NETTO, Felipe *et al.* *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 362*. IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/474>>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Presidência da República*: Casa Civil: Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 2 mai. 2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Presidência da República*: Casa Civil: Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 850.273-BA. Quarta Turma. Relator: Desembargador Honildo Amaral de Mello Castro (convocado do Tribunal de Justiça do Amapá). Data de julgamento: 03 ago. 2010. Data de publicação: 24 ago. 2010. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequ>>

encial=987495&num_registro=200602623771&data=20100824&formato=PDF>.
Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.087.163-RJ. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 18 ago. 2011. Diário de publicação: 31 ago. 2011. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj/inteiro-teor-21086465?ref=juris-tabs>>. Acesso em 1º nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 922.462-SP. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 4 abr. 2013. Data de publicação: 13 mai. 2013. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num_registro=200700301624&data=20130513&formato=PDF>. Acesso em 5 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível do juizado especial n. 20060510086638-DF. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Relator: Juiz Substituto de Segundo Grau Sandoval Oliveira. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 3 jun. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível n. 322602020078070001-DF. Primeira Turma Cível. Relator: Desembargador Laécio Resende. Data de julgamento: 16 dez. 2009. Data de publicação: 25 jan. 2010. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70057444416-RS. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Data de julgamento: 28 nov. 2013. Data de publicação: 9 dez. 2013. *Jusbrasil*. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113522726/apelacao-civel-ac-70057444416-rs>>. Acesso em 5 nov. 2017.

BRUGGEMAN, Véronique. *Compensating catastrophe victims: A comparative law and economics approach*. Holanda: Kluwer Law International, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: Direito de família*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A aplicação do abuso do direito nas relações de família: o venire contra factum proprium e a supressio/surrectio*. Disponível em: <<http://www.faculdadedebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Cristiano.pdf>>.

Acesso em 1º nov. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Contratos*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

_____. *Direito das famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves *et al.* *Código civil para concursos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Bahia: JusPodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Direito de família: As famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

_____. *Novo curso de direito civil: Direito civil – Contratos: Teoria geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4. t. 1.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa-Porto, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 3.

_____. *Direito civil brasileiro: Direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

IHERING, Rudolph. *A luta pelo direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001

LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. *O direito privado como um “sistema em construção”* – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Usos e abusos da função punitiva. *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, mar. 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: Direito de personalidade, direito de família*. t. VII.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: Direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Coimbra Editora S.A, 2011.

OWEN, David G. *A punitive damages overview: Functions, problems and reform*. Disponível em <<https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2869&context=vlr>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Instituições de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 3.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz *et al* (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem à Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil, direito de família*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 6.

ROSENVALD, Nelson. *Uma reviravolta na responsabilidade civil*. <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/11/27/Uma-reviravolta-na-responsabilidade-civil>, consulta em 11/02/2020

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

_____. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/48.pdf> Acesso em: 18 out. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Família*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: Introdução e parte geral*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

**APLICABILIDADE DO ART. 1.647 DO CÓDIGO CIVIL À UNIÃO ESTÁVEL:
LIMITES DERIVADOS DA PROTEÇÃO AO TERCEIRO DE BOA-FÉ.
INCOERÊNCIAS ENTRE OS TRATAMENTOS DISPENSADOS ÀS HIPÓTESES
DOS INCISOS I E III DO REFERIDO ARTIGO. CAUTELAS NA APLICAÇÃO DO
NOVO ENTENDIMENTO, QUE EXIGE A OUTORGA CONVIVENCIAL, AOS
NEGÓCIOS CELEBRADOS QUANDO PACÍFICA NOS TRIBUNAIS A
ORIENTAÇÃO OPOSTA¹**

**APPLICABILITY OF ARTICLE 1.647 OF BRAZILIAN CIVIL CODE TO COMMON
LAW MARRIAGE: LIMITS DERIVED FROM PROTECTION TO THE GOOD FAITH
THIRD PARTY. INCOERENCES BETWEEN TREATMENTS DISPENSED TO THE
HYPOTHESES PROVIDED FOR IN INCISES I AND III OF THE REFERRED
ARTICLE. CAUTIONS IN THE APPLICATION OF THE NEW ORIENTATION,
WHICH REQUIRES SPOUSAL CONSENT, TO ACTS CELEBRATED WHEN THE
OPPOSITE ORIENTATION WAS SETTLED IN COURTS**

Ricardo Dal Pizzol

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Llm em Direito Comparado pela Samford University. Juiz de Direito junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Resumo: O presente estudo visa a examinar a aplicabilidade do art. 1.647 do Código Civil, que traça as hipóteses de outorga conjugal, à união estável, mercê de suas diferenças em relação ao casamento, ato solene e dotado de publicidade. No decorrer do texto, será exposta a transição operada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos: de uma concepção em que a outorga convivencial era tida como dispensável, não afetando a validade dos negócios celebrados, para a compreensão de que ela é necessária, mas a invalidade do negócio depende da

¹ Como citar este artigo: PIZZOL, Ricardo Dal. *Aplicabilidade do art. 1.647 do Código Civil à união estável: limites derivados da proteção ao terceiro de boa-fé. Incoerências entre os tratamentos dispensados às hipóteses dos incisos i e iii do referido artigo. Cautelas na aplicação do novo entendimento, que exige a outorga convivencial, aos negócios celebrados quando pacífica nos tribunais a orientação oposta.* In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/mai. 2020, v. 20, p. 65-98.

demonstração de que o terceiro tinha conhecimento ou deveria ter conhecimento da existência da união estável.

Palavras-chave: união estável; outorga convivencial; proteção do terceiro de boa-fé; princípio da proteção da confiança.

Abstract: *This paper analyzes the applicability of article 1.647 of Brazilian Civil Code, which establishes the hypothesis of spousal consent, to common law marriage, due to their differences in relation to marriage, a solemn and endowed with publicity act. Two distinct phases can be observed in the jurisprudence of the Superior Court of Justice on this issue. The first, in which the spousal consent was considered dispensable, without affecting the validity of the act. The most recent, in which the spousal consent is considered necessary, but the invalidation of the act depends on the demonstration that the third party was aware or should be aware of the existence of the common law marriage.*

Keywords: *common law marriage; spousal consent; protection of the good faith third party.*

Sumário. 1. Introdução. 2. A autorização do art. 1.647 do Código Civil: uma questão de legitimidade. 3. Exposição da controvérsia em relação à união estável. 4. Uma tendência de transição na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: da validade do negócio feito sem outorga convivencial para a invalidade mitigada por considerações de boa-fé do adquirente. 4.1 O ato registral capaz de conferir publicidade à união estável para os fins do art. 1.647. 4.2. Incoerências entre os tratamentos conferidos às hipóteses dos incisos I e III do art. 1.647 do Código Civi. 5. Dúvidas e refinamentos derivados de um novo julgamento: o Recurso Especial nº 1.663.440/RS, de 16 de junho de 2020. 5.1. A questão temporal. Irretroatividade da lei nova em relação aos requisitos de validade dos negócios jurídicos celebrados anteriormente. Vedação à mudança drástica de jurisprudência que viole o princípio da proteção da confiança. 5.2. Garantia constituída em financiamento para a aquisição do próprio bem. Circunstância que deve ser considerada no juízo de invalidação. Conclusões. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente artigo visa a examinar se também se aplica à união estável

a norma do art. 1.647 do Código Civil, a qual, fazendo referência expressa apenas ao casamento, exige autorização do cônjuge nas situações de transferência patrimonial, oneração de bens ou prestação de garantias nela declinadas (a chamada outorga conjugal, quando relacionada ao casamento)². Em se confirmando a necessidade em tese de autorização do companheiro nessas hipóteses, buscar-se-á examinar se a decretação da invalidade do negócio por falta da aludida autorização, no caso específico da união estável, merece temperamentos em relação ao que se observa no casamento, mercê da necessidade de proteger o terceiro de boa-fé.

O tema não é em si absolutamente novo, tendo a controvérsia surgido com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, especialmente frente ao art. 1.725, que aplica à união estável, salvo disposição diversa, o regime da comunhão parcial de bens. Sob o argumento de que a norma do art. 1.647 integraria o regime da comunhão parcial, não foram poucos os autores que, desde a primeira hora, defenderam a necessidade de outorga conjugal (aqui denominada “convivencial”) também nas alienações e onerações praticadas por companheiros. O entendimento prevalecente, porém, era o contrário – da desnecessidade de outorga – forte no argumento de que união estável e casamento não poderiam ser equiparados para esse fim, sob pena de gerar-se grave insegurança jurídica (ante a desnecessidade de um registro para a configuração da união estável, vigorando incertezas quanto à sua existência e duração). A contraposição das teses, com os argumentos favoráveis e contrários à imprescindibilidade da outorga convivencial, será feita no item 3 deste artigo.

A situação ganhou novos contornos, e, portanto, renovado interesse, após mudança de entendimento operada na 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocorrida com o julgamento do Recurso Especial nº 1.424.275/MT, em 04/12/2014, a ser abordada no item 4 adiante (ao invés de considerar-se o negócio sempre válido, independentemente da presença ou não da outorga, passou-se a compreender que a outorga é necessária, mas a invalidade só atingiria o negócio se o terceiro adquirente

² Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

tiver conhecimento da união estável).

Ainda no item 4, serão exploradas duas questões derivadas desse julgamento. A primeira, acerca do ato registral que é capaz de conferir publicidade à existência da união estável, a fim de gerar presunção absoluta de conhecimento pelos terceiros, afastando, assim, alegações de boa-fé. A segunda, se deve haver tratamento diferenciado, quanto à necessidade de outorga convivencial, entre as hipóteses do inciso I do art. 1.647 (alienar ou gravar de ônus real bens imóveis) e as do inciso III do mesmo artigo (prestar fiança ou aval).

No item 5, em arremate, busca-se examinar novíssimo julgado referente à matéria (Recurso Especial nº 1.663.440/RS, de 16 de junho de 2020), o qual desperta questionamentos acerca de dois pontos principais: [i] o primeiro, de Direito intertemporal, dado que se operou a aplicação do novo entendimento referente à imprescindibilidade da outorga convivencial (nascido, como visto, em acórdão de dezembro de 2014) a negócio celebrado no ano de 2001, antes mesmo, portanto, da entrada em vigor do Código Civil de 2002; [ii] o segundo, quanto ao acerto de invalidar-se, total ou parcialmente, pela falta da anuência do companheiro, garantia real que serviu à própria aquisição do bem pelo casal.

Antes de ingressar no tema da aplicabilidade do art. 1.647 do Código Civil à união estável, é preciso, porém, abrir breve parêntese para discutir a natureza dogmática das restrições ali impostas e as consequências de seu desrespeito, tema do item 2, abaixo.

2. A autorização do art. 1.647 do Código Civil: uma questão de legitimidade

Na dicção do art. 1.647 do Código Civil, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, praticar os atos ali enumerados.

Tal norma encerra hipótese típica de legitimidade³.

³ Nessa linha, a reconhecer se tratar de hipótese de legitimidade: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Regime de bens em casamento de estrangeiros realizado no exterior, com primeiro domicílio conjugal no Brasil. Ineficácia de pacto de alteração de regime de bens posteriormente celebrado de acordo com o direito alemão. Comunhão de aquestos na hipótese de ser aplicado o regime da separação de bens. Anulabilidade, por falta de outorga uxória, de doação com reserva de usufruto de ações pelo cônjuge varão ao filho menor. Nulidade da estipulação de usufruto sucessivo*. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 528; TARTUCE, Flávio. Art. 1.647. In: SCHREIBER, Anderson et al. *Código civil comentado – doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1283;

No que toca ao agente, para que o negócio seja válido, explica Antônio Junqueira de Azevedo, não basta que ele seja capaz, sendo necessário também que seja legitimado para o negócio⁴.

Enquanto a capacidade de agir se refere à situação da pessoa para a prática de negócios jurídicos em geral (ter uma idade mínima, possibilidade de exprimir livremente sua vontade, etc.), o conceito de legitimidade limita os poderes de atuar da pessoa em uma dada relação jurídica. O juízo da legitimidade é feito sempre em concreto, diante de uma determinada relação jurídica, a partir da qual se avalia se aquele agente específico sofre alguma restrição para a prática do ato em discussão – isto é, se possui algum impedimento para agir, naquelas circunstâncias concretas⁵.

Normas que estabelecem situações de falta de legitimidade retiram da parte o poder de movimentar as prerrogativas, os poderes, que o título da posição jurídica em questão confere *in genere*. Como exemplo, a condição de proprietário abrange em regra o poder de livremente dispor do bem, mas, se o agente é casado, não pode, sem autorização do cônjuge, alienar ou gravar de ônus real imóveis, exceto se se tratar do regime da separação absoluta (norma que limita a legitimidade).

Outra diferença entre capacidade e legitimidade reside no sujeito que a norma pretende proteger. Enquanto as hipóteses de incapacidade de agir prestam-se à proteção do próprio incapaz, as normas que estabelecem hipóteses de falta de legitimidade visam a proteger terceiros antes que ao sujeito por elas limitado. Bem de ver que o art. 1.647 é exemplo clássico nesse sentido: seu objetivo, ao demandar a autorização conjugal para a prática do negócio, é resguardar o cônjuge potencialmente prejudicado pela alienação do bem (e, indiretamente, o núcleo familiar como um todo) e não o próprio agente limitado em seus poderes⁶.

Pode-se reconhecer a presença da legitimidade como requisito de validade nas situações em que a lei usa de “impedimentos” e de outras vedações legais para a prática de negócios jurídicos, a despeito de se cumprirem os requisitos do art. 104 do Código Civil (agente capaz; forma prescrita ou não defesa em lei; objeto

⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.

⁵ PEREIRA JR., Antonio Jorge. Título de posição e título de exercício de poderes jurídicos: uma reflexão a partir do conceito de legitimidade no Código Civil de 2002. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 7, abril-junho 2016, p. 54-55; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico – plano da validade. 12ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67-68.

⁶ PEREIRA JR., Antonio Jorge. *Op. cit.*, p. 55-56.

lícito, possível, determinado ou determinável)⁷. Ela está presente nos comandos normativos que limitam condutas de certas pessoas mediante expressões como “não podem”, “não devem”, “estão proibidos”, bem a exemplo do que ocorre no art. 1.647 de que ora se cuida, em cujo *caput* se lê que “nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro [...]”. Outros casos de ilegitimidade previstos na Parte Especial do Código Civil podem ser observados, por exemplo, nas normas que proíbem o tutor de casar com a pupila sem intervenção judicial (art. 1.523, IV), o juiz e os serventuários da justiça de adquirir bem sobre o qual se litigue no lugar onde exercem as funções (art. 497, III), e os ascendentes de promoverem venda a descendentes salvo com o consentimento dos demais descendentes e do cônjuge do alienante (art. 496).

A sanção para a não observância do artigo 1.647, como ocorre, por via de regra, em relação às hipóteses de legitimidade, é a anulabilidade do negócio jurídico, o que, aliás, deflui de forma expressa do art. 1.649⁸⁻⁹.

⁷ A Comissão de Juristas que elaborou o Projeto do Código Civil chegou a cogitar de fazer constar a legitimidade como requisito de validade do negócio jurídico, ao lado da capacidade do agente, da licitude do objeto e da forma prescrita em lei, naquele que viria a ser o atual artigo 104 do Código Civil. Com efeito, uma das versões apresentadas pela Comissão trazia, na redação do inciso I do referido artigo, o texto “a validade do negócio jurídico requer: I) agente capaz e *legitimado* para o ato;”, ideia que acabou, porém, abortada. A despeito de a Parte Geral ter silenciado quanto a configurar a legitimidade um requisito de validade do negócio jurídico, ela seguiu presente em vários pontos da Parte Especial, como se verá a seguir (PEREIRA JR., Antonio Jorge. Op. cit., p. 54-55).

⁸ Art. 1649. “A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.”

⁹ Excepcionalmente, porém, a falta de legitimidade pode atingir apenas o plano da eficácia.

É o que por vezes ocorre na aplicação do inciso III do próprio art. 1.647 (“prestar fiança ou aval”). A Súmula 332 do STJ estabelece que “a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”. Todavia, tal entendimento tem sido relativizado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, em homenagem à boa-fé objetiva, nos casos em que o fiador omite ou presta informação inverídica sobre seu estado civil. Nesses casos, conforme os mais recentes pronunciamentos da Corte, a falta de autorização do cônjuge importa em ineficácia parcial da garantia, não se podendo atingir, em eventual execução, o patrimônio do consorte que não conferiu o consentimento, resguardando-se sua meação. Nesse sentido, por exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE TERCEIRO EM VIRTUDE DE AÇÃO DE DESPEJO E COBRANÇA DE ALUGUÉIS - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA EMBARGANTE. 1. Nos termos do artigo 1.647 do Código Civil, exceto no regime de bens da separação absoluta, é obrigatória a autorização conjugal para a concessão da fiança por um dos cônjuges. 1.1. Nesse contexto normativo, sobreveio a Súmula 332/STJ no sentido de que “a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”. 1.2. Nada obstante, em respeito à cláusula geral da boa-fé objetiva, a jurisprudência desta Corte tem mitigado a incidência da regra de nulidade integral da fiança nos casos em que o fiador omite ou presta informação inverídica sobre seu estado civil. Em tais hipóteses, a meação do cônjuge, cuja autorização não foi concedida/demonstrada, deverá ser preservada. 1.3. Hipótese em que o Tribunal de origem prestigiou a boa-fé do locador, ante a informação errônea do fiador a respeito de seu estado civil, o que ensejou a anulação apenas parcial da fiança prestada sem outorga conjugal, resguardada a meação da esposa. 1.4. Consonância entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1507413/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015)

A outorga conjugal (ou “convivencial” quando aplicada à união estável) pode ser prévia ou, como é mais comum, conferida no próprio ato em que realizado o negócio. Pode ser, também, conferida posteriormente, quando valerá como confirmação, ratificação ou aprovação, apagando o vício de legitimidade até então verificado e impedindo, por conseguinte, a anulação do negócio¹⁰.

Conforme a regra do art. 220 do Código Civil, a anuência ou autorização de outrem, quando necessária à validade do ato – vale dizer, quando sua falta importar em ilegitimidade – deverá constar preferencialmente do próprio instrumento ou “provar-se do mesmo modo que este”. Daí se conclui que, se o ato autorizado for daqueles que devem ser praticados por escritura pública (como ocorre em relação à alienação ou oneração de bem imóvel [art. 1.647, I]), a outorga também deve ser conferida, se em instrumento apartado, por escritura pública¹¹.

Questão importante, inclusive para o debate que se sucederá em relação à união estável, diz respeito à abrangência do art. 1.647 do Código Civil: se aplicável apenas aos bens comuns ou se aplicável também a bens particulares, não comunicáveis.

Quanto ao aval especificamente, impende esclarecer, desde já, que a outorga conjugal só é considerada necessária, conforme a jurisprudência do mesmo STJ, em relação aos títulos regidos pelo próprio Código Civil (isto é, os inominados), não se aplicando tal exigência aos títulos de créditos nominados (típicos), regrados por leis especiais (que constituem, aliás, os mais comuns). Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. AVAL. OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.647, INCISO III, DO CCB, À LUZ DO ART. 903 DO MESMO ÉDITO E, AINDA, EM FACE DA NATUREZA SECULAR DO INSTITUTO CAMBIÁRIO DO AVAL. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DESTE RELATOR. 1. O Código Civil de 2002 estatuiu, em seu art. 1.647, inciso III, como requisito de validade da fiança e do aval, institutos bastante diversos, em que pese ontologicamente constituam garantias pessoais, o consentimento por parte do cônjuge do garantidor. 2. Essa norma exige uma interpretação razoável sob pena de descaracterização do aval como típico instituto cambiário. 3. A interpretação mais adequada com o referido instituto cambiário, voltado a fomentar a garantia do pagamento dos títulos de crédito, à segurança do comércio jurídico e, assim, ao fomento da circulação de riquezas, é no sentido de limitar a incidência da regra do art. 1.647, inciso III, do CCB aos avais prestados aos títulos inominados regrados pelo Código Civil, excluindo-se os títulos nominados regidos por leis especiais. 4. Precedente específico da Colenda 4ª Turma. 5. Alteração do entendimento deste relator e desta Terceira Turma. 6. Recurso Especial desprovido. (REsp 1526560/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 16/05/2017)

De qualquer forma, em relação ao aval prestado em títulos inominados (que exigem a outorga), não havendo razão para tratamento distinto daquele conferido à fiança, a solução também deve ser apenas a ineficácia parcial, na hipótese de o avalista omitir ou prestar informação errada acerca da existência de união estável.

¹⁰ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Art. 1.647. In: Giovanni Ettore Nanni (coord.). Comentários ao código civil – Direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 2037. O parágrafo único do art. 1.649 do Código Civil dispõe, de forma expressa, nesse sentido: “A aprovação torna válido o ato [...]”.

¹¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil, v. VI – Famílias. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 344.

Há entendimento de que a necessidade de anuência é restrita aos bens comuns, com fundamento especialmente em outra norma do Código Civil, qual seja o art. 1.665¹². Tal preceito, inserido na regulamentação do regime da comunhão parcial, dispõe que “a administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.”

Não parece ser esta a interpretação adequada, contudo.

A linha majoritária é a de que a autorização é necessária também em relação aos bens particulares. Três são os argumentos principais. O primeiro, de que o art. 1.647 não distingue expressamente entre bens comuns e bens particulares. O segundo, de que a incomunicabilidade dos bens excluídos da comunhão (art. 1.668) não se estende aos frutos que se percebam ou vençam durante o casamento (art. 1.669), daí porque a alienação ou oneração, mesmo de bens particulares, interessa ao núcleo familiar. O terceiro, de que não haveria propriamente uma antinomia entre os artigos 1.647 e 1.665, sendo possível interpretá-los conjunta e harmonicamente, no sentido de que a administração e a disposição dos bens particulares competem ao cônjuge proprietário, que necessita, porém, para aliená-los ou gravá-los, da anuência do outro¹³.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama adverte, inclusive, que, quanto aos bens comuns, em rigor não seria adequado exigir para a alienação ou oneração deles apenas a anuência do outro cônjuge, pois, estando o bem na verdade em estado de mancomunhão, o mais correto seria que ambos os cônjuges constassem, em se tratando por exemplo de uma compra e venda, como vendedores¹⁴. Contudo, na

¹² Nesse sentido, por exemplo: DELGADO, Mário Luiz. A união estável e os negócios imobiliários (*STJ – REsp 1.424.275/MT*). In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano I, nº 4, jan-fev 2015, p. 121.

¹³ Nessa linha: BERENICE DIAS, Maria. Manual de direito das famílias. 13ª Ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 675; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Art. 1.647. In: Cezar Peluso [coord.]. Código Civil Comentado. 5ª Ed. Barueri: Manole, 2011, p. 1876; NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Op. cit., p. 2037 e 2052; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 342. Na mesma linha, o Enunciado 340 da IV Jornada de Direito Civil: “No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis.”

¹⁴ Antônio Junqueira de Azevedo distinguia “legitimidade” de “legitimação”. Ao cônjuge que aliena bem comum sem anuência e sem que o outro cônjuge figure como contratante faltaria tanto “legitimidade” (pela falta de anuência) como “legitimação” (por alienar coisa que não lhe pertence na totalidade). A legitimação, sustentava o autor, resultaria do poder de dispor de algo, frente à posição do sujeito em relação à *res* (no caso, o cônjuge que aliena a parte ideal do outro não tem poderes para fazê-lo, por não ser proprietário dessa parte ideal). Já a legitimidade resulta de uma relação jurídica do sujeito com outra pessoa – na hipótese, o vínculo conjugal a exigir a outorga uxória (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Regime de bens em casamento de estrangeiros realizado no exterior, com primeiro domicílio*

prática, o que é especialmente verdadeiro em relação à união estável, são frequentes os casos de imóveis cujos títulos de aquisição, embora celebrados na constância do casamento ou da união estável, encontram-se apenas em nome de um dos cônjuges ou companheiros, de modo que, formalmente, apenas um deles figura como proprietário. Nesse contexto particular, a simples concessão de outorga – ao invés de constarem ambos os cônjuges ou companheiros como vendedores – afigura-se solução aceitável, em consideração inclusive ao princípio da continuidade registral (embora não reflita, em rigor, o estado patrimonial dos sujeitos em relação ao bem)¹⁵.

3. Exposição da controvérsia em relação à união estável

Como se sabe, às uniões estáveis aplica-se, por força do art. 1.725 do Código Civil, o regime da comunhão parcial de bens, salvo eventual disposição em contrário em contrato de convivência.

Nesse regime, os bens amealhados durante a união, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade (artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil), passam a ser de propriedade comum (mancomunhão). Há uma presunção de comunicabilidade, competindo ao interessado em livrar determinado bem dessa condição o ônus de provar alguma das exceções legais.

Destarte, se aquele que vive em união estável conforme o regime da comunhão parcial adquire um bem, ainda que o faça em nome próprio, figurando como único adquirente no título, ele não se torna seu titular exclusivo, passando o bem a integrar a mancomunhão por força direta da lei, ressalvadas apenas as hipóteses de incomunicabilidade¹⁶.

Diante desse estado de mancomunhão, o titular nominal do domínio, ainda que figure como único proprietário no registro imobiliário, não pode aliená-lo ou onerá-lo sozinho, sendo necessária a expressa manifestação de concordância do outro companheiro. Falta-lhe “legitimação” para tanto, na expressão utilizada por

conjugal no Brasil. Ineficácia de pacto de alteração de regime de bens posteriormente celebrado de acordo com o direito alemão. Comunhão de aquestos na hipótese de ser aplicado o regime da separação de bens. Anulabilidade, por falta de outorga uxória, de doação com reserva de usufruto de ações pelo cônjuge varão ao filho menor. Nulidade da estipulação de usufruto sucessivo. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 528).

¹⁵ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Op. cit., p. 2037.

¹⁶ BERENICE DIAS, Maria. *Manual de direito das famílias*. 13ª Ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 594.

Antônio Junqueira de Azevedo, na medida em que não sendo proprietário da coisa em sua integralidade não tem poderes para dela dispor sozinho (ver nota “13” acima). Se o faz, promove, em rigor, venda “*a non domino*” no que concerne à parte ideal de seu companheiro¹⁷.

Em verdade, se considerada aplicável a regra do art. 1.647 à união estável, a necessidade de outorga convivencial se estenderia até mesmo aos negócios envolvendo bens particulares, não integrantes da mancomunhão, conforme entendimento majoritário já exposto no item anterior. Quanto a estes bens particulares, o problema seria estritamente de “legitimidade”, mercê da violação à norma do art. 1.647 (não obtenção da autorização, quando ela é fixada como imprescindível), mas não de “legitimação” (pois não se estaria a alienar bem pertencente, em parte, a outrem).

O problema – tanto em uma hipótese como em outra (bem comum ou particular) – é muito mais candente na união estável do que no casamento. Afinal, o estado civil de uma pessoa não é alterado com a constituição da união estável, mantendo-se como solteiro, viúvo ou divorciado, não se refletindo a condição de companheiro nos documentos pessoais do indivíduo¹⁸. Além disso, a prescindibilidade de registros públicos para a constituição e a desconstituição da união estável traz dúvida e insegurança quanto à formação e duração dessas relações¹⁹. Tudo isso facilita a ocorrência de alienações unilaterais sem o conhecimento e a anuência do outro companheiro, seja de bens particulares, seja de bens comuns²⁰, ao mesmo

¹⁷ É o que sustenta Zeno Veloso na seguinte passagem: “Tratando-se de imóvel adquirido por título oneroso na constância da união estável, ainda que só em nome de um dos companheiros, o bem entra na comunhão, é de propriedade de ambos os companheiros, e não bem próprio, privado, exclusivo, particular. Se um dos companheiros vender tal bem, sem a participação no negócio do outro companheiro, estará alienando – pelo menos em parte – coisa alheia, perpetrando uma venda ‘*a non domino*’, praticando ato ilícito. O companheiro, no caso, terá de assinar o contrato, nem mesmo porque é necessário seu assentimento, mas, sobretudo, pela razão de que é, também, proprietário, dono do imóvel.” (Código Civil Comentado. v. 17. São Paulo: Atlas, 2003, p. 144)

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Forense. 2020, p. 206; DELGADO, Mário Luiz. Op. cit., 121.

¹⁹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 345.

²⁰ Álvaro Villaça Azevedo, logo após a entrada em vigor do Código Civil, já manifestava preocupação com a possibilidade de o patrimônio comum do casal ser dilapidado por um dos companheiros, mediante alienações unilaterais: “O maior perigo está na alienação unilateral de um bem, por um dos companheiros, ilaqueando a boa-fé do terceiro, em prejuízo da cota ideal do outro companheiro, omitindo ou falsamente declarando seu estado concubinário. Nesse caso, o companheiro faltoso poderá estar, conforme a situação, se o bem for do casal, alienando *a non domino*, a parte pertencente ao outro, inocente.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável - Jurisprudência, evolução legislativa e novo Código Civil. In: Revista CEJ 25, junho/ 2004, p. 47-57).

O Projeto de Lei nº 2.686/96 (conhecido como “Estatuto da União Estável”), para o qual contribuiu o referido jurista, e que acabaria arquivado pelo Congresso Nacional, tinha em seu artigo 5º uma previsão

tempo em que dificulta ao outro contratante (ao adquirente ou ao beneficiário de determinado ônus real, nas hipóteses do inciso I; ao credor de uma garantia fidejussória, nas hipóteses do inciso III) tomar conhecimento da própria existência da união estável ao tempo da realização do negócio.

Muito diferente é a situação quanto ao casamento. Ato solene por natureza, o casamento implica verdadeira alteração do estado civil da pessoa, com reflexos em seus documentos pessoais. O *status* de casado ordinariamente consta dos títulos de aquisição do domínio e, em muitos casos, acaba averbado junto à matrícula do bem imóvel. Nesse contexto, somente em situações muito excepcionais poderia o adquirente sustentar validamente que ignorava a necessidade de outorga conjugal para a prática do ato (vale dizer, que agiu com boa-fé subjetiva)²¹.

O ideal seria, sem dúvida, que as pessoas que vivem em união estável, para incrementar a segurança deles e de terceiros, cuidassem sempre de registrar o patrimônio adquirido na constância da convivência diretamente em nome dos dois companheiros, obrigando, assim, [i] a participação de ambos em eventual alienação ou a [ii] partilha do bem quando da dissolução da entidade familiar²². Do contrário, se o bem comum acaba registrado apenas em nome de um deles, abre-se a oportunidade para que o outro companheiro seja vítima de fraude, dado que, do ponto de vista registral, não haverá óbice a uma alienação também unilateral, sem sua participação e anuência (o que não quer dizer que tal negócio não possa, como se verá adiante, ser anulado posteriormente, a depender da presença de determinados requisitos).

O problema da aplicação do art. 1.647 do Código Civil à união estável traz, como é fácil perceber, um conflito de valores socialmente relevantes. De um lado, uma opção pela invalidação dos negócios celebrados sem a outorga convivencial serve aos interesses de proteção do núcleo familiar (em linha com a tendência de

que tentava resolver o problema pelo ângulo criminal (da omissão ou da falsidade da declaração quanto à existência da união estável): “Nos instrumentos que visem a firmar com terceiros, os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto de negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos entre os companheiros e aplicadas as sanções penais cabíveis.” (MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 918)

²¹ CASTELHO BRANCO SOBRINHO, Bernardo Mendes. *Alienação imobiliária e união estável – Validade e eficácia*. In: Alexandre Guerra; Marcelo Benacchio (coord.), *Direito imobiliário brasileiro – Novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 582.

²² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, p. 347.

progressiva equiparação da união estável com o casamento)²³, ao mesmo tempo em que resguarda os companheiros contra alienações unilaterais praticadas pelos seus conviventes, o que é especialmente grave se o bem for comum. De outro, é preciso ponderar que dificilmente o adquirente de um, o beneficiário de um ônus real ou o credor de uma garantia fidejussória terão condições de conhecer a existência da união estável da parte contrária, porque esta não implica alteração do estado social, não se traduz nos documentos pessoais do contratante e raramente encontra-se averbada no fólio imobiliário.

O Superior Tribunal de Justiça, como se verá no próximo item, adotará uma solução intermediária, em uma tentativa de harmonizar esses interesses relevantes, porém contraditórios entre si.

4. Uma tendência de transição na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: da validade do negócio feito sem outorga convivencial para a invalidade mitigada por considerações de boa-fé do adquirente

Até data muito recente (fins de 2014, aproximadamente), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era firme no sentido de que não dependiam de outorga, em qualquer hipótese, os negócios praticados por companheiros. Dito de outro modo: a ausência da anuência expressa não importava falta de legitimidade, e, desta forma, não afetava a validade do negócio jurídico²⁴.

Isso, saliente-se, mesmo em relação aos bens comuns, adquiridos na constância da união estável, em relação aos quais eventual alienação unilateral representava verdadeira venda *a non domino*.

As razões apontadas para suportar esse entendimento eram duas.

Por primeiro, alegava-se que a regra do art. 1.647 do Código Civil, que se referia expressamente aos cônjuges, por ser do tipo que restringe direitos (no

²³ Uma diretriz que certamente se acentua com o julgamento do Tema 498 pelo Supremo Tribunal Federal, que, embora se refira diretamente apenas à inconstitucionalidade da distinção entre regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, partiu, em sua fundamentação, da premissa da inexistência de uma hierarquia entre as formas de família, especialmente para fins de proteção estatal, só se afigurando “legítima qualquer diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.” (STF, RE 878694, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017)

²⁴ Nesse sentido, por exemplo: REsp 952.141/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 28/06/2007, DJ 01/08/2007; REsp 1299866/DF, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 21/03/2014.

caso, a liberdade de dispor), só poderia receber interpretação restritiva, o que afastaria sua extensão à união estável.

Mas não só. Sendo a união estável uma reunião de fato, que não altera o estado civil das pessoas, nem pressupõe registro público para se constituir e também para se desfazer, seria necessário, em nome da segurança jurídica, resguardar os interesses do terceiro de boa-fé (seja ele o adquirente, o beneficiário do ônus real ou o credor em favor de quem a garantia pessoal foi constituída), na medida em que este terceiro quase sempre estaria impossibilitado de tomar conhecimento da existência da união estável e de seu período de vigência.

Essa seria uma situação em que, conforme tais julgados, a diversidade de tratamento entre casamento e união estável seria legítima, porque lastreada em uma diferença real, de natureza, entre as duas instituições: enquanto o casamento é um ato jurídico cartorário e solene, que altera o estado civil e geralmente alcança o registro imobiliário, a união estável é uma reunião de fato, que não pressupõe registro e que geralmente não tem reflexos no fôlio imobiliário (a não ser que os próprios conviventes cuidem de fazer a averbação)²⁵.

Os julgados partiam de uma constatação do que ordinariamente se

²⁵ A ementa do REsp 1299866/DF, julgado pela Quarta Turma, sob a Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, é esclarecedora desse entendimento:

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIANÇADA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 332/STJ.

1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles.

2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento - por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição.

3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar -, porquanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.

5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.299.866/DF, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 21/03/2014)

observava na realidade – boa-fé do terceiro, incapaz, muitas vezes, de ter condições de constatar a existência da união estável – para concluir pela desnecessidade da outorga em quaisquer casos. Uma regra construída a partir da observação da realidade, mas que não permitia nenhuma modulação em concreto.

Se, por um lado, tal concepção tinha o mérito da clareza e de proporcionar segurança, afinal tornava a outorga desnecessária em todos os casos de união estável, por outro, tinha pelo menos um defeito grave, qual seja o de permitir alienações unilaterais, mesmo de bens comuns, sem o conhecimento e anuência de ambos os companheiros, ainda que o adquirente não estivesse de boa-fé (tendo ciência da união estável e talvez agindo até mesmo em conluio com o vendedor, auxiliando-o a dissipar o patrimônio).

Por essa solução, ante a validade do negócio, o direito do companheiro prejudicado pela alienação do bem comum se deslocaria para o valor obtido com a alienação, a ser pleiteado perante o outro companheiro em ação específica para esse fim ou em eventual partilha do patrimônio do casal, ficando o companheiro lesado, ainda, nessas condições, com o risco relacionado à possível insolvência do fraudador, acidental ou forjada, no momento em que este for chamado a restituir o valor correspondente à meação.

A mudança de perspectiva se dá com o julgamento do Recurso Especial nº 1.424.275/MT, pela Terceira Turma, de Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ocorrido em 04/12/2014.

Nesse julgado, sustenta-se que a autorização de ambos os companheiros é, sim, necessária nas hipóteses do art. 1.647 do Código Civil, mas que a validade ou invalidade do negócio jurídico depende da análise, em concreto, da boa-fé do terceiro.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino consigna, em seu voto, que a necessidade de autorização de ambos os companheiros nesses atos é um consectário, primeiro, do condomínio natural que se forma entre os companheiros, desde o advento do art. 5º da Lei nº 9.278/96, sobre os bens adquiridos na constância da união (a tornar a alienação unilateral, feita por um dos conviventes sem a anuência do outro, verdadeira venda “a non domino”) e, segundo, do regime da comunhão parcial de bens, estendido à união estável pelo art. 1.725 do CCB, do qual as limitações derivadas do art. 1.647 seriam integrantes.

Aduz que, para além da subsunção às normas referidas, a exigência

de anuência também derivaria do fato de que a mesma *ratio* que imbuíu o legislador a estabelecer a outorga conjugal em relação ao casamento também estaria presente em relação à união estável – vale dizer, a proteção da família, com a qual se comprometeu o Estado inclusive em nível constitucional.

Todavia, em que pese a outorga convivencial ser necessária, não se pode descurar, pondera o Ministro Relator, dos interesses dos terceiros de boa-fé, ante as peculiaridades da união estável, que não requer formalidades especiais nem para sua constituição, nem para sua desconstituição.

Diante disso, apenas se poderia cogitar de anulação do negócio se houver [i] prévia e ampla notoriedade da relação, manifestada mediante averbação do contrato de convivência ou da sentença que declara a união estável na matrícula do imóvel, ou [ii] mediante prova da má-fé do adquirente (compreendida aqui como o oposto da boa-fé subjetiva – isto é, como o conhecimento específico da existência da união estável e, por conseguinte, do vício do ato)²⁶. Fora desses dois contextos, a validade do negócio deve ser preservada, a despeito da ausência da outorga convivencial. Merece transcrição, pela sua clareza, o seguinte trecho do voto condutor:

“Preocupado, todavia, com os interesses de terceiros de boa-fé e, assim, com a segurança jurídica necessária para o fomento do comércio jurídico, tenho que os efeitos da inobservância da autorização conjugal em sede de união estável dependerão, para a sua produção, ou seja, para a eventual anulação da alienação do imóvel que integra o patrimônio comum, da existência de uma prévia e ampla notoriedade dessa união estável.

No casamento, ante a sua peculiar conformação registral, até mesmo porque dele decorre a automática alteração de estado de pessoa e, assim, dos documentos de identificação dos indivíduos, é ínsita essa ampla e irrestrita publicidade.

Projetando-se tal publicidade à união estável, tenho que a anulação da alienação do imóvel dependerá da averbação do contrato de convivência ou do ato decisório que declara a união no Registro Imobiliário em que inscritos os imóveis adquiridos na

²⁶ Enquanto a boa-fé subjetiva, de que aqui se cuida, consiste num estado psicológico de errônea crença, decorrente de uma ignorância do agente ou de uma aparência de direito, a boa-fé objetiva traduz verdadeira regra de conduta, padrão de comportamento (*standard*), que incorpora o agir leal, probo e colaborativo esperado das partes nas relações negociais (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado – Critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 41-42)

constância da união.

[...]

Em outras palavras, nas hipóteses em que os conviventes tornem pública e notória a sua relação, mediante averbação no registro de imóveis em que cadastrados os bens comuns, do contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência da união estável, não se poderá considerar o terceiro adquirente do bem como de boa-fé, assim como não seria considerado caso se estivesse diante da venda de bem imóvel no curso do casamento.

Contrariamente, não havendo o referido registro da relação na matrícula dos imóveis comuns, ou não se demonstrando a má-fé do adquirente, deve-se presumir a sua boa-fé, não sendo possível a invalidação do negócio que, à aparência, foi higidamente celebrado.”²⁷

O mesmo entendimento, endossado praticamente por idênticos argumentos, viria a ser posteriormente referendado em outro julgado da mesma Terceira Turma (REsp 1.592.072/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 21/11/2017)²⁸.

²⁷ REsp 1.424.275/MT, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 16/12/2014.

²⁸ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA C.C. CANCELAMENTO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. 1. ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS ADQUIRIDOS DURANTE A CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. ANUÊNCIA DO OUTRO CONVIVENTE. OBSERVÂNCIA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.647, I, E 1.725 DO CÓDIGO CIVIL. 2. NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO SEM A AUTORIZAÇÃO DE UM DOS COMPANHEIROS. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DO TERCEIRO DE BOA-FÉ EM RAZÃO DA INFORMALIDADE INERENTE AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL. 3. CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONTRATO DE CONVIVÊNCIA REGISTRADO EM CARTÓRIO, BEM COMO DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DOS ADQUIRENTES. MANUTENÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS QUE SE IMPÕE, ASSEGURANDO-SE, CONTUDO, À AUTORA O DIREITO DE PLEITEAR PERDAS E DANOS EM AÇÃO PRÓPRIA. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Revela-se indispensável a autorização de ambos os conviventes para alienação de bens imóveis adquiridos durante a constância da união estável, considerando o que preceitua o art. 5º da Lei n.

9.278/1996, que estabelece que os referidos bens pertencem a ambos, em condomínio e em partes iguais, bem como em razão da aplicação das regras do regime de comunhão parcial de bens, dentre as quais se insere a da outorga conjugal, a teor do que dispõem os arts. 1.647, I, e 1.725, ambos do Código Civil, garantindo-se, assim, a proteção do patrimônio da respectiva entidade familiar.

2. Não obstante a necessidade de outorga convivencial, diante das peculiaridades próprias do instituto da união estável, deve-se observar a necessidade de proteção do terceiro de boa-fé, porquanto, ao contrário do que ocorre no regime jurídico do casamento, em que se tem um ato formal (cartorário) e solene, o qual confere ampla publicidade acerca do estado civil dos contratantes, na união estável há preponderantemente uma informalidade no vínculo entre os conviventes, que não exige qualquer documento, caracterizando-se apenas pela convivência pública, contínua e duradoura.

3. Na hipótese dos autos, não havia registro imobiliário em que inscritos os imóveis objetos de alienação em relação à copropriedade ou à existência de união estável, tampouco qualquer prova de má-fé dos adquirentes dos bens, circunstância que impõe o reconhecimento da validade dos negócios jurídicos celebrados, a fim de proteger o terceiro de boa-fé, assegurando-se à autora/recorrente o direito de

Tais precedentes trazem, como se percebe, uma mudança substancial, sob o ponto de vista dogmático, em relação à linha anterior: da desnecessidade da outorga convivencial, não importando sua ausência invalidade em nenhuma circunstância, para a necessidade da referida outorga, dependendo, porém, a validade ou invalidade do negócio de uma análise em concreto (se o terceiro tinha conhecimento da união estável [má-fé] ou se deveria ter conhecimento da união estável [ante a averbação do contrato de convivência ou da sentença declaratória na matrícula do bem]).

Porém, mesmo em face dessa nova perspectiva, não se acredita que, na prática, a anulação venha a se tornar solução frequente, dada [i] a dificuldade de produzir prova de que o terceiro tinha conhecimento específico da união estável e [ii] de não constituir prática usual entre os conviventes (pelo menos até o momento, o que pode ser alterado justamente pelo incentivo conferido por esse novo entendimento) promover a averbação da união estável na matrícula dos imóveis. Nos dois julgados referidos, aliás, em que adotada a nova posição (REsp 1.424.275/MT e REsp 1.592.072/PR), não se concluiu pela invalidação, justamente porque ausentes tais requisitos. Se algum dia essa realidade se alterar – no sentido de se tornar mais frequente a averbação – aí o que se espera é que os adquirentes não aceitem promover negócios sem a outorga, a também tornar rara a anulação.

Todavia, apesar destes dois pronunciamentos, parece cedo para afirmar que eles reflitam um novo entendimento da Corte como um todo, já consolidado.

Isso porque os dois julgados são oriundos da mesma 3ª Turma. Quanto à 4ª Turma, o último caso decidido acerca da matéria é o Recurso Especial nº 1.299.866/DF, de Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, mencionado acima, ainda no sentido da desnecessidade da outorga (vide nota “24”). Falta, portanto, aguardar a pacificação do tema na 2ª Seção do Tribunal, composta justamente pelas duas Turmas referidas.

De qualquer modo, ainda que não se trate de entendimento consolidado, cumpre explorar duas linhas dele derivadas. A primeira concernente ao

buscar as perdas e danos na ação de dissolução de união estável c.c partilha, a qual já foi, inclusive, ajuizada.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.592.072/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 18/12/2017)

tipo de ato registral que asseguraria a publicidade exigida para a anulação. A segunda quanto à sua aplicação aos negócios do inciso III do art. 1.647 do Código Civil (prestação de fiança ou aval).

4.1 O ato registral capaz de conferir publicidade à união estável para os fins do art. 1.647

O v. acórdão do REsp 1.424.275/MT já indica, expressamente, em sua fundamentação, medida capaz de projetar a publicidade da união estável perante terceiros, para os fins do art. 1.647: averbação do contrato de convivência ou do ato decisório que declara a união estável na matrícula do bem de propriedade comum.

Apesar de não previstos especificamente no rol do inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015/73 (LRP), esses dois eventos (escritura de contrato de convivência e sentença judicial que declara a união estável) bem se enquadram na categoria genérica de atos que “de qualquer modo, tenham influência no registro ou nas pessoas nele interessadas” (nº 05), sendo uma inscrição útil, à vista inclusive do efeito de publicidade de que ora se trata. Com efeito, não faria sentido que apenas atos concernentes à sorte do casamento pudessem ser registrados ou averbados, especialmente quando se tem em conta a semelhança progressiva de tratamento, quanto aos efeitos, que se observa entre companheiros e cônjuges²⁹.

Nessa linha, a Egrégia Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo estabelece expressamente no item 9, b, 5, de suas Normas de Serviço (tomo II), a averbação “de outras circunstâncias que, de qualquer modo, tenham influência no registro e nas pessoas nele interessadas, inclusive [...] da união estável declarada judicialmente ou estabelecida por escritura pública registrada no Livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais.” Já os itens 9, a, 11 e 78, d, das mesmas NSCGJ, determinam o registro no Livro III, Registro Auxiliar, de escrituras públicas que disponham sobre o regime de bens dos companheiros na união estável³⁰.

²⁹ RINALDI, Giovanna Truffi. A união estável e sua necessária inscrição no registro de imóveis para proteção patrimonial e segurança jurídica. In: Revista de Direito Imobiliário. Ano 39. Vol. 81. Jul-dez 2016, p. 648; BERENICE DIAS, Maria. Registro da União Estável. Disponível em <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/128011417/artigo-registro-da-uniao-estavel-por-maria-berenice-dias>>. Acesso em 30/08/2020.

³⁰ O livro 3, Registro Auxiliar, é dedicado, como se sabe, ao registro de atos que, “sendo atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, não digam respeito diretamente a imóvel matriculado.” (art. 177 da LRP).

É importante ter em mente que tal averbação da sentença ou da escritura de convivência na matrícula é uma faculdade dos companheiros e não um dever. Sem ela, entretanto, não haverá a publicidade da união estável em relação a terceiros para os fins do art. 1.647, restando ao companheiro prejudicado o ônus de provar que, a despeito da ausência da averbação, o terceiro tinha conhecimento específico da existência da união estável por outros meios (prova de dificuldade considerável, diga-se de passagem)³¹.

Interessante mencionar que o Provimento nº 37, de 07/07/2014, do Conselho Nacional de Justiça, faculta também o registro da sentença declaratória de reconhecimento e dissolução de união estável, bem como da escritura pública de contrato e distrato envolvendo união estável, no Livro “E” do Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca em que os companheiros têm ou tiveram seu último domicílio. A questão que se coloca, nesse ponto, é justamente se a realização de tal registro no Livro “E” do Registro Civil tem também eficácia perante terceiros para as hipóteses do art. 1.647.

A resposta deve ser negativa.

Em que pese, conforme o art. 6º do Provimento CNJ nº 37/14, esse registro da união estável deva ser anotado nos atos anteriores dos companheiros, com remissões recíprocas, o art. 5º é claro ao prescrever que ele produzirá efeitos patrimoniais apenas entre os companheiros, não prejudicando terceiros que não tiverem participado da escritura pública, nem que não estiverem submetidos à eficácia da coisa julgada da sentença declaratória de reconhecimento e/ou dissolução da união estável (fazendo remissão, aqui, ao antigo 472 do CPC/1973, substituído, agora, pelo art. 506 do CPC/2015)³².

Ademais, se quanto ao pacto antenupcial é exigida a averbação no Registro de Imóveis para que tenha efeitos perante terceiros (art. 1.657 do Código Civil e art. 167, II, 1, da LRP), necessário reconhecer que o mesmo resultado, em relação à escritura de contrato de convivência e à sentença que reconhece a união estável, também demande averbação na matrícula do bem, não bastando o tal

³¹ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 920.

³² Difícil inclusive pensar que o Conselho Nacional de Justiça poderia dispor de forma diversa, na medida em que não há lei a autorizar eficácia perante terceiros desse registro no Livro “E” do Registro Civil das Pessoas Naturais. Qualquer iniciativa para além do que consta do art. 5º representaria, nessa linha, extrapolação do poder regulamentar atribuído ao aludido órgão.

Registro no Livro “E” do Registro Civil das Pessoas Naturais³³.

Não é à toa, portanto, que os julgados referidos (REsp 1.424.275/MT e REsp 1.592.072/PR) omitem esse registro no Livro “E”, mencionando apenas a averbação na matrícula do bem.

4.2. Incoerências entre os tratamentos conferidos às hipóteses dos incisos I e III do art. 1.647 do Código Civil

Mesmo após os pronunciamentos referidos da 3ª Turma do STJ (REsp 1.424.275/MT e REsp 1.592.072/PR), que assentaram a necessidade de outorga convivencial em casos que cuidavam de alienações de imóveis (art. 1.647, I), com os temperamentos descritos em atenção ao terceiro adquirente de boa-fé, dois julgados da mesma 3ª Turma, a expor inegável contradição, reafirmaram, invocando precedentes antigos, a dispensa de outorga convivencial para os casos de fiança e aval do inciso III (lembrando que, quanto ao aval, a outorga, mesmo em se tratando de casamento, não é exigida quanto aos títulos de crédito regidos por leis especiais [vide nota “8”, acima]). Trata-se do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 841.104/DF³⁴ e do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.711.164/DF³⁵, ambos de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

³³ No Estado de São Paulo, especificamente, parece adequado sustentar, diante da redação do item 9, b, 5, das NSCGJ, já transcrito (que autoriza a averbação “de outras circunstâncias que, de qualquer modo, tenham influência no registro e nas pessoas nele interessadas, inclusive [...] da união estável declarada judicialmente ou estabelecida por escritura pública registrada no Livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais.”), que o oficial poderá exigir, para promover a averbação da escritura pública no fôlio imobiliário, seu prévio registro no Livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais. Vale dizer, em arremate: só a averbação na matrícula gera a eficácia perante terceiros para os fins do art. 1.647 do Código Civil, mas ela pressuporia, conforme as normas da Corregedoria Geral de São Paulo, o registro da escritura no Livro E do Registro Civil (exigência não feita, aliás, em relação à sentença declaratória da união estável).

³⁴ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FIANÇA. UNIÃO ESTÁVEL. OUTORGA UXÓRIA. INEXISTÊNCIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. SÚMULA Nº 332/STJ. INAPLICABILIDADE. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA. POSSIBILIDADE. MEAÇÃO DO CÔNJUGE. 1. Não é nula, nem anulável, a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula nº 332/STJ. Precedentes. 2. É possível que os bens indivisíveis sejam levados à hasta pública por inteiro, reservando-se ao cônjuge meeiro do executado a metade do preço obtido. Precedentes. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 841.104/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 27/06/2016)

³⁵ AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE IMÓVEL. UNIÃO ESTÁVEL. OUTORGA UXÓRIA. DESNECESSIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Na hipótese, rever o entendimento do tribunal local, que reconheceu que a aquisição do imóvel se deu na constância da união estável, esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ. 3. Não se conhece de afronta a dispositivos legais

Como visto, tanto no REsp 1.424.275/MT, como no REsp 1.592.072/PR, os votos condutores assentavam-se no argumento de que a necessidade da outorga convivencial era um consectário do regime da comunhão parcial de bens, estendido à união estável pelo art. 1.725 do CCB, do qual as limitações derivadas do art. 1.647 seriam integrantes. Colhe-se, ainda, de ambos os julgados, que a mesma *ratio* que havia animado o legislador a estabelecer a outorga conjugal em relação ao casamento – vale dizer, a proteção da família – também estaria presente em relação à união estável. Ora, se essas linhas de argumentação valem para as hipóteses do inciso I, também devem ser aplicadas, por coerência, às hipóteses do inciso III.

Desta forma, a outorga convivencial também deveria ser tida como necessária em relação à fiança e ao aval³⁶ – e não como dispensável, como consta expressamente dos acórdãos referidos.

Como, porém, em relação a essas garantias não faz sentido a ressalva da averbação do contrato de convivência ou da sentença na matrícula do imóvel, o negócio só poderia ser tido como ineficaz (para usar a expressão da Súmula 332 do STJ) se demonstrada a má-fé do credor da dívida garantida pela fiança ou pelo aval (no sentido de que ele tinha conhecimento de que o fiador ou avalista mantinha união estável). Não produzida tal prova da má-fé – ônus de quem alega – a fiança e o aval deveriam ser tidos como eficazes.

Todavia, este resultado precisa ser conjugado com a jurisprudência consolidada do mesmo Tribunal quanto aos efeitos da falta de outorga em relação ao casamento, para não gerar situações diferentes entre os dois tipos de família. Como visto na mesma nota “8” retro, embora a Súmula 332 do STJ estabeleça que “a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”, a jurisprudência mais recente vem abrandando tal regra para mitigar a ineficácia total, em respeito à boa-fé do terceiro, nos casos em que o fiador omite ou presta informação inverídica sobre seu estado civil, situação em que ocorre a ineficácia

não analisados pela instância ordinária, haja vista a ausência de prequestionamento. 4. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de não ser nula, nem anulável, a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro, e de ser possível que os bens indivisíveis sejam levados à hasta pública por inteiro, reservando-se ao cônjuge meeiro do executado a metade do preço obtido. 5. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no REsp 1.711.164/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/09/2018, DJe 27/09/2018)

³⁶ Com a ressalva, mais uma vez, de que a outorga só é necessária, em relação ao aval, quanto aos títulos inominados regidos pelo Código Civil, situação rara na prática.

parcial da garantia, a fim de preservar tão somente a meação do cônjuge que não prestou a anuência para o ato.

Ora, se é assim, conjugando todos os elementos acima, parece que as soluções mais adequadas seriam as seguintes, sempre partindo, porém, da premissa de que a autorização convivencial é necessária, como consectário do regime da comunhão parcial de bens, do qual o art. 1.647, em sua integralidade, é parte integrante:

(i) Se a existência da união estável era do conhecimento do credor da dívida garantida (que estava, assim, de má-fé), a garantia deve ser tida como integralmente ineficaz, na linha do que dispõe a Súmula 332 do STJ, como forma de proteger o núcleo familiar e punir o credor de má-fé;

(ii) Se o companheiro que prestou a garantia omitiu a união estável, mas esta não era do conhecimento do credor da dívida garantida (que estava, assim, de boa-fé), a fiança ou aval, em que pese a falta de outorga convivencial, deve ser tida como parcialmente ineficaz, resguardando-se a meação do companheiro que não participou do negócio.

Interessante notar que, em ambos os julgados referidos (AgInt no AREsp 841.104/DF e AgInt nos EDcl no REsp 1.711.164/DF), apesar de se consignar que a outorga convivencial é dispensável, chegou-se à conclusão de que deveria ser, de qualquer modo, resguardada a meação do companheiro que não prestou a autorização (reservando-lhe a metade do preço obtido em hasta pública sobre o bem comum penhorado). Não consta da fundamentação desses julgados a razão desta proteção à meação, apesar da dispensa da vênua convivencial – no caso do casamento, vale lembrar, essa ineficácia parcial, que resguarda a meação do cônjuge que não prestou a anuência à fiança ou ao aval, foi construída a partir de uma relativização da incidência da Súmula 332, que prescreve a ineficácia total.

Da forma como consta nesses julgados (desnecessidade pura e simples da outorga convivencial nos casos de fiança e aval), não há espaço, em relação à união estável, para a distinção acima traçada entre situações de ineficácia total (por ter o credor da dívida garantida ciência da união estável) e ineficácia parcial (quando não tem o credor esta ciência), sendo todos os casos tratados como de ineficácia parcial.

5. Dúvidas e refinamentos derivados de um novo julgamento: o Recurso

Especial nº 1.663.440/RS, de 16 de junho de 2020

O julgamento de um novo caso referente à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, em data bastante recente (16 de junho de 2020), insere novos elementos na discussão acerca da necessidade ou não de outorga convivencial nas hipóteses do artigo 1.647 do Código Civil, bem como dos possíveis efeitos de sua ausência (em termos de invalidade ou ineficácia, total ou parcial), quando reputada imprescindível.

Trata-se de ação declaratória de nulidade de consolidação da propriedade fundada em contrato de alienação fiduciária em garantia, ajuizada por M.T. em face de G.A.C. Ltda. (credora fiduciária).

É fato comprovado nos autos que M.T. e M.D.M. viviam em união estável antes da aquisição do imóvel mencionado nos autos e da constituição da alienação fiduciária em garantia sobre ele, eventos ocorridos no ano de 2001 (a união estável teria perdurado entre 1999 e 2012). Todavia, não só a aquisição foi feita exclusivamente em nome de M.D.M., como também apenas ele constou como devedor fiduciante no contrato de alienação fiduciária em garantia, não contando este último ato com a outorga da companheira M.T.

Por ocasião da dissolução da união estável e partilha dos bens, o imóvel, em que pese registrado em nome de M.D.M., foi atribuído, na íntegra, à companheira M.T.

Após a consolidação da propriedade em nome da credora fiduciária, decorrente do inadimplemento da dívida, M.T. foi intimada a desocupar o bem, momento em que ingressou com a aludida ação declaratória de nulidade, alegando falta de outorga convivencial no ato que constituiu a garantia.

A sentença de 1º grau julgou procedente o pedido, para declarar a nulidade³⁷ do negócio jurídico que constituiu a alienação fiduciária sobre o imóvel e também do ato de consolidação da propriedade em favor da requerida G.A.C., ao fundamento de que, no caso concreto, havia provas da ciência desta, no ato da contratação, da existência da união estável entre M.T. e M.D.M. Aqui, para adequada compreensão, é preciso ressaltar que, apesar de M.T. não ter figurado como parte ou anuente no ato que constituiu a garantia real, ela havia sido mencionada e qualificada

³⁷ O mais acertado, vale lembrar, conforme a dicção do art. 1.649 do Código Civil, seria a anulação do negócio.

na proposta que foi dirigida à G.A.C. para a concessão do empréstimo.

Em 2º grau, o órgão colegiado deu provimento ao recurso de apelação interposto pela G.A.C., ao fundamento de que apesar da ciência inequívoca desta da existência da união estável, a consequência jurídica para a falta da anuência, no caso, deveria ser a invalidação parcial da garantia (que seria válida para M.D.M., mas não para M.T., resguardando-se a meação desta).

Houve recurso especial da G.A.C., em que se pretendia o reconhecimento da validade integral da garantia e, por conseguinte, da consolidação da propriedade, sob o argumento principal de que a exigência de outorga do art. 1.647 do Código Civil não se aplicaria à união estável. M.T. também interpôs recurso especial, pretendendo a invalidade integral da garantia e, conseqüentemente, a não consolidação da propriedade, forte na tese de que o efeito da falta de outorga, diante do conhecimento da requerida da união estável, seria a nulidade³⁸ integral do ato (e não apenas parcial).

Por quatro votos a um, a Terceira Turma negou provimento a ambos os recursos.

A Ministra Relatora Nancy Andrighi, no voto vencedor, expôs a evolução histórica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, com especial destaque para os dois julgados já referidos (REsp 1.424.275/MT e REsp 1.592.072/PR), os quais, como visto, estabeleceram a necessidade da outorga convivencial em negócios que se enquadravam no art. 1.647, I, mas condicionaram a invalidação ao exame da boa-fé ou má-fé do terceiro, conforme este tivesse ou devesse ter conhecimento da existência da união estável.

A simples transposição desses dois precedentes ao caso em análise, asseverou a Relatora, levaria à invalidação, na íntegra, da garantia, dado que comprovado nos autos que a requerida G.A.C. tinha conhecimento, à época da contratação, da união estável.

Todavia, o presente caso demandaria, segundo a Ministra Nancy Andrighi, uma outra solução, intermediária, mercê da conjugação de dois fatores. De um lado, teria havido negligência e desídia por parte da G.A.C. (pois, ciente da união estável, não se acautelou e não exigiu autorização convivencial). Por ocasião da contratação em 2001, aduziu a magistrada, “havia 13 anos de texto constitucional e

³⁸ Ressalva feita, mais uma vez, ao fato de a hipótese ser, tecnicamente, de anulação e não de nulidade, na forma do art. 1.649 do CC.

pelo menos 05 anos de legislação infraconstitucional conferindo à união estável *status*, quando possível, equiparável ao casamento, razão pela qual a necessidade de autorização convivencial deve ser examinada sob esse contexto normativo.” Por outro lado, era preciso considerar também o que a Ministra denominou “enriquecimento sem causa” por parte de M.T., a qual “tinha ciência das tratativas havidas entre o convivente e a G.A.C. e que recebeu o imóvel, integralmente, por ocasião da dissolução da união estável e partilha de bens.”

Diante desse cenário, o mais adequado seria, conclui o voto condutor, manter o acórdão recorrido, que reconheceu a ineficácia parcial da garantia, consolidando integralmente a propriedade do bem em favor do terceiro (G.A.C.), mas resguardando a meação da convivente M.T., que não anuiu com o negócio jurídico, cabendo-lhe, em analogia ao art. 843 do CPC, a metade do produto da alienação do bem em hasta pública.

Respeitado o entendimento da maioria estabelecida no julgamento do Recurso Especial em questão, ousamos dela divergir.

Com efeito, dois elementos, em nosso entender, precisariam ser considerados no caso em tela, a apontar, ambos, para a validade plena da garantia contratada. O primeiro deles: o fato de que, à época da contratação (2001), era absolutamente predominante, inclusive no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que a outorga convivencial não era necessária na união estável, além de que sequer havia entrado em vigor o Código Civil de 2002 (que estendeu à união estável o regime da comunhão parcial e, por conseguinte, a regra do art. 1.647). O segundo: a circunstância de que, segundo o que se depreende dos autos, a garantia fora constituída para a aquisição do próprio bem. Analisemos cada um desses elementos em separado.

5.1 – A questão temporal. Irretroatividade da lei nova em relação aos requisitos de validade dos negócios jurídicos celebrados anteriormente. Vedação à mudança drástica de jurisprudência que viole o princípio da proteção da confiança.

A alienação fiduciária do imóvel em discussão foi celebrada, entre M.D.M. e G.A.C., no longínquo ano de 2001, quando ninguém ou quase ninguém, quer em sede doutrinária ou jurisprudencial, ousava defender a tese da necessidade de outorga convivencial.

O erro, nesse ponto, se dá, pensamos, sob dupla perspectiva.

Primeiro, por uma indevida retroação da lei nova, a atingir os requisitos de validade de negócio jurídico celebrado anteriormente.

Com efeito, em 2001, sequer havia entrado em vigor o novo Código Civil, que, em seu art. 1.725, mandou aplicar à união estável, na ausência de disposição diversa, as normas do regime da comunhão parcial de bens, o que permitiu argumentar que o art. 1.647, enquanto parte integrante do aludido regime, deveria ser estendido à união estável.

É verdade que, desde a Constituição Federal de 1988, a união estável era entidade familiar reconhecida e protegida. É verdade, também, que a Lei nº 9.278/96 já estabelecia o condomínio, em partes iguais, sobre os bens adquiridos a título oneroso, por um ou ambos os conviventes, na constância da união estável (art. 5º, caput e § 2º). Tudo isso, porém, era muito pouco para permitir concluir, àquela altura, que a união estável merecia tratamento equivalente ao casamento em matéria de outorga conjugal ou que devessem ser aplicadas à união estável todas as normas concernentes ao regime da comunhão parcial (entre elas as que fixavam, no Código Civil de 1916, as hipóteses de outorga conjugal).

Nessa senda, se partirmos da premissa, que consideramos correta, de que a outorga convivencial só pode ser tida como legalmente exigível, na união estável, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (que, em seu artigo 1.725, determinou a aplicação das normas do regime da comunhão parcial à união estável, entre elas a do art. 1.647), exigi-la em relação a negócios celebrados antes de 11 de janeiro de 2003 representa conferir indevida retroatividade à lei nova.

Vale lembrar que a outorga, nos negócios que a exigem, representa fator de legitimidade do negócio jurídico, interferindo, portanto, em regra, na sua validade, como explorado no item 1 deste estudo. O artigo 2.035 do Código Civil, regra de Direito intertemporal, é expresso em consignar que a validade dos negócios jurídicos constituídos antes da sua entrada em vigor deve obedecer ao disposto nas leis anteriores:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista

pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Destarte, se o negócio celebrado em 2001 deve obedecer aos requisitos de validade exigidos ao tempo de sua conclusão, a lei nova (no caso, os artigos 1.647 e 1.725 do CC/2002) não pode retroagir para determinar sua invalidade, total ou parcial.

A questão também merece análise sob o ângulo da alteração repentina da jurisprudência e sua aplicação a negócios anteriores, em violação ao princípio da proteção da confiança.

Como exposto no item 3 deste estudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça manteve-se firme, até o julgamento do REsp nº 1.424.275/MT, ocorrido em 04/12/2014, no sentido de que a anuência do companheiro, nas hipóteses do art. 1.647, era dispensável. Apenas com referido julgamento sinalizou-se a possibilidade de vir a prevalecer entendimento diverso, o qual, aliás, até hoje não se cristalizou na Corte, na medida em que todos os acórdãos nesse sentido (necessidade da outorga convivencial) são oriundos apenas da Terceira Turma.

Daí porque não se pode concordar com a tese da Relatora de que a credora fiduciária, por conhecer a existência da união estável, teria agido com desídia e negligência ao não exigir a outorga convivencial. Ora, se esta era, conforme a jurisprudência pacífica da época, dispensável em qualquer situação, [i] ter conhecimento ou não da existência da entidade familiar não passava de um irrelevante jurídico (dado que não influenciava a validade do negócio) e [ii] exigir a outorga era um excesso de cautela e diligência que não poderia ser imposto à contratante G.A.C.

Forçoso, nessa toada, concordar com as considerações constantes do voto divergente, da lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

“Veja-se que a jurisprudência do STJ, muitos anos depois da contratação em comento, ainda corroborava a compreensão de que não se mostrava exigível, para efeitos de validade da garantia prestada pelo contratante, a outorga de sua convivente. Esta constatação, em si, já evidencia que a credora fiduciária,

ao não exigir a outorga da companheira do contratante quando da contratação (que, repisa-se, deu-se em 02/01/2001), em princípio, não se furtou, ao menos segundo a compreensão dada por esta Corte de Justiça à época dos fatos, de observar as exigências legais para a validade da garantia.”

Assim como a lei que fixa um novo requisito de validade não deve em princípio retroagir para atingir negócios jurídicos anteriores, alterações jurisprudenciais concernentes a requisitos de validade também não devem, em regra, tornar inválidos negócios que, ao tempo de sua celebração, estavam em consonância com entendimentos pacificados nos tribunais, sob pena de gerar-se grave insegurança jurídica.

Muito embora um novo entendimento do Poder Judiciário possa representar uma melhor interpretação do Direito – como é sem dúvida o caso em relação à mudança operada a partir do julgamento do REsp nº 1.424.275/MT, que corretamente passou a reputar necessária a outorga convivencial – sua aplicação a negócios antigos, celebrados quando ainda predominava compreensão diversa, pode acarretar surpresa, frustração de expectativas legítimas e mesmo rompimento do equilíbrio econômico construído pelos contratantes, na medida em que podia ser impossível às partes antever a mudança de visão dos tribunais e precaver-se a fim de evitar uma nulidade (exatamente como no caso da outorga convivencial).

Os tribunais, assim como os demais órgãos estatais, devem atuar de modo a permitir que os cidadãos tenham condições mínimas de previsibilidade para permitir o planejamento racional de suas vidas e de seus negócios. A despeito de uma jurisprudência antiga poder ser compreendida posteriormente como uma má-compreensão do Direito vigente, ela não deixa, apenas por conta disso, de ter orientado os negócios elaborados durante o período em que foi dominante³⁹.

É evidente que o princípio da proteção da confiança não pode impedir o Poder Judiciário de evoluir em suas decisões. Caso contrário, a jurisprudência se petrificaria por conta da preocupação com a segurança jurídica. No entanto, o princípio da proteção à confiança recomenda ao Estado-Juiz que ao menos busque respeitar as decisões tomadas pelos particulares com base em seus próprios pronunciamentos

³⁹ SHUENQUENER DE ARAÚJO, Valter. O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009, p. 174 e 186.

do passado⁴⁰.

Nessa linha, caminham, vale destacar, os novos artigos 23 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluídos pela Lei nº 13.655/18⁴¹.

Ainda que, *ad argumentandum*, o leitor possa não concordar em conferir tamanha força ao princípio da proteção da confiança, a ponto de se traçar um verdadeiro corte temporal para efeitos de aplicação do entendimento firmado no REsp nº 1.424.275/MT – limitando sua incidência aos conflitos a ele posteriores, como entendemos que seria adequado – no mínimo seria forçoso entender que não houve, no caso em testilha, má-fé, desídia ou negligência por parte da credora fiduciária G.A.C. em não exigir a anuência da companheira M.T., pois tal providência era, àquela altura, considerada inútil e desnecessária. Sem má-fé, desídia ou negligência, quebra-se a própria *ratio* subjacente ao novo entendimento firmado, qual seja a de que merecem ser anulados apenas os negócios em que o terceiro, sabedor da existência da união estável (ou devendo dela ter conhecimento), aceita, por má-fé ou desídia, celebrar o negócio sem a anuência do outro companheiro.

Esse primeiro ponto, quer pelo prisma da irretroatividade da lei, quer pelo ângulo da vedação da aplicação “surpresa” do novo entendimento jurisprudencial aos negócios anteriores, já seria suficiente para concluir-se, no caso em análise, pensamos, pela plena validade da alienação fiduciária em garantia. Mas há, ainda, outro argumento capaz de conduzir ao mesmo resultado.

5.2 – Garantia constituída em financiamento para a aquisição do próprio bem. Circunstância que deve ser considerada no juízo de invalidação.

A partir de alguns trechos do julgado, possível extrair a conclusão de que a dívida garantida foi constituída para a própria aquisição do imóvel⁴².

⁴⁰ *Ibidem*, p. 177.

⁴¹ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

⁴² No item 19 do voto da Ministra Relatora lê-se, nesse sentido, o que segue: “[...] M.T., que, embora não tenha expressamente anuído com o negócio jurídico celebrado com G.A.C., inegavelmente tinha

Vale dizer: a alienação fiduciária foi condição para a aquisição do bem pelo casal, inclusive no que concerne à parte ideal da companheira M.T., não participante do negócio.

Nada é mencionado nos votos no sentido de os conviventes terem utilizado recursos próprios para a aquisição do bem, para além daqueles advindos do empréstimo garantido pela alienação fiduciária. Para fins acadêmicos, a fim de permitir a exploração plena do argumento, assumir-se-á que a integralidade do valor veio do empréstimo (até porque, repisa-se, nada foi dito em sentido contrário no acórdão).

Ora, nesse contexto específico, a integralidade do valor empregado para a aquisição do bem, inclusive da parte ideal de M.T., teria vindo do mútuo garantido pela alienação fiduciária. A despeito de não ter participado do negócio, portanto, ela se beneficiou diretamente dele, a ponto de ser possível presumir que, sem o contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária, não haveria uma meação de M.T. a ser resguardada.

Proteger esta meação, portanto, mediante uma ineficácia parcial do negócio, exatamente como foi feito no julgamento em tela (Recurso Especial nº 1.663.440/RS), significa atribuir a M.T. um enriquecimento sem causa, pela simples razão de que, ao fim e ao cabo, restou com 50% de um imóvel adquirido com recursos alheios (isto é, da instituição que concedeu o mútuo garantido pela alienação fiduciária).

Essa dinâmica fica mais clara – embora não precise ser assim para que o argumento seja válido – se assumirmos hipoteticamente que o casal teria pagado nenhuma das parcelas do empréstimo. Nessas condições, a solução dada pelo v. acórdão equivaleria a atribuir metade de um imóvel a quem nada pagou pela sua aquisição e também nada pagou para nele residir por vários anos, tão-só porque não conferiu uma autorização convivencial (que, vale lembrar, sequer era exigida pela lei e pela jurisprudência da época).

ciência inequívoca das tratativas havidas entre as partes e, diante do cenário acima exposto, presumivelmente se beneficiou da aquisição de imóvel pelo convivente M.D.M., da qual se originou a dívida garantida pelo imóvel objeto da consolidação de propriedade, especialmente na ulterior partilha de bens decorrente da dissolução da união estável.”

A mesma conclusão – isto é, de que a alienação fiduciária foi constituída para possibilitar a aquisição do bem – pode ser extraída também da terceira página do voto-vista do Ministro Marco Aurélio Bellizze: “A primeira observação que faço é a de que o imóvel, objeto de garantia fiduciária, foi adquirido em 02/01/2001 [...]. Essa constatação, em si, já evidencia que a credora fiduciária, ao não exigir a outorga da companheira do contratante quando da contratação (que, repisa-se, deu-se em 02/01/2001), em princípio, não se furtou, ao menos segundo a compreensão dada por esta Corte de Justiça à época dos fatos, de observar as exigências legais para a validade da garantia.”

Evidente que tal enriquecimento sem causa seria ainda mais escancarado se fosse permitido que M.T. permanecesse com a integralidade do bem pelo simples fato de os companheiros assim terem acordado por ocasião da partilha decorrente da dissolução da união estável. O enriquecimento sem causa também persiste, porém, pelas razões expostas, mesmo quando protegida apenas a meação da requerente.

Impende destacar, por fim, em reforço a este argumento, que é possível depreender claramente a partir do julgado que a companheira, em que pese não ter figurado no contrato como parte ou anuente, tinha conhecimento inequívoco de todos os contornos da contratação, inclusive da alienação fiduciária havida, tendo dela se beneficiado diretamente (sem a alienação fiduciária não haveria, lícito presumir, a aquisição dos 50% que lhe foram reservados ao final). Apesar também deste conhecimento inequívoco de toda a contratação, que retroagia ao ano de 2001, M.T. levou mais de uma década para levantar a tal nulidade do negócio jurídico por falta de autorização.

Diante disso, endossam-se, mais uma vez, as palavras constantes do voto divergente do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

“Em se afigurando válida a garantia dada, tem-se não ser possível preservar nem sequer a meação da companheira. Não é despiciendo anotar, no ponto, que, por ocasião da dissolução da união estável e partilha, a requerente recebeu o imóvel em sua integralidade.

Logo, havendo desequilíbrio na partilha do patrimônio comum dos companheiros, em razão da aquisição do imóvel, cuja propriedade foi consolidada nas mãos da proprietária fiduciária G.A.C., tem-se que tal matéria deve ser discutida em ação própria entre os ex-companheiros, não se concebendo, no caso, tampouco a preservação da meação, na medida em que se reputa lícita a garantia fiduciária então ofertada.”

Também por esse segundo prisma, portanto, não haveria razão para invalidar, total ou parcialmente, a garantia dada e a consolidação da propriedade dela decorrente⁴³.

⁴³ Destaca-se, mais uma vez, que tais conclusões, nesse ponto, estão alicerçadas nas informações constantes do v. acórdão (especialmente no sentido de que M.T. tinha pleno conhecimento das tratativas e de que a alienação fiduciária estava diretamente relacionada à aquisição do bem). Quanto à premissa de que todo o valor da aquisição teria vindo do mútuo, sem recursos particulares dos

Conclusões

Isto posto, conclui-se que: *i)* há tendência progressiva, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de considerar-se necessária a outorga convivencial, notadamente nas hipóteses do art. 1.647, I, do Código Civil (“alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis”), dependendo, porém, a validade ou invalidade do negócio jurídico do exame, em concreto, da boa-fé do terceiro (subjativa); *ii)* para esse fim específico, é considerado de má-fé o terceiro que tinha conhecimento da união estável ou que dela deveria ter tomado conhecimento (diante da averbação do contrato de convivência ou da sentença declaratória na matrícula do bem); *iii)* tal quadro, no entanto, ainda não pode ser tido como consolidado, visto que todos os precedentes nesse sentido (REsp 1.424.275/MT; REsp 1.592.072/PR; REsp nº 1.663.440/RS) são oriundos da Terceira Turma daquele Tribunal, sendo o último julgado da Quarta Turma acerca da matéria ainda no sentido da dispensabilidade da outorga convivencial (REsp 1.299.866/DF); *iv)* observa-se preocupante incongruência de tratamento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como demonstrado no subitem 4.2, entre as hipóteses do inciso I do art. 1.647 (“alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis”) e aquelas do inciso III do mesmo artigo (“prestar fiança ou aval”), dado que, em relação a estas garantias pessoais, mesmo os julgados mais recentes da Corte, continuam a reafirmar que a outorga convivencial é dispensável ou desnecessária; *v)* pela análise do Recurso Especial nº 1.663.440/RS, julgado em 16 de junho de 2020, buscamos demonstrar, primeiro, os perigos de uma aplicação “retroativa” do novo entendimento que estabelece a necessidade da outorga convivencial a negócios celebrados quando a jurisprudência, inclusive do próprio STJ, era absolutamente pacífica em sentido oposto (ou pior: a negócios celebrados antes mesmo do Código Civil de 2002, que, por meio de seu art. 1.725, permitiu a extensão da regra do art. 1.647 à união estável); *vi)* na sequência, dando continuidade ao exame do REsp nº 1.663.440/RS, procuramos demonstrar que, no juízo de validade ou invalidade do negócio por falta de outorga, pode ser relevante a circunstância de o

companheiros, trata-se de um exercício hipotético, como salientado, a fim de explorar academicamente a potencialidade do argumento (qual seja, de que o fato de a garantia ter sido constituída para a aquisição do próprio bem onerado é fator relevante no juízo de invalidação a ser promovido com base no art. 1.647, I, do CC/2002).

ônus ou garantia real (alienação fiduciária em garantia ou hipoteca, por exemplo), ter sido constituído para possibilitar a própria aquisição do bem pelo casal, beneficiando diretamente mesmo ao companheiro que não conferiu a anuência (especialmente quando este tinha, como no REsp nº 1.663.440/RS, conhecimento de todo o negócio celebrado). A anulação do negócio nessas condições, ainda que apenas parcialmente para resguardar a meação do companheiro que não prestou a outorga, pode ser fonte geradora de enriquecimento sem causa em favor deste.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável - Jurisprudência, evolução legislativa e novo Código Civil. *In: Revista CEJ* 25, junho. 2004, p. 47-57.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Regime de bens em casamento de estrangeiros realizado no exterior, com primeiro domicílio conjugal no Brasil. Ineficácia de pacto de alteração de regime de bens posteriormente celebrado de acordo com o direito alemão. Comunhão de aquestos na hipótese de ser aplicado o regime da separação de bens. Anulabilidade, por falta de outorga uxória, de doação com reserva de usufruto de ações pelo cônjuge varão ao filho menor. Nulidade da estipulação de usufruto sucessivo. *In: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 516-31.

BERENICE DIAS, Maria. *Manual de direito das famílias*. 13ª Ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

_____. *Registro da União Estável*. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/128011417/artigo-registro-da-uniao-estavel-por-mariaberenice-dias>>. Acesso em 30/08/2020.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Art. 1.647. *In: Cezar Peluso [coord.]. Código Civil Comentado*. 5ª Ed. Barueri: Manole, 2011.

CASTELHO BRANCO SOBRINHO, Bernardo Mendes. Alienação imobiliária e união estável – Validade e eficácia. *In: Alexandre Guerra; Marcelo Benacchio (coord.), Direito imobiliário brasileiro – Novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 574-86.

- DELGADO, Mário Luiz. A união estável e os negócios imobiliários (STJ – REsp 1.424.275/MT). *In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Ano I, nº 4, jan-fev 2015, p. 112-22.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – Critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Art. 1.647. In: Giovanni Ettore Nanni (coord.). *Comentários ao código civil – Direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PEREIRA JR., Antonio Jorge. Título de posição e título de exercício de poderes jurídicos: uma reflexão a partir do conceito de legitimidade no Código Civil de 2002. *In: Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, abril-junho 2016, p. 49-62.
- RINALDI, Giovanna Truffi. A união estável e sua necessária inscrição no registro de imóveis para proteção patrimonial e segurança jurídica. *In: Revista de Direito Imobiliário*. Ano 39. Vol. 81. jul-dez 2016, p. 633-52.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil, v. VI – Famílias*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- SHUENQUENER DE ARAÚJO, Valter. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.
- TARTUCE, Flávio. Art. 1.647. In: Anderson Schreiber et al (coord.). *Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- VELOSO, Zeno. Art. 1.725. In: Álvaro Villaça Azevedo (coord.). *Código Civil comentado*. v. 17. São Paulo: Atlas, 2003.

RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA¹

EXTRAJUDICIAL RECOGNITION OF SOCIO-AFFECTIVE FILIATION

Rodrigo Pacheco Fernandes

Mestrando em Função Social do Direito na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Pós-graduado em (i) Direito Notarial e Registral Imobiliário na Escola Paulista da Magistratura – EPM; (ii) Direito Notarial e Registral na Faculdade Damásio; e (iii) Direito Imobiliário na Escola Paulista de Direito - EPD. Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 2º Subdistrito da Sede da Comarca de Botucatu/SP. Membro do Conselho de Assessoria para Boletim Informativo da ARPEN/SP - Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo (biênio 2020-2022).

Resumo: O presente artigo trata do reconhecimento de filiação socioafetiva, previsto no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, com as alterações operadas pelo Provimento nº 83/2019. O estudo se inicia pela conceituação de socioafetividade, passando para uma completa abordagem do procedimento de reconhecimento da filiação socioafetiva, com uma visão teórica e prática da matéria, desaguando na discussão do tema da multiparentalidade.

Palavras-chave: Socioafetividade - Filiação socioafetiva - Reconhecimento de filiação - Multiparentalidade - Provimento 63/2017

Abstract: *This article deals with the recognition of the socio-affective filiation, foreseen by the Resolution n. 63/2017 of the Brazilian National Council of Justice, along with its changes, consummated by the Resolution n. 83/2019. It starts studying the notion of socio-affectivity, moving on to a complete approach of the procedure of the socio-*

¹ Como citar este artigo: FERNANDES, Rodrigo Pacheco. *Reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva*. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/mai. 2020, v. 20, p. 99-140.

affective filiation recognition, with a theoretical and practical sight of the matter, ending the discussion of the multiparentality theme.

Keywords: *Socio-affectivity - Socio-affective affiliation - Affiliation recognition - Multiparentality - Resolution 63/2017*

Súmary: Introdução. 1 A filiação socioafetiva. 2 Reconhecimento de filiação socioafetiva na esfera extrajudicial. 2.1 Requisitos. 2.1.1 Legitimidade. 2.1.2 Prova do estado de filiação. 2.1.3 Inexistência de processo judicial de reconhecimento de filiação. 2.2 Procedimento. 2.2.1 Requerimento. 2.2.2 Qualificação pelo Registrador. 2.2.3 Encaminhamento ao Ministério Público. 2.2.4 Averbação da filiação e outros desdobramentos. 2.2.5 Emolumentos. 2.2.6 Outros atos registrares decorrentes do reconhecimento. 3 A multiparentalidade na esfera extrajudicial. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal - CF/1988 despertou os olhares dos juristas para a análise dos mais diversos direitos fundamentais, sempre sob a ótica da dignidade da pessoa humana, estabelecida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Reconhece-se a família como base da sociedade, sendo missão do Estado promover sua proteção.

A CF/1988, ao tratar da família, previu cláusula aberta à sua conceituação, abarcando não só a família matrimonial, mas, também, outros arranjos familiares, como a união estável e a monoparentalidade. Em relação à filiação, adotou uma nova visão, igualando os filhos.

Este artigo tem por objetivo tratar da filiação socioafetiva e seu reconhecimento no âmbito extrajudicial, perante o Registro Civil das Pessoas Naturais. É o que será analisado a seguir.

O estudo se iniciará pela conceituação de socioafetividade, passando para uma completa abordagem do procedimento de reconhecimento da filiação previsto no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, com uma

abordagem teórica e prática da matéria, desaguando na discussão do tema da multiparentalidade.

1 A filiação socioafetiva

O parentesco é "liame jurídico entre pessoas do mesmo tronco ancestral ou estabelecido pela lei ou por decisão judicial, que vincula pessoas de uma mesma família e gera uma série de efeitos jurídicos"². Quando a espécie de parentesco refere-se à relação entre pais e/ou mães e filhos, denomina-se filiação.

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) estabeleceu expressamente a igualdade entre os filhos (§6º do art. 227)³, caindo por terra quaisquer designações discriminatórias acerca da origem da filiação, o que consta do Código Civil de 2002 (CC/2002)⁴.

Pode a filiação ter diversas origens, como a biológica, a adotiva, a decorrente de procedimentos de reprodução assistida e a socioafetiva⁵. A última será abordada neste trabalho.

Certo é que o afeto ganhou protagonismo no Direito de Família contemporâneo, de forma que sua incidência não poderia deixar à margem o tema da filiação. O afeto, entretanto, ao menos para o Direito, não deve ser visto subjetivamente, mas objetivamente.

Isso porque é impossível verificar um sentimento presente somente no interior de uma pessoa. A análise objetiva do afeto "se traduz em fatos [...], fatos esses que se verificam na convivência social, originando a socioafetividade"⁶. Estar-se-á diante da socioafetividade quando o afeto for constatado por seu elemento

² TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Direito de família*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 200.

³ CF/1988, art. 227: "§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

⁴ CC/2002: "Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

⁵ "5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito 'ou outra origem' do art. 1.593 do Código Civil. 6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança." (REsp 1608005/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019).

⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/180.pdf>. Acesso em 23/04/2020, p. 4.

externo (reconhecimento social), presumindo-se a existência de um elemento interno (afetividade)⁷.

Nessa linha de raciocínio, MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO leciona que a parentalidade socioafetiva "surge em razão da existência de estreitos laços *afetivos* e *sociais* que unem determinadas pessoas que se relacionam como entidade familiar"⁸⁻⁹.

O elemento externo da afetividade revela a aplicação da teoria da aparência no Direito de Família¹⁰, escorada na "posse" do estado de filho, cujos elementos reveladores são o *nomen*¹¹, a *fama*¹² e o *tractatus*¹³. São estes os "requisitos típicos das relações fundadas no afeto", aferíveis objetivamente¹⁴.

No Código Civil francês, em seu artigo 311-1¹⁵, verificam-se expressamente os elementos da posse do estado de filho:

"A posse do estado se estabelece pela reunião de fatos suficientes que revelem o vínculo de filiação e parentesco entre uma pessoa e a família à qual diz pertencer.

Os principais fatos são:

1º Que essa pessoa tenha sido tratada como filha por seus supostos progenitores, e ela mesma os tenha tratado como seus próprios pais;

⁷ *Idem. Ibidem*, p. 9.

⁸ CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação Cezar Peluso. 14. ed., Barueri[SP]: Manole, 2020, comentários ao art. 1.596.

⁹ Destaques nossos.

¹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo*. Coordenação de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, comentários ao art. 1.605, p. 1992.

¹¹ *Nomen* traduz-se no uso dos apelidos de família, indicando a procedência familiar de uma pessoa.

¹² *Fama* é a notoriedade, a crença existente em determinada comunidade de que uma pessoa é filha de alguém.

¹³ *Tractatus* é a relação entre duas ou mais pessoas, comportando-se entre si como pais e/ou mães e filho(a).

¹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/180.pdf>. Acesso em 23/04/2020, p. 9.

¹⁵ Le Code Civil des Français: "Article 311-1

La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir.

Les principaux de ces faits sont :

1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ;

2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;

3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ;

4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;

5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue."(Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=9F5DE345E5F4DC93E232CC30DFD1BF37.tplgfr37s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150014&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200423>. Acesso em 23/04/2020.

- 2º Que estes últimos tenham providenciado sua educação, sustento ou moradia;
- 3º Que essa pessoa seja reconhecida como sua filha pela sociedade e pela família;
- 4º Que essa pessoa seja reconhecida como tal pela autoridade pública;
- 5º Que essa pessoa tenha o sobrenome de seus supostos progenitores."(Tradução livre)

Em que pese não sejam obrigatórios, via de regra esses elementos objetivos estão presentes quando se caracteriza a socioafetividade. É o que ministra PAULO LÔBO, para quem tais elementos "não são somativos e basta um deles ou outras circunstâncias distintas para gerar o convencimento [...] da existência de comportamento social típico entre pais e filhos"¹⁶.

Isso porque o CC/2002, em seu art. 1.605, permite que a filiação seja provada por começo de prova escrita ou por "presunções resultantes de fatos já certos"¹⁷.

Para que a filiação conste do assento de nascimento de uma pessoa e, por consequência, seja expedida uma certidão indicando o parentesco, faz-se necessário um ato registral pautado (i) na presunção de maternidade ou paternidade; (ii) em decisão judicial; ou (iii) no reconhecimento expresso.

Neste artigo será tratado o reconhecimento expresso da filiação socioafetiva.

Primeiramente, cumpre dizer que o reconhecimento do parentesco socioafetivo não se confunde com a "adoção à brasileira", figura criminosa tipificada no art. 242 do Código Penal, em que uma pessoa declara ser ascendente de outra, embora não o seja, prestando declaração falsa¹⁸. No caso do reconhecimento de filiação socioafetiva haverá declaração verdadeira de paternidade, tendo em vista configurar-se a socioafetividade.

¹⁶ LÔBO, Paulo, *Direito civil: volume 5: famílias*. 10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 238.

¹⁷ CC/2002: " Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos."

¹⁸ Código Penal: "Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:[...]"(Destaque nosso).

Não se confunde, ainda, com a adoção, já que nessa figura (i) há criação do vínculo de filiação por sentença¹⁹, (ii) desligando o adotado de seus vínculos biológicos — salvo na adoção unilateral, em que permanecerá a ligação biológica parcial — de modo irreversível²⁰, (iii) permitindo-se que o adotado conheça sua origem biológica, embora não seja possível restabelecer o vínculo biológico, salvo se caracterizada a socioafetividade.

A filiação socioafetiva é criada com o tempo somado à posse do estado de filho, não impedindo o estabelecimento registral do vínculo biológico²¹.

Posto isto, passa-se a analisar o reconhecimento socioafetivo no âmbito extrajudicial, ou seja, diretamente no Registro Civil das Pessoas Naturais.

2 Reconhecimento de filiação socioafetiva na esfera extrajudicial

Apesar de a igualdade de filiações ser amplamente acolhida, sendo desimportante sua origem — biológica, matrimonial, extramatrimonial, por adoção ou socioafetiva — houve certa resistência em admitir-se o reconhecimento do parentesco socioafetivo diretamente em Cartório. Além disso, existia controvérsia acerca da (des)necessidade de provas — especialmente a "posse" do estado de filiação.

No Estado de São Paulo, por exemplo, há julgados da Corregedoria Geral da Justiça, dos anos 2013, 2015 e 2017, admitindo a via administrativa, tendo em vista a não discriminação de filiações²², bem como a desbiologização da paternidade²³. Em 2017, entretanto, contrariando o entendimento da Corregedoria Geral, a 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital entendeu ser inviável o reconhecimento extrajudicial²⁴.

¹⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA: "Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.[...]".

²⁰ ECA: " Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais."

²¹ Tese 622 do Supremo Tribunal Federal: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios." (RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017).

²² Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, processo 73.960/2012, José Renato Nalini, j. 19/12/2013, DJ de 14/01/2014; e processo 18.384/2015, Elliot Akel, j. 22/06/2015, DJ de 22/05/2015.

²³ Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, processo 188.696/2016, Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 01/03/2017, DJ de 13/03/2017.

²⁴ "Não obstante, a absoluta igualdade jurídica entre as filiações, a filiação socioafetiva exige o exame de pressupostos somente passíveis de exame na esfera jurisdicional, porquanto, em regra, inviável decisão a respeito pelo Sr. Oficial a falta de legislação específica[...]"(processo 1044719-51.2017.8.26.0100, Marcelo Benacchio, julgado em 26/05/2017). Em mesmo sentido, impedindo a

Em 14/11/2017 foi editado o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que versa, dentre outras matérias, acerca do reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetivas. Importantes mudanças nesta norma foram realizadas pelo Provimento 83/2019.

Assim, atualmente o procedimento extrajudicial de reconhecimento de filiação é regulado pela referida norma do CNJ, cujas regras serão abaixo examinadas.

2.1 Requisitos

Os requisitos para o reconhecimento socioafetivo na esfera extrajudicial serão analisados em tópicos relativos à legitimidade, prova de filiação e inexistência de processo judicial.

2.1.1 Legitimidade

De acordo com o Provimento 63/2017 do CNJ, terão legitimidade ativa (para reconhecer) somente os maiores de 18 anos, que não sejam ascendentes ou irmãos do reconhecido e desde que haja uma diferença de 16 anos entre aquele que reconhece e o filho a ser reconhecido (§§2º, 3º e 4º do art. 10). Essas regras são idênticas às da adoção, constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/1990)²⁵.

Eis aqui uma primeira distinção no tratamento entre a filiação biológica e a socioafetiva. Isso porque a primeira poderá ser reconhecida pelo maior de 16 anos, conforme §4º do art. 6º do Provimento nº 16/2012 do CNJ²⁶.

O Provimento 63/2017 não é claro quanto à possibilidade de menor emancipado valer-se do procedimento administrativo para reconhecer seu filho socioafetivo. Os considerandos do Provimento 83/2019 têm a seguinte redação:

inclusão do nome de uma madrasta: processo 1032831-85.2017.8.26.0100 (Marcelo Benacchio, DJ de 18/05/2017).

²⁵ ECA: "Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.[...]

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando."

²⁶ Provimento nº 16/2012, art. 6º: "§4º. O reconhecimento de filho por pessoa relativamente incapaz independe de assistência de seus pais, tutor ou curador."

"CONSIDERANDO a plena aplicação do reconhecimento extrajudicial da parentalidade de caráter socioafetivo para aqueles que possuem dezoito aos ou mais;
CONSIDERANDO a possibilidade de aplicação desse instituto jurídico aos menores, desde que sejam emancipados, nos termos do parágrafo único do art. 5º, combinado com o art. 1º do Código Civil;
CONSIDERANDO a possibilidade de aplicação desse instituto, aos menores, com doze anos ou mais, desde que seja realizada por intermédio de seu(s) pai(s), nos termos do art. 1.634, VII do Código Civil, ou seja, por representação;"

Não bastasse isso, do voto do Relator, referendado pelo Plenário do CNJ, no Pedido de Providências nº 0001711-40.2018.2.00.0000, que resultou na elaboração do Provimento 83/2019 do CNJ, constou o seguinte:

"A questão dos menores, então, passa a ser encaminhada para o debate jurídico acerca da capacidade. Os maiores de dezoito anos e menores emancipados estão livres para praticar os atos de reconhecimento de parentalidade socioafetiva, nos termos do art. 1º, art. 5º e incisos do parágrafo único do Código Civil. Já os menores de dezoito anos e não emancipados são sujeitos ao poder ou à tutela, nos termos do Código Civil. A prática do ato bilateral de reconhecimento de parentalidade socioafetiva irá requerer que o(s) seu(s) pais ou tutor assim proceda(m), nos termos do art. 1.634, VII e art. 1.740, III, respectivamente, ambos do Código Civil."²⁷

Como a menção aos emancipados sempre é feita imediatamente antes de se tratar dos maiores de 12 anos, parece que, tanto o Provimento, quanto o voto do Relator, referem-se à legitimidade passiva (para ser reconhecido). Dessa forma, ao menos neste momento, sugere-se uma interpretação literal do §2º do art. 10 do Provimento 63/2017, ou seja, somente maiores de 18 anos poderão reconhecer a filiação socioafetiva diretamente em Cartório.

Os relativamente incapazes, salvo os maiores de 16 e menores de 18 anos, poderão reconhecer, sem qualquer assistência de curadores, a paternidade socioafetiva, desde que compreendam o ato e consigam manifestar-se inequivocamente.

²⁷ CNJ - PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0001711-40.2018.2.00.0000 - Rel. HUMBERTO MARTINS - 51ª Sessão - j. 30/08/2019.

Curioso é o § 7º do art. 11 do Provimento 63/2017, o qual dispõe que "serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil)".

A pessoa com deficiência tem plena capacidade para exercer direitos existenciais²⁸, no que se inclui o reconhecimento de filhos, sendo desnecessária qualquer assistência ou tomada de decisão apoiada. O Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê expressamente que os "serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena"(caput do art. 83), inclusive.

Certo é que o curador ou os apoiadores poderão auxiliar a pessoa com deficiência quando a exteriorização da vontade depender dessa colaboração. Também poderão ser utilizados, por exemplo, instrumentos tecnológicos²⁹.

A legitimidade passiva (quem pode ser reconhecido), no procedimento de reconhecimento, é de todo aquele que, sendo maior de 12 anos, tenha criado vínculo socioafetivo com um pai e/ou mãe.

Quanto ao maior de 18 anos, a normativa do CNJ exige somente sua anuência. Esse consentimento do filho maior, requisito de eficácia do reconhecimento, está previsto no art. 1.614 do Código Civil. Isso se aplica, também, ao menor emancipado, embora não seja expresso o Provimento, pois o poder familiar se extingue com a emancipação³⁰.

Embora não seja obrigatório, há quem recomende a coleta das assinaturas do pai ou mãe já constantes do assento de nascimento, conferindo maior segurança ao procedimento. Com a participação dos demais ascendentes podem

²⁸ Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015): "Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: [...] II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; [...] V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.[...]"

²⁹ Exemplo notório do uso de instrumentos tecnológicos para a manifestação de vontade é o do falecido físico britânico, Stephen Hawking.

³⁰ CC/2002: "Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:[...] II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;".

surgir questões duvidosas ou oposições sérias que fundamentem a recusa do ato registral³¹.

Em relação à adoção, existe julgado do Superior Tribunal de Justiça - STJ, objeto do Informativo 558, no sentido de não se aplicar o art. 45 do ECA quando o adotando for maior, ou seja, não é necessário o consentimento de seus pais, já que o poder familiar se extingue com a maioria (REsp 1444747/DF)³². Entretanto, extrai-se do inteiro teor o entendimento de não se dispensar ao menos intimação dos pais registrais do adotando³³.

³¹ Nesse sentido: (1) CALDERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriele Bortolan. *Filiação socioafetiva: repercussões a partir do provimento 63 do cnj*. Disponível em <shorturl.at/gDV35>. Acesso em 23/04/2020, p. 17; (2) ARPEN-BRASIL, Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais. *Nota técnica da arpen/br sobre o provimento nº 83 do cnj*. Disponível em <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODgwMDA=&filtro=1>. Acesso em 02/05/2020.

³² "RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva.

2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal.

3. A realidade dos autos, insindicável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade.

4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade.

5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil).

6. *Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.*

7. Recurso especial não provido."(REsp 1444747/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 23/03/2015)(Destaque nosso).

³³ "O maior de 18 anos não depende mais do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade, logo, a toda evidência, não se aplica o art. 45, § 1º, do ECA na espécie.

No que tange à adoção de pessoa adulta, entendendo-se desnecessário o consentimento dos pais, é absolutamente necessária a citação deles, com o fito de precaver eventual interesse jurídico (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Ronsenvald, Curso de Direito Civil, Volume 6, Editora Jus Podvum, pág 1.061). A doutrina é firme quanto à prescindibilidade do consentimento do pai registral devidamente citado:

"(...) A adoção de maiores nunca foi proibida (...) No que concerne à adoção de adultos, limita-se o Código Civil a exigir a assistência efetiva do poder público, o que torna necessária a via judicial, aplicando-se no que couber, as regras do ECA (CC 1.619). Ainda assim, mister reconhecer que é desnecessário estágio de convivência. Como se trata de direito personalíssimo, que diz com o estado da pessoa, indispensável a inequívoca manifestação de vontade de adotante e de adotado (...)

Dúvidas há sobre a necessidade de consentimento dos pais. As posições são contraditórias. No entanto, é imperativo, senão o consentimento, ao menos a citação dos pais registrais. Mesmo que não precisem consentir, os pais biológicos devem ser citados, pois a sentença terá profunda ingerência nas suas vidas. Perdem eles a relação paterno-filial, que, às claras, não se esgota com a extinção

Parece razoável, aplicar ao reconhecimento socioafetivo — e também ao biológico —, por analogia, o entendimento relativo à adoção.

ÉRICA BARBOSA E SILVA entende que "na verificação da posse do estado de filho, pode o Registrador achar necessário um dilatado conjunto probatório, incluindo a oitiva dos pais biológicos"³⁴.

Reitere-se, entretanto, que a norma do CNJ não impõe a anuência dos pais quando o reconhecido for maior, apesar de recomendável.

Para o reconhecimento dos maiores de 12 anos impõem-se as anuências do registrado e do pai ou mãe registral³⁵.

Percebe-se que a concordância do filho reconhecido será sempre exigida, não se limitando aos casos de maiores de 18 anos³⁶. Andou muito bem a normativa nesse ponto, apartando-se das regras do reconhecimento biológico de paternidade, em que a anuência do registrado relativamente incapaz não é exigida, embora recomendada pela doutrina³⁷.

O próprio CC/2002, ao tratar do exercício da tutela, demonstra a relevância da opinião do maior de 12 anos (inciso III do art. 1.740)³⁸.

MARCOS COSTA SALOMÃO entende ferir o princípio da igualdade da filiação a exigência de anuência do filho socioafetivo quando esta inexistente para o biológico³⁹.

Aos menores de 12 anos fica vedada a via extrajudicial a partir de 14/08/2019, data de publicação do Provimento CNJ nº 83/2019. Até o dia 13/08/2019

desarrazoada a 'perda' de um filho sem sequer tomar conhecimento de tal fato. De outro lado, como se trata de ação relativa ao estado de uma pessoa, para a sentença produzir coisa julgada com relação a terceiros é indispensável a citação de todos os interessados como litisconsortes necessários (CPC 472)" (Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 9ª Edição, Revista dos Tribunais, págs. 504-505 - grifou-se).

³⁴ SILVA, Érica Barbosa e. *Primeiras impressões sobre o provimento 83 do cnj, sobre filiação socioafetiva*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/erica-barbosa-impressoes-provimento-filiacao-socioafetiva>>. Acesso em 25/04/2020.

³⁵ Provimento 63/2017, art. 11: "§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor" (Destaque nosso).

³⁶ Provimento 63/2017, art. 11: "§4º Se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento".

³⁷ CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro Civil das pessoas naturais: parte geral e registro e nascimento, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232.

³⁸ CC/2002: "Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:[...] III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade".

³⁹ SALOMÃO, Marcos Costa. *A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a multiparentalidade no provimento 63 do cnj*. Em "Revista IBDFAM famílias e sucessões", v.26 (mar./abr.), Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 132.

era possível o reconhecimento socioafetivo dessas pessoas, desde que houvesse anuência do pai ou mãe registral. Uma vez mais, a norma se afastou do regramento do reconhecimento biológico, no qual os pais podem se valer do procedimento administrativo sem qualquer limitação etária do reconhecido.

2.1.2 Prova do estado de filiação

Pela redação anterior do Provimento 63/2017 o reconhecimento era meramente declaratório, assim como ocorre com a filiação biológica. Com as alterações do Provimento 83/2019, passou a ser exigida prova da socioafetividade, o que está de pleno acordo com o conceito e os requisitos da filiação socioafetiva acima expostos, especialmente com o elemento externo (reconhecimento social) da afetividade.

O §2º do art. 10-A prevê que a afetividade poderá ser demonstrada por "todos os meios em direito admitidos". Além disso, elenca, de forma não exaustiva, os seguintes documentos:

"apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida."

Certo é que a "ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade"(§3º do art. 10-A), o que será analisado abaixo, no tópico "Qualificação pelo Registrador".

2.1.3 Inexistência de processo judicial de reconhecimento de filiação

Outro requisito para a qualificação positiva no procedimento extrajudicial de reconhecimento socioafetivo é a inexistência de discussão judicial

sobre o reconhecimento da filiação ou de procedimento de adoção (*caput* do art. 13 do Provimento 63/2017)⁴⁰.

Ao Registrador não cabe exigir certidões negativas dos distribuidores judiciais, bastando a declaração das partes no termo próprio por elas assinado (parágrafo único do art. 13).

Embora a norma se refira apenas ao "reconhecimento da paternidade", também a ação discutindo o reconhecimento da maternidade deverá obstar a via administrativa, já que a maternidade socioafetiva também é objeto do Provimento.

O que não está claro na redação do art. 13 é se o processo judicial obstativo é apenas o que se refira à filiação socioafetiva e adotiva, ou se abrange a filiação biológica.

Para LUIZ GUILHERME LOUREIRO apenas a ação cujo objeto seja o reconhecimento socioafetivo impedirá a via extrajudicial, já que "seria uma forma de fraudar o princípio da efetividade da jurisdição"⁴¹. Esse entendimento está em consonância com o "termo de reconhecimento de filiação socioafetiva" anexo ao Provimento 63/2017, no qual consta, dentre as declarações das partes, a de que "o reconhecimento da filiação *socioafetiva* ou adoção não foi pleiteado em juízo"⁴².

De fato, a existência de ação buscando a filiação biológica não é obstada pela filiação socioafetiva constante do assento de nascimento, conforme Tese nº 622 do Supremo Tribunal Federal: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios"⁴³.

LOUREIRO vai além e sustenta que a existência de ação de estado proposta por um terceiro, pretense pai ou mãe socioafetivo, não obsta o

⁴⁰ Provimento 63/2017: "Art. 13. A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento.

Parágrafo único. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal."

⁴¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 10. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 347.

⁴² Destaque nosso.

⁴³ RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

reconhecimento administrativo, pois "não há prejuízo [...] desde que reconhecida a existência da relação pelo outro genitor e pelo filho reconhecido, quando for o caso"⁴⁴.

Nesse ponto, a solução mais adequada parece ser impedir a via administrativa, pois o Provimento 63/2017 não faz distinção, além de ser salutar o conhecimento do fato pelo juízo em que tramita a ação de reconhecimento socioafetivo, possibilitando-lhe ponderar os fatos e decidir o caso com maior riqueza de elementos.

2.2 Procedimento

O procedimento de reconhecimento da parentalidade socioafetiva, realizado diretamente perante o Registro Civil das Pessoas Naturais, envolve as fases de (i) requerimento; (ii) qualificação pelo Registrador; (iii) encaminhamento ao Ministério Público; e (iv) averbação da filiação e outros desdobramentos.

2.2.1 Requerimento

As partes legitimadas ativa e passivamente⁴⁵ deverão comparecer ao Registro Civil das Pessoas Naturais, munidas de documento de identificação com foto (*caput* do art. 11 do Provimento 63/2017), embora possam ser identificadas por duas testemunhas — devidamente identificadas — se não possuírem documento de identidade⁴⁶⁻⁴⁷.

Caso a pessoa sem documento seja aquela que reconhecerá a paternidade ou maternidade, será possível "lançar os nomes dos avós do registrado (pais da pessoa identificada por testemunhas) e sua naturalidade apenas com

⁴⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 10. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 347.

⁴⁵ Sobre as partes legitimadas, vide o item "2.1.1 Legitimidade" deste trabalho.

⁴⁶ Provimento 63/2017: "Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação[...]".

⁴⁷ Enunciado 33 da Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo - ARPEN-SP: "No procedimento de reconhecimento de filho, caso os comparecentes não portarem documento de identificação deverão ser identificados na forma do art. 215, § 5º do Código Civil, participando do ato duas testemunhas que os conheçam e atestem as suas identidades" (Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19wYWdpbmFz&idPagina=528>>. Acesso em 27/04/2020).

fundamento no depoimento das testemunhas", sendo aconselhável a apresentação de algum documento escrito, pesquisa no acervo do Cartório ou na Central de Informações do Registro Civil - CRC, evitando erros⁴⁸.

O procedimento poderá ser iniciado perante qualquer Registro Civil⁴⁹, ao qual competirá o encaminhamento do procedimento, via CRC, ao Cartório em que registrado o nascimento do reconhecido. Tendo em vista a capilaridade dos Registros Cíveis das Pessoas Naturais, presentes em todos os Municípios do país, o reconhecimento de filiação torna-se algo simples de ser requerido.

O Cartório que recepcionar as partes legitimadas deverá orientá-las, coletar suas assinaturas no termo próprio de reconhecimento— cujo modelo é anexo do ato normativo —, fazer cópia dos documentos de identidade⁵⁰ e exigir as provas da socioafetividade, sendo que toda a documentação será arquivada em pasta própria.

O Provimento prevê, ainda, a apresentação de cópia da certidão de nascimento do filho, documento esse que poderá ser dispensado (i) se o reconhecimento ocorrer no próprio Cartório em que registrado o nascimento, ou (ii) se informado em qual serventia foi realizado o registro de nascimento, bem como fornecidos dados para indubitosa identificação do registrado, aplicando-se, por analogia, o disposto em relação ao reconhecimento biológico no Provimento 16/2012 do CNJ⁵¹.

⁴⁸ Enunciado 34 da ARPEN-SP: "No registro de nascimento ou no reconhecimento de filho, quando o genitor for identificado por meio de duas testemunhas na forma do art. 215, § 5º do Código Civil, é permitido lançar os nomes dos avós do registrado (pais da pessoa identificada por testemunhas) e sua naturalidade apenas com fundamento no depoimento das testemunhas. Nestes casos, para evitar erros de grafia, é aconselhável a apresentação de qualquer documento escrito, bem como a pesquisa no acervo da serventia, mas a ausência desses documentos não impede a lavratura do ato"(Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19wYWdpbmFz&idPagina=528>>. Acesso em 27/04/2020).

⁴⁹ Provimento 63/2017: "Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, *ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento*, mediante a *exibição de documento oficial de identificação com foto* do requerente e da *certidão de nascimento do filho*, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação. [...]".

⁵⁰ Provimento 63/2017, art. 11: "§ 2º O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado."

⁵¹ Provimento 16/2012, art. 6º: "§2º. A fim de efetuar o reconhecimento, o interessado poderá, facultativamente, comparecer a Ofício de Registro de Pessoas Naturais diverso daquele em que lavrado o assento natalício do filho, apresentando *cópia da certidão de nascimento* deste, *ou informando em qual serventia foi realizado o respectivo registro e fornecendo dados para indubitosa identificação do registrado*. §3º No caso do parágrafo precedente, o Oficial perante o qual houver comparecido o interessado remeterá, ao registrador da serventia em que realizado o registro natalício do reconhecido, o documento escrito e assinado, em que consubstanciado o reconhecimento, com a qualificação completa da pessoa que reconheceu o filho e com a *cópia, se apresentada, da certidão de nascimento*."(Destacues nossos).

Se o procedimento se iniciar em Cartório diverso daquele em cujo acervo estiver o assento de nascimento da pessoa reconhecida, será integralmente digitalizado e encaminhado eletronicamente à Serventia em que registrado o reconhecido.

Cabe ressaltar que a qualificação, positiva ou negativa, do pedido, é atribuição exclusiva do Registrador em cujo Cartório estiver o assento de nascimento, podendo este solicitar novos documentos ou providências que entender necessários para decidir adequadamente.

O art. 11 do Provimento 63/2017 prevê a coleta *pessoal* das assinaturas no termo de reconhecimento, que serão as firmas de quem reconhece o filho, do próprio registrado, e do pai ou mãe registral, caso o registrado tenha mais de 12 e menos de 18 anos⁵². Assim, todos deverão comparecer ao Registro Civil para assinar o termo de reconhecimento, não bastando o reconhecimento ou anuência por escritura pública ou instrumento particular com firma reconhecida, restando afastado, também, o uso de procuração.

Em um caso concreto, a 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo negou a averbação de reconhecimento socioafetivo de paternidade realizado por escrito particular com assinatura de detento abonada por diretor de presídio. Isso tendo em vista a necessidade de contato entre o Registrador e aquele que reconhece filho socioafetivo, "pois é justamente neste instante de proximidade, em que as partes relatarão as circunstâncias ensejadoras da 'socioafetividade', que o Registrador terá condições/elementos mínimos para suspeitar de fraude, falsidade, má-fé, vício de consentimento, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho", situações essas que podem ser alegadas pelo Oficial (art. 12 do Prov. CNJ63/2017)⁵³.

Tendo em vista a clareza da norma do CNJ, no sentido de ser necessária a presença das partes em cartório, não será possível o reconhecimento

⁵² Provimento 63/2017, art. 11: "§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado."

⁵³ 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo/SP, processo 1052012-38.2018.8.26.0100, Leticia Fraga Benitez, DJ de 11/03/2019.

socioafetivo, ao menos em princípio, se estiverem falecidos os pais e/ou mães ou filho⁵⁴.

Mas há exceções à personalidade.

A primeira diz respeito ao testamento daquele que reconhece filho seu, bastando que as demais partes compareçam ao Cartório munidas de certidão de óbito e cópia do ato de última vontade⁵⁵.

Uma segunda hipótese, não expressa na norma, é a do falecimento do filho a ser reconhecido.

Nos termos do parágrafo único do art. 1.609 do CC/2002, o reconhecimento pode ser realizado se o falecido deixou descendentes⁵⁶. Parece razoável concluir que, havendo concordância de todos os herdeiros do filho falecido, bem como a oitiva do outro ascendente, se existir, será possível o reconhecimento na via extrajudicial, como medida de desjudicialização. Situação semelhante é a da união estável, cuja existência pode ser reconhecida pelos herdeiros do falecido no próprio inventário e partilha por escritura pública⁵⁷.

Terceira exceção à personalidade ocorre nos casos não enquadrados nas duas hipóteses acima descritas, quando faltar a mãe ou o pai "do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho", cabendo ao Registrador apresentar o caso "ao juiz competente nos termos da legislação local" (§6º do art. 11 do Provimento 63/2017)⁵⁸. Como exemplos, podem-se citar o falecimento da mãe registral, ou a completa impossibilidade de sua anuência por encontrar-se em coma.

Para finalizar esse tópico, cabe dizer que é possível acrescentar, ao nome do reconhecido, um ou mais apelidos de família do ascendente que o reconheceu, desde que isso venha expresso no requerimento de reconhecimento de filiação socioafetiva.

⁵⁴ CALDERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriele Bortolan. *Filiação socioafetiva: repercussões a partir do provimento 63 do cnj*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/301241/filiacao-socioafetiva-repercussoes-a-partir-do-provimento-63-do-cnj>>. Acesso em 23/04/2020, p. 15.

⁵⁵ Provimento 63/2017, art. 11: "§ 8º O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento".

⁵⁶ CC/2002, art. 1.609: "Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes".

⁵⁷ Resolução 35/2012 do CNJ: "Art. 18. O(A) companheiro(a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver *consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável*" (Destaque nosso).

⁵⁸ No Estado de São Paulo é o Juiz Corregedor Permanente.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto 678/1992, prevê expressamente o direito ao nome dos pais:

"ARTIGO 18

Direito ao Nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esses direito, mediante nomes fictícios, se for necessário."

MARIO DE CARVALHO CAMARGO NETO e MARCELO SALAROLI DE OLIVEIRA, em lição perfeitamente aplicável ao reconhecimento socioafetivo, assim se manifestam⁵⁹⁻⁶⁰:

"é possível acrescentar o sobrenome da família paterna no sobrenome do filho reconhecido. O fundamento dessa alteração é que o sobrenome é direito fundamental da pessoa humana que identifica o ramo familiar do qual a pessoa descende. Como no momento do registro de nascimento a pessoa teve esse direito negado, já que não havia paternidade estabelecida, por ocasião do reconhecimento abre-se a possibilidade de adotar os sobrenomes paternos."

Em mesmo sentido é o entendimento de RICARDO CALDERÓN e GABRIELE BORTOLAN TOAZZA⁶¹.

KARINE BOSELLI, IZOLDA ANDREA RIBEIRO e DANIELA MRÓZ vão além, expondo ser possível apenas o acréscimo de apelidos de família, mas não a supressão, aplicando por analogia o §1º do art. 1.565 do CC/2002⁶².

A Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 174, §4º permite expressamente a alteração do nome do reconhecido⁶³.

⁵⁹ CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro Civil das pessoas naturais: parte geral e registro e nascimento, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 228 e 229

⁶⁰ A obra foi elaborada anteriormente à vigência do Provimento 63/2017.

⁶¹ CALDERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriele Bortolan. *Filiação socioafetiva: repercussões a partir do provimento 63 do cnj*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/301241/filiacao-socioafetiva-repercussoes-a-partir-do-provimento-63-do-cnj>>. Acesso em 23/04/2020, pp. 13-14.

⁶² BOSELLI, Karine; RIBEIRO, Izolda Andrea; MRÓZ, Daniela. *Registro civil das pessoas naturais*. Em "Registros Públicos", Alberto Gentil, coordenador, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 181.

⁶³ Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, art. 174: "§ 4º – A alteração do nome em razão do reconhecimento de paternidade ou maternidade será averbada nos registros dos filhos e netos do reconhecido, se houver."(Disponível em

Por analogia, pode ainda ser utilizado como fundamento o inciso II e parágrafos do art. 2º do Provimento 82/2019 do CNJ⁶⁴.

2.2.2 Qualificação pelo Registrador

A redação original do Provimento 63/2017 não previa a necessidade de prova da socioafetividade, bastando a declaração das partes, sendo que ao Oficial de Registro cabia recusar o ato somente se houvesse suspeita de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho⁶⁵. Aproximava-se, nesse ponto, do reconhecimento de filiação biológica, em que não se exigem provas, sendo ato meramente declaratório.

Com a edição do Provimento 83/2019, que alterou o Provimento 63/2017, passou a incumbir ao Registrador investigar a existência do vínculo afetivo, "mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos"(§1º do art. 10-A do Provimento CNJ nº 63/2017). Assim, deverá ser averiguado o comportamento social típico de pais e filhos — *nomen, fama e tractatus*, acima vistos —, além da convivência familiar duradoura⁶⁶.

Indica PAULO LÔBO ser necessária uma convivência duradoura e não episódica entre as pessoas que integrem a entidade familiar e, embora o Direito brasileiro não estabeleça "um tempo determinado para que se caracterize a convivência familiar", este "há de ser suficiente para que se identifiquem laços familiares efetivos e não apenas relações afetivas"⁶⁷.

<<https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/legislacao/justica-estadual/>>. Acesso em 27/04/2020).

⁶⁴ Provimento 82/2019: "Art. 2º. Poderá ser requerido, perante o Oficial de Registro Civil competente, a averbação do *acréscimo do patronímico* de genitor ao nome do filho menor de idade, quando:[...] II - O filho tiver sido registrado apenas com o patronímico do outro genitor. §1º. O procedimento administrativo previsto no caput deste artigo não depende de autorização judicial. §2º. Se o filho for maior de dezesseis anos, o acréscimo do patronímico exigirá o seu consentimento. §3º. Somente será averbado o acréscimo do patronímico ao nome do filho menor de idade, quando o nome do genitor for alterado no registro de nascimento, nos termos do art. 1º, deste Provimento.[...]"(Destaque nosso).

⁶⁵ Provimento 63/2017: "Art. 12. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local".

⁶⁶ Provimento 63/2017: "Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser *estável* e deve estar *exteriorizada socialmente*.[...]"(Destaque nossos).

⁶⁷ LÔBO, Paulo, *Direito civil: volume 5: famílias*. 10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 238.

Dentre os elementos a serem analisados pelo Oficial, estão os documentos comprobatórios do vínculo de filiação, conforme visto no item "2.1.2 Prova do estado de filiação" deste trabalho.

Conforme visto acima, a "ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade" (§3º do art. 10-A). O Registrador fará uma análise casuística, de modo que uma pessoa poderá ser notoriamente conhecida como filha de outra, preenchendo os elementos *fama* e *tractatus* da posse do estado de filho⁶⁸, o que pode ser verificado pela prova testemunhal. De outro lado, pode ocorrer de uma pessoa ter uma prova documental (por exemplo, um instrumento particular de reconhecimento firmado por pessoa falecida) que seja considerado insuficiente para o deferimento do pedido.

Todos os "documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento" (§4º do art. 10-A do Provimento 63/2017).

O Oficial proferirá uma decisão de procedência ou improcedência do pedido de reconhecimento de filiação, a qual será arquivada nos autos do procedimento.

Sendo negativa a qualificação registral, ou seja, entendendo o Registrador não estarem presentes os requisitos da socioafetividade, restará às partes (i) buscar a via judicial, ou (ii) tentar superar o óbice administrativamente, conforme legislação de cada Estado da Federação, por meio do processo de dúvida ou pedido de providências⁶⁹.

Caso seja positiva a qualificação, entendendo o Oficial pela possibilidade de averbar o novo parentesco no assento de nascimento, ainda restará uma última etapa, qual seja o encaminhamento dos autos ao Ministério Público.

2.2.3 Encaminhamento ao Ministério Público

"Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o

⁶⁸ Vide item "1 A filiação socioafetiva" deste trabalho.

⁶⁹ No Estado de São Paulo, por exemplo, pelo fato de o ato registral buscado no procedimento de reconhecimento de paternidade ser uma averbação, a parte poderá valer-se de um pedido de providências, perante o Juiz Corregedor Permanente, com possível recurso posterior à Corregedoria Geral da Justiça.

expediente ao representante do Ministério Público para parecer"(§9º do art. 11 do Provimento 63/2017).

Uma interpretação sistemática da norma do CNJ permite concluir que o encaminhamento ao Ministério Público somente se dará quando o reconhecido for menor de 18 anos, tendo em vista a redação de um dos considerandos do Provimento 83/2019⁷⁰:

"CONSIDERANDO ser recomendável que o Ministério Público seja sempre ouvido nos casos de reconhecimento extrajudicial de parentalidade socioafetiva de menores de 18 anos;"

Também a ementa do Pedido de Providências nº 0001711-40.2018.2.00.0000, que resultou na elaboração do Provimento 83/2019 do CNJ, permite essa conclusão:

"PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. ALTERAÇÃO DA SEÇÃO II DO PROVIMENTO CNJ N. 63/2017. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. REFERENDO.

1. Alteração da Seção II do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça.[...]

5. Oitiva do Ministério Público nos casos de reconhecimento extrajudicial de parentalidade socioafetiva de menores de 18 anos.

Provimento referendado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça."⁷¹

Entretanto, parcela da doutrina registral sustenta que "não houve restrição às hipóteses envolvendo pessoa menor de 18 anos de idade, de modo que o Registrador Civil sempre deverá encaminhar o procedimento ao Ministério Público, para parecer"⁷².

⁷⁰ Nesse sentido: (1) BOSELLI, Karine; RIBEIRO, Izolda Andrea; MRÓZ, Daniela. *Registro civil das pessoas naturais*. Em "Registros Públicos", Alberto Gentil, coordenador, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 178; (2) SILVA, Érica Barbosa e. *Primeiras impressões sobre o provimento 83 do cnj, sobre filiação socioafetiva*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/erica-barbosa-impressoes-provimento-filiacao-socioafetiva>>. Acesso em 25/04/2020.

⁷¹ CNJ - PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0001711-40.2018.2.00.0000 - Rel. HUMBERTO MARTINS - 51ª Sessão - j. 30/08/2019.

⁷² ASSUMPÇÃO, Gabriela Franco Maculan; ASSUMPÇÃO, Isabela Franco Maculan; e ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. *O filho após a constituição de 1988, os avós e o provimento 83 do cnj*. Disponível em <<http://www.notariado.org.br/blog/wp-content/uploads/2019/10/Artigo-O-filho-após-a-Constituição-de-1988.pdf>>. Acesso em 25/04/2020.

A Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Provimento nº 001/2020-CGJ), vigente desde janeiro/2020, copiou a redação do Provimento 83/2019 em seu art. 181, sem qualquer ressalva, dando a entender que naquele Estado a manifestação pelo Ministério Público será sempre necessária⁷³.

Em mesma direção, a Associação dos Notários e Registradores do Estado de Mato Grosso - ANOREG-MT editou a Nota de Orientação nº 38/2020, na qual prevê que "[t]odos os requerimentos deverão ser enviados ao Ministério Público"⁷⁴.

Também a ARPEN-Brasil, em Nota Técnica, recomenda que todos os procedimentos sejam encaminhados ao Ministério Público, "salvo dispensa expressa daquele órgão" em relação aos maiores de 18 anos⁷⁵.

O parecer do Ministério Público será arquivado pelo Registrador nos autos do procedimento.

Caso o Promotor entenda não estarem atendidos os requisitos para o reconhecimento extrajudicial da paternidade ou maternidade, ficará obstada a prática da averbação. De outro lado, o parecer positivo deixará livre o caminho para o ato registral.

2.2.4 Averbação da filiação e outros desdobramentos

Uma vez concluído o procedimento, com a qualificação positiva do Registrador, bem como parecer favorável do Ministério Público, o ato a ser praticado no assento de nascimento, nos termos do inciso II do art. 10 do CC/2002⁷⁶ e da alínea "d" do §1º do art. 29 da Lei 6.015/1973⁷⁷, será uma *averbação*.

⁷³ Disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/>>. Acesso em 06/04/2020.

⁷⁴ Disponível em <<https://www.anoregmt.org.br/novo/wp-content/uploads/2020/01/Nota-de-orientacao38-2020-paternidade-maternidade-socioafetiva.pdf>>. Acesso em 25/04/2020.

⁷⁵ ARPEN-BRASIL, Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais. *Nota técnica da arpen/br sobre o provimento nº 83 do cnj*. Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODgwMDA=&filtro=1>>. Acesso em 02/05/2020.

⁷⁶ CC/2002: "Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:[...] II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação;[...]"

⁷⁷ Lei 6.015/1973, art. 29: "§ 1º Serão averbados:[...] d) os atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos ilegítimos;"

Dessa averbação, embora não preveja a norma, deverá constar que se trata de paternidade ou maternidade socioafetiva, já que o parentesco biológico, se não designado no assento, poderá ser futuramente inserido⁷⁸.

Da averbação deverão constar a naturalidade, domicílio ou residência e profissão do pai ou mãe socioafetivo, especialmente porque as duas primeiras informações são divulgadas nas certidões de nascimento em breve relatório⁷⁹ e sua ausência poderia trazer indícios da natureza da filiação, o que é expressamente vedado pelo art. 6º da Lei 8.560/1992⁸⁰.

Além disso, serão inseridos os nomes dos pais da pessoa que reconheceu, na qualidade de avós do registrado, tendo em vista a igualdade entre os filhos (art. 1.596 do CC/2002), o caráter cogente das relações de parentesco previstas no art. 1.591 do CC/2002⁸¹, bem como os requisitos do registro de nascimento constantes do art. 54 da Lei de Registros Públicos⁸².

O art. 106 da Lei 6.015/1973 impõe a anotação das averbações nos atos anteriores⁸³.

A averbação de reconhecimento de filhos parece ser uma exceção à norma. Isso porque a anotação não modifica o conteúdo do assento e, somado a isso, há restrição de publicidade dos atos relativos à filiação⁸⁴, de modo que ficaria oculta em sua integralidade, sem qualquer notícia de seu conteúdo sequer na certidão em

⁷⁸ Ressalve-se a discussão acerca de ser possível estabelecer a multiparentalidade na via administrativa, o que será enfrentado posteriormente nesse trabalho.

⁷⁹ Provimento 63/2017: "Art. 4º As certidões de nascimento deverão conter, no campo filiação, as informações referentes à naturalidade, domicílio ou residência atual dos pais do registrando".

⁸⁰ Lei 8.560/1992: "Art. 6º Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal. § 1º Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente lei. § 2º São ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor, mediante decisão fundamentada, assegurados os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado."

⁸¹ CC/2002: "Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes".

⁸² Lei 6.015/1973: "Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:[...] 7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal. 8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;[...]".

⁸³ Lei 6.015/1973: "Art. 106. Sempre que o oficial fizer algum registro ou averbação, deverá, no prazo de cinco dias, anotá-lo nos atos anteriores, com remissões recíprocas, se lançados em seu cartório, ou fará comunicação, com resumo do assento, ao oficial em cujo cartório estiverem os registros primitivos, obedecendo-se sempre à forma prescrita no artigo 98.[...]".

⁸⁴ Código de Normas Extrajudicial do Estado da Bahia: "Art. 435. O Registro Civil das Pessoas Naturais expedirá as *certidões de nascimento*, redigidas de forma a impossibilitar qualquer interpretação ou identificação da pessoa haver sido fruto de uma relação extra matrimonial, de adoção, ou de *filiação socioafetiva*, hipóteses estas em que será garantido o sigilo.". Disponível em <<http://www5.tjba.jus.br/extrajudicial/normas-extrajudiciais/>>. Acesso em 06/04/2020.

breve relatório. Não haveria função alguma para a anotação do reconhecimento, que somente seria vista por quem eventualmente pedisse uma certidão inteiro teor.

Quanto à CRC, caberá ao Registrador retificar a carga do assento de nascimento, incluindo a paternidade ou maternidade socioafetiva⁸⁵. O mesmo deve ser feito no Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (SIRC)⁸⁶.

2.2.5 Emolumentos

Questão importante diz respeito aos emolumentos. Afinal, há isenção para todos os que requererem a averbação do reconhecimento de filhos?

Embora sem previsão legal, o Provimento 12/2010 do CNJ — não revogado expressamente —, que versa sobre a regularização dos Registros de Nascimento de pessoas sem paternidade estabelecida prevê o seguinte:

"Artigo 6º Àquele que se declarar pobre, por não ter condição de arcar com as custas e emolumentos eventualmente devidos sem prejuízo do próprio sustento ou da família, será reconhecida a isenção."

Posteriormente — e ainda sem lei nesse sentido —, o Provimento 19/2012 do CNJ (assegura aos comprovadamente pobres a gratuidade da averbação do reconhecimento de paternidade e da respectiva certidão), assim dispôs:

"Art. 1º. É gratuita a averbação, requerida por pessoa reconhecidamente pobre, do reconhecimento de paternidade no assento de nascimento.

⁸⁵ Provimento 46/2015 do CNJ: "Art. 6º - Os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais deverão disponibilizar para a Central de Informações de Registro Civil das Pessoas Naturais – CRC as informações definidas pela Arpen-Brasil, observada a legislação em vigor no que se refere a dados estatísticos, no prazo de dez dias, corridos, contados da lavratura dos atos, respeitadas as peculiaridades locais. Parágrafo único - Qualquer alteração nos registros informados à Central de Informações do Registro Civil deverá ser atualizada no mesmo prazo e forma do parágrafo anterior.

⁸⁶ Recomendação 40/2019 do CNJ: "Art. 1º RECOMENDAR às serventias extrajudiciais de registro de pessoas naturais a observância do prazo de 1 (um) dia útil estabelecido pela Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, para remessa ao INSS pelo Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (SIRC), ou por outro meio que venha a substituí-lo, da relação dos nascimentos, dos natimortos, dos casamentos, dos óbitos, das averbações, das anotações e das retificações registradas na serventia. Parágrafo Único. As serventias extrajudiciais de registro de pessoas naturais localizadas em municípios que não dispõem de provedor de conexão com a internet ou de qualquer meio de acesso à internet poderão remeter as informações de que trata o caput em até 5 (cinco) dias úteis."

Parágrafo único. A pobreza será demonstrada por simples declaração escrita assinada pelo requerente, independentemente de qualquer outra formalidade."

Não se discute a justiça da isenção, mas o modo como feita. Certo é que deve vir a isenção expressa em lei, nos termos do §6º do art. 150 da Constituição Federal⁸⁷ e do art. 176 do Código Tributário Nacional - CTN⁸⁸. Além disso, os emolumentos têm natureza jurídica de taxa, cuja instituição⁸⁹ e, também, isenção⁹⁰, são de competência Estadual⁹¹, o que culmina de inconstitucionalidade quaisquer leis — que não as estaduais — ou normas, concessivas de isenção de emolumentos.

Em 2016, a Lei 13.257 inseriu os §§ 5º e 6º no art. 102 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, passando a prever, ainda que de forma inconstitucional, a isenção para a averbação do reconhecimento de paternidade:

"§5º Os registros e certidões necessários à inclusão, a qualquer tempo, do nome do pai no assento de nascimento são isentos de multas, custas e emolumentos, gozando de absoluta prioridade.

§6º São gratuitas, a qualquer tempo, a averbação requerida do reconhecimento de paternidade no assento de nascimento e a certidão correspondente."

Na sequência, no Estado de São Paulo, a Corregedoria Geral da Justiça modificou as Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais, que antes tinham

⁸⁷ Constituição Federal, art. 150: "§ 6º Qualquer subsídio ou *isenção*, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, *taxas* ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g."(Destques nossos).

⁸⁸ CTN: "Art. 176. A *isenção*, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.[...]" (Destaque nosso).

⁸⁹ Lei 10.169/2000: "Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei. Parágrafo único. O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados."

⁹⁰ Constituição Federal: "Art. 151. É vedado à União: [...] III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios."

⁹¹ Sobre a natureza jurídica dos emolumentos, bem como a concessão de isenções, vide FREITAS, Matheus. *Regime tributário dos notários e registradores*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pp. 171 e segs., pp. 180 e segs., e pp. 206 e segs.

redação compatível aos Provimentos 12/2010 e 19/2012 do CNJ⁹². Com isso, passaram a repetir a redação dos parágrafos do art. 102 do ECA.

Em 2018, o próprio CNJ, pautando-se na nova redação do ECA, revogou o Provimento 19/2012:

"PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. ATO NORMATIVO. PROVIMENTO CNJ N. 19/2012. LEI N. 13.257/2016. SUPERVENIÊNCIA DE LEI EM SENTIDO CONTRÁRIO. REVOGAÇÃO DE ATO NORMATIVO DO CNJ CONTRÁRIO A LEI EM TESE.

1. A superveniência de lei em sentido estrito implica na revogação dos atos normativos editados pelo Conselho Nacional de Justiça que lhe são contrários.

2. A gratuidade da averbação destinada ao reconhecimento de paternidade no assento de nascimento, bem como da certidão de decorrente do registro, nos termos da Lei n. 13.257/2016, não permite restrição por ato normativo cronologicamente anterior e de grau hierárquico inferior.

3. *Pedido de revogação do Provimento CNJ n. 19/2012 provido.* (CNJ – Pedido de Providências nº 0004451-05.2017.2.00.0000 – Rio Grande do Sul – Rel. Cons. João Otávio de Noronha – DJ 07.05.2018) (Destaques nossos)

A modificação das Normas de Serviço do Estado de São Paulo, bem como a revogação do Provimento 19/2012 do CNJ, levam a crer, ao menos em um primeiro momento, que a isenção é indiscriminada, ou seja, qualquer pessoa que requeira o reconhecimento de filiação estará isenta do pagamento dos emolumentos.

Seguindo esse raciocínio, a Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Provimento nº 001/2020-CGJ) prevê o seguinte em seu art. 98⁹³:

"Não vencem emolumentos pelos registros e averbações decorrentes de adoção e de reconhecimento de filiação, a qualquer tempo, inclusive de indivíduos maiores, e pelo fornecimento das certidões respectivas."

Não parece ser esse o melhor entendimento.

⁹² Provimento CG nº 40/2017, fruto do processo nº 2017/113083 (Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 18/08/2017, DJ de 29/08/2017). Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTcyODQ=>>>. Acesso em 25/04/2020.

⁹³ Disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/>>>. Acesso em 06/04/2020.

Os §§5º e 6º do art. 102 do ECA são frutos de uma Emenda Aditiva ao Substitutivo Oferecido do Projeto de Lei nº 6.998, de 2013, de autoria da Deputada Iara Bernardi⁹⁴. Em sua justificativa, consta o seguinte:

"As isenções de multas, custas e emolumentos dos registros e certidões, bem como a gratuidade da averbação do documento do registro civil são condições fundamentais para a identidade e pertencimento da criança, para sua realização, razão pela qual consideramos relevante explicitá-lo. Entende-se que para proteger a criança, o registro também deve contemplar os novos desenhos familiares."

Nota-se que a norma de isenção visou proteger as crianças, razão pela qual foi inserida no ECA. Além disso, os parágrafos do art. 102 devem ser interpretados e aplicados dentro do microsistema do ECA, de modo que somente serão isentos de emolumentos os reconhecimentos de filiação referindo-se às crianças ou adolescentes, não se aplicando aos reconhecimentos de maiores de 18 anos.

Essa é a correta aplicação dos §§5º e 6º do art. 102 do ECA, pois a norma concessiva de isenção deve ser interpretada restritivamente. É o que reza o Código Tributário Nacional:

" Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:[...]
II - outorga de isenção;[...]."

Ainda que não prevaleça essa a interpretação restritiva, os emolumentos ainda poderão ser cobrados em uma situação.

Como decorrência do reconhecimento da filiação, surge a possibilidade de adoção, pelo reconhecido, dos apelidos de família daquele que o reconheceu, como visto acima, no item "2.2.1 Requerimento" deste trabalho.

O acréscimo dos apelidos de família — ao menos em relação aos menores de 18 anos — está previsto no Provimento 82/2019 do CNJ, que pode ser

94

Disponível em
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_emendas.jsessionid=1A0DD7494AEDC717C74652BD7EA3DFD6.proposicoesWebExterno1?idProposicao=604836&subst=1>. Acesso em 15/04/2020.

aplicado por *analogia* aos procedimentos de reconhecimento de paternidade, servindo como um dos fundamentos para a alteração do nome do reconhecido:

"Art. 2º. Poderá ser requerido, perante o Oficial de Registro Civil competente, a averbação do *acréscimo do patronímico* de genitor ao nome do filho menor de idade, *quando*:[...] II - *O filho tiver sido registrado apenas com o patronímico do outro genitor.* §1º. O procedimento administrativo previsto no caput deste artigo não depende de autorização judicial. §2º. Se o filho for maior de dezesseis anos, o acréscimo do patronímico exigirá o seu consentimento. §3º. Somente será averbado o acréscimo do patronímico ao nome do filho menor de idade, quando o nome do genitor for alterado no registro de nascimento, nos termos do art. 1º, deste Provimento.[...]"(Destques nossos).

Por essa alteração no nome serão devidos os emolumentos previstos nas tabelas de cada Estado da Federação. Essa é a orientação da Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais - ARPEN-Brasil, em Nota Técnica acerca da aplicação do Provimento 82/2019⁹⁵:

" I) Da Alteração de Patronímico Familiar

[...]

Custas e emolumentos: aplica-se o valor previsto para procedimento administrativo nas tabelas de emolumentos estaduais, respeitando-se as questões atinentes à gratuidade, quando for o caso.

Desse modo, parece razoável entender que caberá a cobrança de emolumentos sempre que o reconhecimento de filiação envolver acréscimo de apelidos de família.

Cumprе destacar que, em virtude da igualdade entre os filhos de qualquer natureza, as regras previstas no art. 102 do ECA se aplicam aos filhos biológicos e socioafetivos, que serão beneficiários da isenção de emolumentos. Nesse sentido é o art. 186 da Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Provimento nº 001/2020-CGJ)⁹⁶:

⁹⁵ ARPEN-BRASIL, Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais. *Nota técnica da arpen/br sobre o provimento nº 82 do cnj*. Disponível em <<http://www.arpenbrasil.org.br/noticia/8415>>. Acesso em 25/04/2020.

⁹⁶ Disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/>>. Acesso em 06/04/2020.

"Art. 186 – Aplica-se a regra sobre emolumentos prevista no art. 102, §6º, da Lei nº 8.069/90 ao reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva."

Por fim, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, por meio do Provimento CGJ 01/2021, introduziu o subitem 129-A.1 ao Capítulo XVII das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais, cujo texto dispõe que:

"A gratuidade da averbação do reconhecimento de paternidade prevista no §6º do art. 102 da Lei 8.069, de 13/07/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) não se estende ao reconhecimento de filho socioafetivo."

A referida alteração normativa tem um lado positivo, qual seja reconhecer a necessidade de remuneração pelos atos praticados por Registradores Civis. De outro lado, e negativamente, desprestigia a igualdade entre as diversas espécies de filiação, separando o reconhecimento biológico do reconhecimento socioafetivo.

2.2.6 Outros atos registrais decorrentes do reconhecimento

Após a averbação do reconhecimento, poderá a parte requerer a alteração de seu nome, se houve acréscimo de apelido de família, além da inserção do nome do novo ascendente registral, (i) se casada, no assento de seu casamento; e (ii) se tiver filhos e netos, nos assentos de nascimento destes.

Quanto ao registro de casamento, o requerimento de retificação poderá abranger apenas a inserção do nome do ascendente, que passará a constar das certidões de casamento. Se, com o reconhecimento da filiação, houve, também, o acréscimo de apelidos de família ao nome do reconhecido, a retificação deverá abranger essa modificação.

Ministram MARIO DE CARVALHO CAMARGO NETO e MARCELO SALAROLI DE OLIVEIRA que

"[...] se a pessoa optou por acrescentar o sobrenome paterno no seu registro de nascimento, também poderá optar por acrescentar esse mesmo sobrenome em seu nome de casada. Para isso, é importante e necessário que, ao requerer a averbação da filiação

no registro de casamento, também requeira expressamente o acréscimo do seu sobrenome em seu nome de casada."⁹⁷

Quanto à modificação dos registros de filhos e netos, esta é prevista expressamente pela Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 174⁹⁸:

"§ 4º – A alteração do nome em razão do reconhecimento de paternidade ou maternidade será averbada nos registros dos filhos e netos do reconhecido, se houver."

3 A multiparentalidade na esfera extrajudicial

Existe multiparentalidade quando uma pessoa possui três ou mais ascendentes em 1º grau, ou seja, existem três ou mais vínculos de filiação com uma só pessoa. Assim, haverá multiparentalidade se alguém tiver dois pais e uma mãe, ou duas mães e um pai, dois pais e duas mães etc.

As declarações de multi ou pluriparentalidade normalmente decorrem do (i) melhor interesse da criança⁹⁹ e (ii) do direito ao conhecimento da origem biológica. No Recurso Extraordinário nº 898.060, pautando-se na dignidade da pessoa humana e em uma derivação desta, o direito à busca da felicidade, foi firmada a Tese nº 622 do Supremo Tribunal Federal - STF:

"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação

⁹⁷ CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro Civil das pessoas naturais: parte geral e registro e nascimento, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 233.

⁹⁸ Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/legislacao/justica-estadual/>>. Acesso em 27/04/2020.

⁹⁹ "13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o *melhor interesse do descendente* for o reconhecimento jurídico de ambos. [...]15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º)." (RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)(Destaque nosso)

concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios."¹⁰⁰

PAULO LÔBO apresenta duas possíveis interpretações à tese fixada pelo STF. A primeira delas, restritiva, no sentido de que o STF reconheceu, com repercussão geral, a possibilidade de existir a multiparentalidade somente nos casos em que a filiação socioafetiva constar no registro, sendo buscada a inserção da filiação biológica¹⁰¹.

Outra interpretação, à qual se filia referido autor, é de ser possível a inclusão registral de ascendente socioafetivo superveniente ao biológico, ou seja, ainda que existam pais biológicos registrais, não estará afastada a multiparentalidade, tendo em vista a configuração de socioafetividade.

Realmente, parece adequada a segunda interpretação, cabendo ao juiz decidir, de acordo com o caso concreto, pela possibilidade, ou não, de inclusão do ascendente socioafetivo ao lado dos ascendentes biológicos.

Com essa breve visão do julgado do STF, passa-se ao ponto nodal do presente artigo: seria possível que o reconhecimento socioafetivo, pleiteado na via extrajudicial, resultasse em multiparentalidade?

Ao entrar em vigor o Provimento 63/2017 do CNJ, logo se iniciou um debate, do qual resultaram duas correntes entre os Registradores Cíveis e demais estudiosos do Direito de Família.

Um primeiro raciocínio é no sentido de que o Provimento tem por missão regularizar os assentos de nascimento que contém uma lacuna em relação ao nome de um dos genitores, permitindo, para tanto, o reconhecimento da filiação socioafetiva.

A segunda tese parte da premissa de que a norma do CNJ, ao mencionar o Recurso Extraordinário 898.060/SC em seus "consideranda"¹⁰², desejou, de fato, permitir a multiparentalidade diretamente no Registro Civil, sem a necessidade de processo judicial.

¹⁰⁰ RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo, *Direito civil: volume 5: famílias*. 10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 252-253.

¹⁰² "CONSIDERANDO o fato de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC);".

A segunda corrente foi a adotada pela Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais - ARPEN-Brasil, em nota de esclarecimento divulgada em 06/12/2017¹⁰³. Dentre as explicações da ARPEN-Brasil, encontra-se interpretação ao art. 14 do Provimento — anteriormente às modificações operadas pelo Provimento 83/2019 —, cuja redação era a seguinte:

"Art. 14. O reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento."

A referida Associação interpretou o dispositivo no sentido de que o termo "unilateral" significa que cada pai ou mãe socioafetivos deverá pleitear a filiação em procedimento autônomo, mas nunca em requerimento único.

Também LUIZ GUILHERME LOUREIRO interpretou a norma desse modo. Referido autor, partindo da premissa de que seria possível o reconhecimento socioafetivo por mais de um genitor — já que sua obra foi elaborada anteriormente ao Provimento 83/2019 —, afirma que o uso da palavra "unilateral" apenas implica a necessidade de "procedimentos de averbação diversos e autônomos"¹⁰⁴. Assim, caso pai e mãe socioafetivos compareçam conjuntamente no Cartório para efetuar o reconhecimento, deverão ser feitos dois requerimentos, com protocolos e procedimentos desvinculados.

GUSTAVO TEPEDINO e ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA¹⁰⁵, analisando o §3º do art. 11 do Prov. 63/2017, sustentam que o uso da conjunção "e"¹⁰⁶ possibilitou que o reconhecimento socioafetivo alcance as hipóteses de multiparentalidade. Mesmo é o sentir de MARCOS COSTA SALOMÃO¹⁰⁷.

¹⁰³ ARPEN-BRASIL, Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais. *Nota de esclarecimento acerca do provimento cnj nº 63/2017*. Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjEzOTc=>>. Acesso em 02/05/2020.

¹⁰⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 10. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 348.

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Direito de família*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 239.

¹⁰⁶ "§ 3º [...] devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor."(destaque nosso).

¹⁰⁷ SALOMÃO, Marcos Costa. *A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a multiparentalidade no provimento 63 do cnj*. Em "Revista IBDFAM famílias e sucessões", v.26 (mar./abr.), Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, pp. 133-134.

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo¹⁰⁸, pautando-se na primeira redação do Provimento CNJ nº 63/2017, decidiu ser possível a inserção, extrajudicialmente, de dois ascendentes — no caso concreto um pai e uma mãe — socioafetivos no assento de nascimento, mesmo que os pais biológicos figurem no registro.

Entretanto, não é essa a interpretação mais adequada.

A palavra "unilateral" significa que o reconhecimento socioafetivo extrajudicial não pode resultar em mais de dois genitores no assento de nascimento (um pai e uma mãe; ou dois pais; ou duas mães).

Como visto acima, a norma reconhece, em um de seus "consideranda", que "a paternidade afetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante [multiparentalidade] baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal - RE n. 898.060/SC)". Refere-se, portanto, ao reconhecimento de multiparentalidade realizado em *processo judicial*.

Além disso, não há expressa menção, em qualquer outro ponto do referido Provimento CNJ nº 63/2017, acerca da possibilidade de se estabelecer o vínculo de filiação multiparental, muito menos administrativamente.

Como o Provimento 63/2017 permite o reconhecimento socioafetivo, mas não é expreso acerca da multiparentalidade, prevalece a necessidade de processo judicial nesta hipótese¹⁰⁹.

Facilita-se o reconhecimento socioafetivo de filiação daqueles que possuem apenas um ascendente registral, sem que isso torne possível o estabelecimento de pluriparentalidade no âmbito administrativo.

Em 2018, buscando uniformizar a interpretação do Provimento 63/2017, a Corregedoria Nacional de Justiça, do CNJ, apresentou seu entendimento acerca do art. 14 do referido da norma, nos autos do Pedido de Providências nº 0003325-80.2018.2.00.0000¹¹⁰:

¹⁰⁸ Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, processo 26.935/2019, Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 31/07/2019.

¹⁰⁹ Lei 6.015/1973: "Art. 113. As questões de filiação legítima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento."

¹¹⁰ Corregedor Nacional de Justiça Ministro João Otávio de Noronha, j. 18/07/2018, DJ de 19/07/2018. Disponível em <<https://www.kollemata.com.br/provimento-cnj-63-2017-rcpn-paternidade-socioafetiva-nascimento-certidao-casamento-obito-reproducao.html>>. Acesso em 02/05/2020.

"A adoção do termo 'unilateral' se revelou necessária e adequada na medida em que o Provimento buscou promover o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva de um modo menos burocrático, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, sem, com isso, abrir mão da *reserva à segurança jurídica e sem possibilitar a subversão do procedimento criado, não conferindo espaço para a prática de atos tendentes a propiciar uma 'adoção à brasileira'*.

Dessa forma, o termo unilateral presente no art. 14 do Provimento 63/2017-CNJ limita o oficial de registro civil das pessoas naturais a anotar apenas um pai ou mãe socioafetivos, não possibilitando o registro de ambos ao mesmo tempo."(Destaques nossos)

Mesmo após a divulgação do entendimento da Corregedoria Nacional de Justiça acerca da norma de sua lavra, permaneceu o debate, dessa vez centrado na interpretação da manifestação do CNJ.

DE UM LADO, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, EM ARTIGO INTITULADO "O CNJ PROIBIU A MULTIPARENTALIDADE EM CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL", AFIRMOU QUE "A MONOPARENTALIDADE (REGISTRO DE UM FILHO SOMENTE COM O NOME DA MÃE) E A BIPARENTALIDADE (REGISTRO DE UM FILHO COM O NOME DE DOIS GENITORES) SÃO AS ÚNICAS HIPÓTESES ADMINISTRATIVAS NOS CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL"¹¹¹.

DE OUTRO, RICARDO CALDERÓN E GABRIELE BORTOLAN TOAZZA SUSTENTARAM QUE PODERIA O RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO RESULTAR EM MULTIPARENTALIDADE, MAS NUM MÁXIMO DE TRÊS ASCENDENTES, OU SEJA, DOIS PAIS E UMA MÃE OU DUAS MÃES E UM PAI. CASO A PARTE DESEJE BUSCAR A INSERÇÃO DE UM QUARTO ASCENDENTE, DEVERÁ BUSCAR A VIA JUDICIAL¹¹².

Em 2019, em nova tentativa de pacificar o assunto, o CNJ editou o Provimento 83, de 14/08/2019, inserindo dois parágrafos no art. 14 do Provimento 63/2017:

"Art. 14. [...]§1º Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno.

¹¹¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *O cnj proibiu a multiparentalidade em cartório de registro civil*. Disponível em <<http://adfas.org.br/2019/04/18/o-cnj-proibiu-a-multiparentalidade-em-cartorio-de-registro-civil/>>. Acesso em 01/05/2020.

¹¹² CALDERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriele Bortolan. *Filiação socioafetiva: repercussões a partir do provimento 63 do cnj*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/301241/filiacao-socioafetiva-repercussoes-a-partir-do-provimento-63-do-cnj>>. Acesso em 23/04/2020, pp. 13 e 20-23.

§2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial."

FLÁVIO TARTUCE, que já entendia ser possível o estabelecimento de multiparentalidade no âmbito administrativo, continua sustentando tal posicionamento após a edição do Provimento 83/2019 do CNJ. Entretanto, ministra que a redação do §1º do art. 14 limita o reconhecimento "a apenas um pai ou mãe que tenha a posse de estado de filho", sendo que para a "inclusão de mais de um ascendente [...] será necessário ingressar com ação específica de reconhecimento perante o Poder Judiciário"¹¹³.

Em mesmo sentido posicionaram-se KARINE BOSELLI, IZOLDA ANDREA RIBEIRO e DANIELA MRÓZ, bem como ANDRÉ VIEIRA SARAIVA DE MEDEIROS e AMANDA CAROLINE ANDRIGUETTO SANTOS¹¹⁴⁻¹¹⁵.

Não parece ser essa a correta leitura da normativa.

O Provimento 63/2017, mesmo após as alterações de seu texto, não é expreso acerca da possibilidade de o reconhecimento ensejar multiparentalidade no âmbito extrajudicial.

PAULO LÔBO, mesmo após a edição do Provimento 83/2019, escreve em sua obra que a "decisão judicial prévia é exigível para a multiparentalidade (socioafetiva e biológica)"¹¹⁶.

Não tem lógica interpretar a norma (i) admitindo-se a multiparentalidade e (ii) limitando-a em três ascendentes. Interessantes são as considerações de LUIZ GUILHERME LOUREIRO:

"Se nossa ordem constitucional admite a multifamília, como quer se fazer crer, por que não dois, três, cinco, seis, ou um número ilimitado de ascendentes? De qual fato social, histórico, cultural ou antropológico foi constatado este número adequado,

¹¹³ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 1.307.

¹¹⁴ BOSELLI, Karine; RIBEIRO, Izolda Andrea; MRÓZ, Daniela. *Registro civil das pessoas naturais*. Em "Registros Públicos", Alberto Gentil, coordenador, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 179.

¹¹⁵ MEDEIROS, André Vieira Saraiva de; SANTOS, Amanda Caroline Andriguetto Santos. *Multiparentalidade: considerações à luz da repercussão geral nº 622 do stf e dos provimentos nº 63/17 e nº 83/19 do conselho nacional de justiça*. Em "Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná", ano 6 - nº 11, dezembro/2019, Curitiba, Paraná, pp. 309-310. Disponível em <<https://apps.mppr.mp.br/openjournal/index.php/revistampri/issue/view/12>>. Acesso em 25/04/2020.

¹¹⁶ LÔBO, Paulo, *Direito civil: volume 5: famílias*. 10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 239-240.

conveniente de relações de paternidade/maternidade, sejam elas de qual natureza forem (consanguínea, civil, afetiva)?"¹¹⁷

Cabe lembrar que o mesmo CNJ, ao qual se imputa permitir a multiparentalidade, proibiu a lavratura de escrituras de uniões estáveis poliafetivas, o que, assim como no caso da multiparentalidade, não impede seu reconhecimento na esfera judicial¹¹⁸⁻¹¹⁹:

"PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. *IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA*. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. *MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE*. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO. [...]

2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.

3. *A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes.*

4. A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos.

¹¹⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 10. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Editora Juspodivm, 2019, pp. 351-352.

¹¹⁸ Comunicado CG Nº 1448/2018, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Em cumprimento ao decidido no Pedido de Providências n. 0001459-08.2016.2.00.0000 pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, esta Corregedoria Geral da Justiça comunica aos Senhores Responsáveis pelas Delegações correspondentes a Tabela de Notas do Estado de São Paulo que é proibida a lavratura de escrituras públicas declaratórias de 'união poliafetiva', sob de pena de responsabilidade administrativa."(DJe de 2/8/2018).

¹¹⁹ Note-se que o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 1045273, Tema 529 da repercussão geral, fixando a seguinte tese: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”.

6. *Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”.*

7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico.

8. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.

9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem conseqüências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.

10. A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial.

11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”.

12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos.

13. Pedido de providências julgado procedente."(CNJ - PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0001459-08.2016.2.00.0000 - Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - 48ª Sessão - j. 26/06/2018)(Destques nossos)

A dignidade da pessoa humana, no caso do reconhecimento da filiação socioafetiva e da multiparentalidade, no RE 898.060/SC, foi utilizada como "*fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos*, também denominado *eficácia positiva* do princípio"¹²⁰.

Conforme lição de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS:

"a *dignidade humana* consiste na *qualidade* intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc."¹²¹

LUIS ROBERTO BARROSO, ao tratar da dignidade da pessoa humana, ministra o seguinte:

"Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus próprios valores e convicções. Isso tem feito com que a ideia de dignidade seja frequentemente invocada pelos dois lados do litígio, quando estejam em disputa questões moralmente controvertidas."¹²²

Sabe-se que o "uso abusivo e retórico da 'dignidade humana' pode *banalizar* esse conceito, *dificultando* a aferição da racionalidade da tomada de decisão pelo Poder Judiciário"¹²³.

BARROSO, então, propõe um conteúdo mínimo da dignidade, identificando-a como "(1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor

¹²⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed., livro digital (E-pub), São Paulo: Saraiva Educação, 2020, posições 2168 e 2187

¹²¹ *Ibidem*, posição 2138.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 283-284.

¹²³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed., livro digital (E-pub), São Paulo: Saraiva Educação, 2020, posição 2258.

comunitário)"¹²⁴. Quanto ao último elemento — valor comunitário —, explica que este "constitui o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de *vida boa*"¹²⁵.

Então resta questionar: a sociedade brasileira assimilou completamente a multiparentalidade, de modo a ser possível inseri-la no registro de nascimento mediante procedimento extrajudicial? Não seria necessário um debate mais amplo, no âmbito do Poder Legislativo, seguido de eventual elaboração de lei?

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA ministra que o "tema ainda instiga maiores debates, pois há questões pendentes referentes à possibilidade da multiparentalidade no Direito brasileiro", citando como exemplo o fato de a partilha entre ascendentes e descendes pautar-se em duas linhas sucessórias quando realizada em favor de ascendentes¹²⁶.

LUIZ GUILHERME LOUREIRO também é crítico em relação ao que denomina "fenômeno da multifamília", apontando não haver "fato incontestável a demonstrar" uma "evolução da sociedade atual a ser reconhecida pelo Direito, e que atende ao interesse superior da criança"¹²⁷.

Nossos vizinhos argentinos, por exemplo, fizeram constar expressamente em seu Código Civil e Comercial, em vigor desde 1º de agosto de 2015, que nenhuma pessoa pode ter mais de dois vínculos de filiação (artigo 558)¹²⁸.

Não obstante ser possível reconhecer a multiparentalidade na esfera judicial, o que foi expressamente acolhido no RE 898.060, a falta de lei impede que o mesmo ocorra extrajudicialmente, eis que vinculados os Registradores à legalidade. Além disso, da leitura do Provimento 63/2017 não se conclui pela possibilidade de se alcançar a pluriparentalidade na esfera administrativa.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 288.

¹²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo*. Coordenação de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, comentários ao art. 1.596, p. 1984.

¹²⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 10. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Editora Juspodivm, 2019, pp. 351-352.

¹²⁸ Código Civil y Comercial de la Nación: "ARTICULO 558. [...]Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación."(Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>>. Acesso em 02/05/2020).

Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que o Provimento nº 63/2017 é importante mecanismo de desjudicialização, viabilizando o reconhecimento da filiação socioafetiva em procedimento extrajudicial.

A capilaridade dos Registros Civis das Pessoas Naturais, presentes em todos os Municípios brasileiros, facilita sobremaneira a regularização dos assentos de nascimento. A tecnologia, especialmente a Central de Informações do Registro Civil - CRC, possibilita que pais, mães e filhos, comparecendo em qualquer Cartório, iniciem o procedimento de reconhecimento de filiação, mesmo que o registro de nascimento esteja em uma Serventia situada no outro extremo do país.

A regulamentação da matéria pelo Conselho Nacional de Justiça, mormente após as alterações operadas pelo Provimento nº 83/2019, norteia e atribui segurança jurídica ao procedimento, permitindo que o Registrador Civil qualifique objetivamente a socioafetividade e pratique os atos registrais pertinentes.

Referências bibliográficas

ARGENTINA, Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet>>. Acesso em 02/05/2020.

ARPEN-BRASIL, Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais. *Nota de esclarecimento acerca do provimento cnj nº 63/2017*. Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjEzOTc=>>. Acesso em 02/05/2020.

_____. *Nota técnica da arpen/br sobre o provimento nº 82 do cnj*. Disponível em <<http://www.arpenbrasil.org.br/noticia/8415>>. Acesso em 25/04/2020.

_____. *Nota técnica da arpen/br sobre o provimento nº 83 do cnj*. Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODgwMDA=&filtro=1>>. Acesso em 02/05/2020.

ARPEN-SP, Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo. *Compilação dos enunciados da arpen-sp*. Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19wYWdpbmFz&idPagina=528>>. Acesso em 27/04/2020.

ASSUMPÇÃO, Gabriela Franco Maculan; ASSUMPÇÃO, Isabela Franco Maculan; e ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. *O filho após a constituição de 1988, os avós e o provimento 83 do cnj*. Disponível em <<http://www.notariado.org.br/blog/wp-content/uploads/2019/10/Artigo-O-filho-após-a-Constituição-de-1988.pdf>>. Acesso em 25/04/2020.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/180.pdf>. Acesso em 23/04/2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BOSELLI, Karine; RIBEIRO, Izolda Andrea; MRÓZ, Daniela. *Registro civil das pessoas naturais*. Em "Registros Públicos", Alberto Gentil, coordenador, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

CALDERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriele Bortolan. *Filiação socioafetiva: repercussões a partir do provimento 63 do cnj*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/301241/filiacao-socioafetiva-repercussoes-a-partir-do-provimento-63-do-cnj>>. Acesso em 23/04/2020.

CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro Civil das pessoas naturais: parte geral e registro e nascimento, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação Cezar Peluso. 14. ed., Barueri[SP]: Manole, 2020.

FRANÇAIS, Le Code Civil des. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9F5DE345E5F4DC93E232CC30DFD1BF37.tplgfr37s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150014&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200423>. Acesso em 23/04/2020.

FREITAS, Matheus. *Regime tributário dos notários e registradores*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo*. Coordenação de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo, *Direito civil: volume 5: famílias*. 10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 10. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MEDEIROS, André Vieira Saraiva de; SANTOS, Amanda Caroline Andriguetto Santos. *Multiparentalidade: considerações à luz da repercussão geral nº 622 do stf e dos provimentos nº 63/17 e nº 83/19 do conselho nacional de justiça*. Em "Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná", ano 6 - nº 11, dezembro/2019, Curitiba, Paraná. Disponível em <<https://apps.mppr.mp.br/openjournal/index.php/revistamppr/issue/view/12>>. Acesso em 25/04/2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed., livro digital (E-pub), São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SALOMÃO, Marcos Costa. *A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a multiparentalidade no provimento 63 do cnj*. Em "Revista IBDFAM famílias e sucessões", v.26 (mar./abr.), Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *O cnj proibiu a multiparentalidade em cartório de registro civil*. Disponível em <<http://adfas.org.br/2019/04/18/o-cnj-proibiu-a-multiparentalidade-em-cartorio-de-registro-civil/>>. Acesso em 01/05/2020.

SILVA, Érica Barbosa e. *Primeiras impressões sobre o provimento 83 do cnj, sobre filiação socioafetiva*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/erica-barbosa-impressoes-provimento-filiacao-socioafetiva>>. Acesso em 25/04/2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Direito de família*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

Ano 7 • vol. 20 • abr.-jun. / 2020

DOCTRINA ESTRANGEIRA

DAÑOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA¹

DAMAGE TO FAMILY RELATIONS

DANOS ÀS RELAÇÕES FAMILIARES

Federico José Romero

Abogado (U.N.C) y Profesor en Ciencias Jurídicas (U.N.C).

Adscripto docente de Derecho de Familia y de Sucesiones de la Facultad de Derecho, U.N.C. (Cátedra “A” a cargo de la Titular. Prof. Dra. Alicia García de Solavagione), Argentina.

Resumen: *El objetivo de estas líneas es dilucidar si corresponde o no plenamente a la aplicación del régimen de responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones familiares o si, por el contrario, las relaciones familiares tienen ciertas peculiaridades que, en algunos casos, pueden limitar o prevenir tal aplicación.*

Palabras clave: *Responsabilidad civil - daños – principios-relaciones familiares*

Resumo: O objetivo dessas linhas é elucidar se corresponde ou não totalmente à aplicação do regime de responsabilidade civil aos danos decorrentes das relações familiares ou se, pelo contrário, as relações familiares apresentam certas particularidades que, em alguns casos, podem limitar ou impedir tal aplicação.

Palavras-chave: *Responsabilidade civil - danos – relações familiares-princípios*

Abstract: *The objective of these lines is to elucidate whether it fully corresponds or not, the application of the civil liability regime to those damages arising from family*

¹ Como citar este artigo: ROMERO, Frederico José. *Daños en las relaciones de familia*. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/mai. 2020, v. 20, p. 142-162.

relationships, or whether, on the contrary, family relationships bear certain particularities that in some cases may limit or prevent such application.

Key words: *Civil liability-damages-family relations-principles.*

Sumario: Introducción. 1. Lineamientos actuales de la responsabilidad Civil. 2. Daños y relaciones de familia. 3. Conclusiones finales.

Introducción.

El tema a tratar ha generado no pocas discusiones en nuestra doctrina. El objetivo de estas líneas es dilucidar si corresponde, plenamente o no, la aplicación del régimen de responsabilidad civil a aquellos daños provenientes de las relaciones familiares; o si, por el contrario, las relaciones familiares ostentan ciertas particularidades que en algunos casos pueden limitar o impedir dicha aplicación.

Durante mucho tiempo se consideró que había razones de orden moral superior a preservar por sobre la individualidad de los miembros de una familia (alegando incluso la protección constitucional de la familia). No es que se negara la existencia de daños en las relaciones de familia, pero se consideraba inmoral y perturbante de la armonía familiar la posibilidad de que un miembro de la familia demande a otro a los fines de la reparación - con contenido monetario - de un daño injustamente sufrido.

Junto a aquel razonamiento de orden moral, también se encontraba otra cuestión, cual es la de la especificidad del derecho de familia, la cual contaba - y cuenta - en ciertos supuestos con un régimen de sanciones propio, como el establecido para el caso de la nulidad del matrimonio.

Pese a estos argumentos que son propios de una tesis negativa respecto de la aplicación del régimen de responsabilidad civil a las relaciones de familia, lo cierto es que de a poco, con más restricciones en un comienzo, se fue admitiendo la resarcibilidad de los daños causados en las relaciones familiares. López Herrera², citando a Mosset Iturraspe, "...fue preciso entonces que ocurriera

² LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

una desacralización de los lazos familiares, unida a una fuerte relajación de los vínculos emergentes, para que se pudiera pensar en una acción por daños”.

Por otro lado, y más cercano a las posiciones actuales, propios de una tesis positiva, entienden que no hay motivos suficientes ni válidos para sostener que la familia es un ámbito inexpugnable, cerrado para el derecho de daños.

Por otra parte, entienden que por mayor especificidad que ostente la normativa familiar, dicha rama, no se encuentra separada del tronco del derecho civil al cual pertenece.

López Herrera³ se pregunta al respecto, ¿Podría pensarse, acaso, que, por tratarse de un daño entre familiares, causado por uno y sufrido por otro, el mismo pierde el carácter de injusto? ¿Cabría aceptar que la condición de familiar otorga una especie de derecho a dañar?

Este cuestionamiento es crucial, sobre todo teniendo en cuenta que la normativa familiar, cuenta con supuestos que admiten la reparación de los daños como en el supuesto de falta de reconocimiento voluntario en materia de filiación y nulidad del matrimonio; supuestos que vedan la posibilidad de demandar por daños y perjuicios en el caso de la ruptura intempestiva de esponsales; y supuestos que guardan silencio, como aquellos que se puedan derivar del incumplimiento de los deberes maritales. Sobre estos últimos dos supuestos debe determinarse la aplicación o no de dicho régimen de responsabilidad civil, los cuales se dilucidarán en el punto 2 de este escrito al cual se remite.

1. Lineamientos actuales de la responsabilidad Civil.

En palabras de Pizarro⁴, debemos entender por responsabilidad civil a la obligación de reparar todo daño injustamente causado (o sufrido), con motivo de la violación al deber general de no dañar o de un incumplimiento obligacional.

³ LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

⁴ PIZARRO, R.; VALLESPINO, C. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

Y si bien dicha responsabilidad engloba bajo su rótulo, tres funciones atinentes a la responsabilidad, como la preventiva, la resarcitoria, y la punitiva, a los fines de este trabajo solo nos enfocaremos en la función resarcitoria.

Dentro de los principios que orientan a todo el sistema de responsabilidad civil, dada su jerarquía constitucional, nos encontramos con el Principio *Alterum non laedere*, o de no dañar a otro, al cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los casos “Santa Coloma”, “Ghunter” y “Lujan”, reconoció el anclaje constitucional del Principio en el artículo 19 de la Constitución Nacional, y por ende, dicha jerarquía a dicho principio.

Posteriormente, La Corte Suprema Argentina, en la causa “Aquino” (2004), al declarar la inconstitucionalidad del artículo 39 inciso 1 de la ley de riesgos de trabajo 24.557, termina por elevar a otro principio, como es el de la reparación Plena o Integral, a la jerarquía constitucional.

El nuevo Código Civil argentino lo ha receptado al Principio *Alterum non laedere*, o de no dañar a otro, en el artículo 1.717, en cuanto dispone: “*Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”.

Por otra parte, el 1.740 del mismo cuerpo legal, consagra el principio de reparación plena cuando dispone: “*La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable*”.

Además, de estos principios, que no son excluyentes de la órbita civil, sino que deben entenderse como principios generales del derecho dada su jerarquía constitucional, nos encontramos con otros que, dentro del sistema de responsabilidad civil, han tenido debida recepción: la tutela de la dignidad de la persona humana, la cual, es inviolable, del artículo 51 del Código Civil argentino; y cuya protección se manifiesta entre otros supuestos, mediante la inembargabilidad de ciertos créditos resarcitorios (artículo 744 del mismo Código), la ampliación de las fronteras del daño moral, etc.

Ahora bien, siempre dentro de la función resarcitoria, para hacerse efectiva, es decir para que surja aquella obligación de responder ante la víctima, deben confluir los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil: 1) Daño resarcible; 2) Antijuricidad; 3) Factor de atribución; y 4) Nexo de Causalidad.

En el primer presupuesto, el daño resarcible, de acuerdo a un sector muy importante de la doctrina, lo entiende haciendo una distinción entre lesión (sentido amplio) a un derecho subjetivo o a un interés legítimo o no reprobado por el ordenamiento jurídico, y el daño resarcible propiamente dicho, como la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo debe existir una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último.

Este daño resarcible, puede manifestarse en la esfera patrimonial y moral del damnificado. En el primer supuesto, cuando a raíz de una lesión - a un derecho o interés jurídicamente protegido o no reprobado por el ordenamiento -sea menoscabado el patrimonio de una persona, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales, futuras y previsibles, estaremos ante un daño patrimonial.

Por su parte, el daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, en palabras de Zavala de González⁵, importa “una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial”.

Ahora bien, no todo daño será resarcible, sino sólo aquellos que sean consecuencia inmediata o mediata previsible del hecho generador, y que además reúnan los requisitos del artículo 1.739 del Código Civil argentino, el cual dispone: “*Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador*”.

⁵ OSSOLA, F. A; RIVERA, J.C; MEDINA, G. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

Con respecto al segundo presupuesto, la antijuricidad - en un sentido material -, supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo este de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas de orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho, y hasta el ejercicio abusivo de los derechos (Goldemberg⁶).

Esta antijuricidad se predica respecto de conductas humanas, - y de todo el ordenamiento jurídico integralmente considerado- y surge de confrontar el hecho humano con el ordenamiento con prescindencia de la imputabilidad o no del agente, esto es, un juicio de valor netamente objetivo. Por ello, la existencia del discernimiento o su ausencia, pueden ser causa de exclusión de la culpabilidad, pero no de la acción. Este presupuesto prescinde de la voluntariedad del agente.

Para Bueres⁷, la antijuricidad de las conductas dañosas se deriva no de la causación de un daño, sino de la existencia de una norma cuya violación torna ilícito el acto: el principio general de no dañar, que es un principio general del derecho, cuyo fundamento se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional, que fuera receptado por la CSJN en Santa Coloma y Ghünter.

El nuevo Código Civil argentino ha receptado la concepción objetiva y material de la antijuricidad en la vertiente que postula la recepción del principio *Alterum non laedere* con la limitación de las causas de justificación; así dispone en el 1.717: “*Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”.

En concreto, como todo hecho que causa un daño es antijurídico, cualquier permiso legal para ocasionarlo, debe quedar emplazado bajo el concepto de causas de justificación. En consecuencia, al verificarse una causa de justificación, estaremos ante un acto obrado conforme al ordenamiento jurídico que no engendrará responsabilidad a su agente, aunque excepcionalmente la ley pueda imponerla por otras razones, como ser equidad.

Respecto a este presupuesto, Zavala de González⁸ nos enseña que son las razones que justifican la responsabilidad, al evidenciar como justo que

⁶ OSSOLA, F. A; RIVERA, J.C; MEDINA, G. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

⁷ PIZARRO, R.; VALLESPINO, C. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

⁸ OSSOLA, F. A; RIVERA, J.C; MEDINA, G. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

el daño sea prevenido o reparado por determinadas personas. Constituyen una explicación axiológica de la obligación de impedir o de resarcir un perjuicio, dirigiendo esa obligación hacia quien debe responder.

En otras palabras, son las razones de justicia por las cuales el ordenamiento, manda a soportar el daño al responsable, haciendo nacer la obligación de repararlo. Son el *por qué* de la responsabilidad civil.

Los factores de atribución pueden ser subjetivos y objetivos. Los primeros reposan en un juicio de reproche de la conducta, según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético. La culpabilidad admite dos manifestaciones, el dolo (intencionalidad) y la culpa (ausencia de intencionalidad). Ambas presumen necesariamente la imputabilidad del sujeto, esto es la existencia de discernimiento, intención y libertad. Los segundos, los objetivos, el juicio de reproche de la conducta, prescinde, de manera absoluta, del querer del agente y se posa en valoraciones axiológicas, atendiendo de la acción en si misma, que el ordenamiento repudia al considerarla “reprobable o anormal” (Zavala de González)⁹.

Dentro de los factores objetivos, se pueden mencionar entre otros, el riesgo o vicio de las cosas, seguridad, equidad, igualdad ante las cargas públicas, etc.

El Código Civil y Comercial argentino regula lo concerniente a este presupuesto en los arts. 1.721 a 1.725; el primero de ellos, reza: “*Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa*”.

La relación de causalidad se trata del enlace material que existe entre un hecho antecedente y otro consecuente, y que permite establecer a quien debería ser imputado un hecho determinado y sus consecuencias.

Este presupuesto cumple dos funciones primordiales: la primera, atinente a la asignación de la autoría (material o jurídica) de un hecho, que puede o no ocasionar daño resarcible, pero que genera responsabilidad civil, imputándose materialmente a una persona un suceso determinado. La segunda, está relacionada con la extensión del resarcimiento, que, dado el caso de ser constatable el daño

⁹ AZPIRI, Jorge. O. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

resarcible, esta función indicará hasta dónde – consecuencias - deberá responder el sindicado como responsable.

Respecto a este último punto, nuestra legislación adoptó, tanto desde el código de Vélez Sarsfield, así como el actual, de manera aún más expresa, la teoría de la causalidad adecuada.

Esta teoría parte de un criterio de previsibilidad, recurriendo a la vida misma y a lo que de ordinario acontece. No todas las condiciones son causa. Por ello, no basta que el hecho sea condición, sino que, además, en virtud de un juicio de probabilidad, debe ser causa adecuada.

El análisis es *ex post facto*, prescindiendo de la realidad del suceso acontecido. Sí la respuesta es afirmativa, de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión es causalidad adecuada, y se atribuirá a su autor.

En el Código Civil argentino, la cuestión quedó regulada por los artículos 1.726 y 1.727. El primero reza: *Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.* Este artículo menciona hasta dónde, es decir por qué consecuencias deberá responder el sindicado como responsable.

En tanto, el artículo 1.727 del Código describe los tipos de consecuencias: *Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.*

Junto a la concurrencia de estos cuatro presupuestos, no deben concurrir ningún tipo de eximente de los mismos que puedan desvirtuar la responsabilidad y con ello el deber de resarcir. Así se mencionaba a la antijuricidad, y de acuerdo a lo establecido por el art. 1.717 del Código Civil argentino, que dispone: *Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.*

Así el 1.718 del Código además menciona: *Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.*

Es decir que, de concurrir una causa de justificación de las mencionadas en el artículo 1.718, no habrá antijuricidad en la conducta, porque al estar justificada, esta no quebranta el ordenamiento jurídico.

Respecto de las eximentes en relación a los factores de atribución, tampoco deben concurrir en las de tipo subjetivo, la demostración de la no culpa, o de la diligencia, que lo exculpen y lo liberen de toda responsabilidad. En los factores de atribución objetivos, por su parte, no deben concurrir ninguna de las eximentes que producen la ruptura del nexo causal, como ser caso fortuito o fuerza mayor, hecho de la víctima, y o de un tercero por quien no se debe responder. De concurrir alguna de las mencionadas no habrá responsabilidad civil, porque la relación causal que atribuía la autoría al sindicato como responsable, habrá quedado desvirtuada, al demostrarse la existencia de otra u otras causas que fueron las que intervinieron en la producción del daño.

2. Daños y relaciones de familia.

Existen supuestos que vedan la aplicación de las normas de la responsabilidad Civil, como los daños derivados de la ruptura de esponsales.

Esponsales es la promesa mutua de personas de celebrar un matrimonio en el futuro. El Código Civil argentino solo contiene una norma referida a estas, el 401, que dice: *“Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las*

reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera”.

Esta disposición vuelve a brindar expresamente la solución que ya contenía aquel viejo artículo 8 de la ley 2393, que disponía que ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubieran ocasionado.

Por las disposiciones actuales, pareciera que la ruptura abrupta de los esponsales, no devendría en un acto ilícito generador de responsabilidad civil, y sólo daría lugar a una acción de enriquecimiento sin causa, o si tal fuera el caso, peticionar por la revocación de las donaciones.

En lo atinente a la acción por daños y perjuicios, es claro que no se podrá demandar por un cambio de sentimientos de uno de los novios o por la pérdida de chance futura de lo que se podría haber obtenido del matrimonio fallido.

Pero, como bien señala Azpiri¹⁰, si uno de los contrayentes, ante el inminente matrimonio, se puso en gastos, como un contrato de alquiler de vivienda para mudarse allí después del matrimonio, o si adelantó los gastos de la boda, o renunció a su trabajo, evidentemente ha sufrido un perjuicio en su patrimonio concreto como consecuencia de ese accionar. Pero a la vez, tampoco habrá enriquecimiento sin causa respecto de la parte desertora.

Esto último hace evidente la existencia de un daño al interés negativo- similar al acontecido por la ruptura intempestiva de las tratativas en la etapa precontractual - que torna de aplicación sin ningún tipo de exclusión el artículo 1.716, que dispone: *“Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.* Siempre en la medida que se pueda demostrar la existencia de ese daño, y la debida relación de causalidad con el obrar de la otra persona.

Por otro lado, hay supuestos que admiten expresamente la aplicación de las normas de la responsabilidad civil:

a) Nulidad del matrimonio.

¹⁰ AZPIRI, Jorge O. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

El matrimonio es un acto jurídico, y como tal, puede suceder que al momento de celebrarse exista un vicio a consecuencia del cual, la ley en forma expresa establece la sanción de nulidad.

Es lo que acontece si el matrimonio se celebra con algunos de los impedimentos del artículo 403 del Código Civil, siendo los casos de nulidad absoluta mencionados por el 424 los de los primeros 5 incisos de dicho artículo 403, y de nulidad relativa, los restantes, atinentes a la edad legal para contraer nupcias y a la salud mental de los cónyuges al momento de la celebración del matrimonio, además los vicios del consentimiento por tratarse de un acto jurídico, todo conforme lo dispuesto por el artículo 425 del Código.

En dicha institución se hace un distingo entre el cónyuge de buena fe respecto del de mala fe, a tal fin el artículo 427 del Código dice: *“La buena fe consiste en la ignorancia o error de hecho excusables y contemporáneos a la celebración del matrimonio sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero.”*, por contraposición, el conocimiento del impedimento al momento de la celebración del matrimonio, convierte a tal sujeto en cónyuge de mala fe.

La calificación de cónyuge de buena o mala fe, tiene importancia en lo que respecta a los efectos del matrimonio hasta el dictado de la sentencia de nulidad. En el primer caso, si ambos fueran de buena fe, el matrimonio surtirá los efectos de un matrimonio válido hasta el dictado de la sentencia. En el caso, de que ambos fueran de mala fe, el matrimonio no producirá efecto alguno.

Pero, para el caso que nos concierne, cuando uno de los cónyuges sea de buena fe, el artículo 429 del Código Civil argentino nos dice: *Si uno solo de los cónyuges es de buena fe, el matrimonio produce todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad. La nulidad otorga al cónyuge de buena fe derecho a: (...) c) demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia. (...).*

Lo cual resulta atendible, porque el hecho de celebrar un matrimonio conociendo la causa que provocará la nulidad constituye un obrar antijurídico, y como tal, implica que su autor deberá responder por los daños causados hacia el cónyuge de buena fe (único con legitimación activa), e incluso

puede esta responsabilidad hacerse extensiva solidariamente con aquellos terceros que hayan actuado conjuntamente con el cónyuge de mala fe.

b) Falta de reconocimiento.

El reconocimiento, en palabras de Belluscio¹¹, *es el acto jurídico familiar por el que una persona declara que otra es su hijo.*

Como acto jurídico familiar, encuadra dentro de la categoría general de actos jurídicos, ya que se trata de un acto voluntario, lícito, que tiene por fin la adquisición, modificación, o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

Esta figura del reconocimiento es un deber, y no una facultad potestativa del progenitor, y surge de la propia Convención de los derechos del Niño, en sus artículos 7 y 8 - de jerarquía constitucional - que garantizan el derecho a su identidad y a conocer a sus padres.

El hijo no reconocido no solo ve lesionado su derecho a la identidad, sino también derechos patrimoniales, en especial heredar a su padre. El daño por el no reconocimiento voluntario de hijos fue el primer fallo dictado en el país de responsabilidad por daños derivados del derecho de familia.

Desde su dictado hasta el momento en la Argentina siempre se han acogido favorablemente las pretensiones de reparar este tipo de perjuicio, aun cuando no mediara texto expreso en el Código Civil.

El incumplimiento de este deber, hace emerger diferentes respuestas por parte del ordenamiento. En primer lugar, habilita la acción de reclamación de filiación, la cual, de culminar con una sentencia que obligue al demandado al reconocimiento - a diferencia de los casos de reconocimiento espontáneo - no le otorgará ninguno de los derechos atinentes a la responsabilidad parental.

Por otro lado, la falta de reconocimiento voluntario durante la minoridad del hijo, expone al progenitor incumplidor a ser declarado indigno en la sucesión de aquel.

Ahora bien, junto con la acción de reclamación de filiación o con posterioridad a dicha sentencia, el ordenamiento, también habilita la acción por

¹¹ BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de derecho de familia*. 10 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p.556.

daños y perjuicios. Así, el artículo 582 del Código Civil argentino, en su parte pertinente, dispone: *“El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores”*. Y el artículo 587, nos dice: *“El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código”*.

Respecto del primer artículo, hay que remarcar que tal acción está vedada en los supuestos de gestación mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, tal como lo dispone el artículo 577 del Código que en su parte pertinente dispone: *“No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste”*. Vale decir que al estar vedada esta acción - como todas las acciones de filiación -, también lo estará una acción por daños. El único efecto que reconoce el ordenamiento en estos casos es el impedimento a los fines matrimoniales.

Así, se entiende que dicha normativa es constitucionalmente cuestionable, dado que establece un trato diferente respecto a los otros tipos de filiación, - por naturaleza y adopción -, diferencias que el código trata, en principio, de evitar en algunos supuestos, como en el caso del certificado de nacimiento del artículo 559, donde no se debe hacer constar que tipo de filiación se trata.

Sí lo que fundamenta la prohibición de la acción de filiación es evitar que haya más de un doble vínculo filial, no se explica porque si se admite la acción de filiación en cabeza del adoptado a los fines alimentarios y sucesorios conforme el artículo 624 del Código, pues en tal caso, habrá más de un doble vínculo filial.

Pero más allá de las contradicciones internas, además de la vulneración del principio de igualdad de las filiaciones - el cual debe ser considerado un subtipo del principio de igualdad en el artículo 16 de la Constitución de La Nación -, hay varios derechos constitucionales en juego, entre ellos el derecho a la identidad, cuya concreción no puede quedar supeditada a lo receptado en el Código Civil, en cuyo caso, deberá admitirse la demanda, declarándose la inconstitucionalidad de los artículos 577 y 582 del Código Civil y Comercial.

Respecto del segundo artículo 587 del Código, hace una remisión directa al capítulo de la responsabilidad civil. Pero menciona sólo el caso de los daños que se deriven de la falta de reconocimiento; nada dice de otros supuestos generadores de daños, como la falsa atribución de paternidad. Al hacer una remisión expresa, será de aplicación el 1717 del código, debiendo concurrir todos

los presupuestos de la responsabilidad civil, analizados anteriormente en el punto 1.

El obrar ilícito emana en este supuesto del incumplimiento por parte del progenitor al deber legal de reconocer que existe en nuestra legislación. Por su parte, debe existir una relación de causalidad entre el accionar ilícito (culpa o dolo) y el daño causado.

El daño resarcible podrá comprender la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, la pérdida de chances que se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza, cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderoso que de haberlo reconocido le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales. Pudiendo incluir además, las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, de su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de interferencia en su proyecto de vida (artículo 1.738 del Código Civil argentino).

Hay jurisprudencia reciente y es conteste en considerar que el daño moral surge *in re ipsa*, por la lesión a ese bien jurídico extrapatrimonial que es el derecho a la identidad. Se configura por la falta del uso del nombre y por la falta de ubicación en la familia paterna.

La jurisprudencia, entre otras cosas, ha dicho que:

En lo que atañe a daño moral ocasionado por la falta de reconocimiento paterno, cabe presumirlo, por cuanto tal conducta omisiva lesiona uno de los más profundos intereses extrapatrimoniales del ser humano, que tiene rango de atributo de la personalidad, cual es su derecho a la propia identidad, sumado a que durante ese lapso, el hijo se ve impedido de ejercer los derechos inherentes a ese estado.

En cuanto a la prueba del daño, ha dicho que:

No hace falta la prueba del daño, sino que este se presume, en tanto ha mediado una lesión a un derecho personalísimo, derivado del incumplimiento de una obligación legal, que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su progenitor. Es que es obvio que la falta de un padre

provoca dolor, aunque este pueda ser de distinta intensidad según las circunstancias de cada caso.

La legitimación activa la tiene el hijo quien es el único damnificado directo para reclamar daño moral y material. La progenitora en tal caso, podrá iniciarlo en su calidad de representante legal.

Por último, no deben concurrir eximentes de responsabilidad, que liberen o exculpen al progenitor de su obligación de resarcir los daños.

Finalmente, hay supuestos que guardan silencio respecto de la aplicación de las normas de responsabilidad Civil:

a) El Divorcio

La normativa de familia en torno al divorcio ha sido modificada de manera trascendente, pasando de un sistema de divorcio-sanción basado en la culpa en general - la excepción estaba dada por el divorcio a petición conjunta de los cónyuges -, a uno objetivo e incausado más propio del sistema divorcio-remedio.

Corresponde a estos fines determinar, si las causas que determinan la apertura de un proceso de divorcio, o este en sí mismo, pueden ser objeto de reparación por daños. ¿Se puede hablar de daños derivados del divorcio, en un sistema como el actual, donde no se juzgan las culpas?

En principio habrá que distinguir las causas que determinan u originan el inicio de un proceso de divorcio, de los daños que pueden ser consecuencia de este. Respecto de estos últimos se alegaba, entre otros supuestos, la pérdida de la vocación hereditaria o los que puedan derivar de la liquidación anticipada de la sociedad conyugal.

López Herrera¹² menciona solo un caso registrado en nuestra jurisprudencia en que se haya declarado indemnizable la pérdida del nivel social de la esposa producido a raíz del divorcio, como integrante del daño moral, en un fallo de la sala F de la Cámara Nacional en lo Civil. Salvando este supuesto, la doctrina mayoritaria, entiende que los daños derivados del divorcio en sí, no de los hechos que dieron lugar al mismo, no son indemnizables.

¹² LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

Respecto de los hechos, no se debe perder de vista que, aunque para solicitar el divorcio en el nuevo régimen del Código Civil argentino, no haga falta - o sean irrelevantes a los fines del divorcio - probar las causas que producen el rompimiento de la vida en común, estas causas existen. Siempre habrá un motivo que desencadena la ruptura del matrimonio; la cuestión está en determinar si esta razón es antijurídica, causa un daño resarcible, es producto de dolo o culpa y guarda una relación de causalidad adecuada.

En la determinación de los presupuestos de la responsabilidad civil hay que tener en cuenta que según el art. 1.717, "*cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*". Es por ello que considero que, aún en un sistema de divorcio objetivo e incausado, es posible reclamar la reparación de los daños producidos por conductas antijurídicas que pongan fin al matrimonio. Lo cual no obsta que la situación será más dificultosa ante el divorcio sin causa, porque en el proceso de daños y perjuicios habrá que probar la culpa, el dolo y el daño - por el proceso abreviado u ordinario según correspondiere - ante un juez en lo civil.

Por otra parte, el deber de asistencia, de alimentos y de cohabitación son deberes jurídicos que generan derechos recíprocos entre los cónyuges y que su violación, de causar daño, debe ser indemnizada conforme a las normas de la responsabilidad civil. Así, el artículo 431 del Código Civil argentino dispone: "*Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua*".

Pero las sanciones que emergen de la normativa familiar no están orientadas a resarcir de los daños producidos a raíz de tales violaciones, o son insuficientes para ello.

No impide lo antedicho que el deber de fidelidad no sea un deber jurídico porque el daño indemnizable no se limita al daño a un derecho subjetivo sino que se amplía a cualquier interés legítimo. En este sentido, el artículo 1.737 del Código Civil argentino establece que "*hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*".

No hay que olvidar al respecto, que la monogamia en las relaciones matrimoniales, sigue siendo materia de orden público. Por lo cual, ello refuerza el interés aún más esperable de un cónyuge respecto de la fidelidad del otro.

De lo expuesto surge claramente que el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad, lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que constituye un daño resarcible que debe ser plenamente reparado.

Así lo resolvió la Sala 2da. de General Pico, La Pampa, que ha dictado el primer fallo, después de la vigencia del Código Civil y Comercial, inclinándose por condenar a reparar los gravísimos daños que sufrió el marido por la pública infidelidad de su esposa¹³.

En el actual Código Civil se establecen reglas específicas de valoración de la conducta en el artículo 1.725, que dice: *“Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”*.

La norma anteriormente transcripta es la que deberá tenerse en consideración para determinar, si las conductas producidas durante el matrimonio, son susceptibles de reparación o no. La condición especial del agente está dada por la calidad de cónyuge.

Con respecto a la violencia de cualquier tipo que se suscite durante el matrimonio y que produzca un daño, indiscutiblemente debe ser reparada. Sobre este tema, la jurisprudencia argentina venía sosteniendo que las injurias producidas durante el matrimonio debían tener una naturaleza muy punzante para que se admitiera que estos hechos provocaban daños. En este aspecto, prácticamente se exigía una culpa grave para dar lugar a la reparación.

Actualmente, la ratificación por el Estado Argentino de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará,

1994), aprobadas por las Leyes Nros. 23.179 y 24.632, respectivamente, obligan a los estados a impulsar normas y políticas a fin de prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.

Es por ello que, de acuerdo a las leyes locales contra la violencia familiar y de género que fueron su consecuencia, si es la mujer quien sufra daños, siempre le quedará la posibilidad de fundar su acción en la ley de protección integral de la mujer n° 26.485, que prevé la responsabilidad por daños y perjuicios de los actos derivados de la violencia de género¹³. Así, el artículo 35 de la ley dispone: *Reparación. La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia.*

Así, también la ley provincial de Violencia Familiar n° 9.283, en su artículo 6, dispone: *La aplicación de la presente Ley no afectará el ejercicio de los derechos que correspondan a la víctima de la violencia familiar, conforme a otros ordenamientos jurídicos en materia civil y penal, así como tampoco afectará los principios procesales aplicables en controversias de orden familiar.*

Es decir, que en ambos ordenamientos nacional y provincial, - a diferencia de lo que acontece en el Código Civil que guarda silencio - hay un reconocimiento expreso, respecto de la facultad del damnificado - en este caso, cónyuge - de reclamar la reparación de los daños y perjuicios en la sede civil.

La culpabilidad o inocencia son indiferentes para obtener el divorcio vincular y adquirir una nueva aptitud nupcial, pero el ordenamiento jurídico no puede ni debe mantenerse indiferente a la hora de resarcir o reparar los daños producidos dolosamente o culposamente en el seno del matrimonio¹⁴.

En consecuencia, la única vía que les queda a los cónyuges inocentes que han sufrido daños en el matrimonio, es accionar por responsabilidad civil, porque ésta será el único procedimiento en los que se indemnizará las consecuencias no patrimoniales de los daños sufridos.

En definitiva, las razones porque procede la indemnización de los daños derivados del incumplimiento derivado de los deberes matrimoniales radica en que:

¹³ MEDINA, Graciela. *Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad*. Buenos Aires: La Ley, 2017.

¹⁴ MEDINA, Graciela. *Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad*. Buenos Aires: La Ley, 2017.

- a) El matrimonio no puede ser un lugar donde se injurie y se lesione gratuitamente, muy por el contrario, es un ámbito donde las personas se deben mayor respeto y es el lugar donde los cónyuges van a desarrollar su proyecto de vida en común. Su función es solidaria y no puede estar expuesta al embate de la violencia física o psicológica ni al desentendimiento de deberes morales.
- b) El daño indemnizable se produce por la violación a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico y el interés por el cumplimiento del deber de fidelidad o el deber de asistencia no son intereses reprobados por el ordenamiento jurídico (artículo 1.737 del Código Civil argentino).
- c) La violación al deber de asistencia entre los cónyuges contemplada en el artículo 431 del Código Civil, constituye un acto de violencia que puede tener consecuencias físicas; psicológicas; económicas y patrimoniales. El daño producido por la violencia generada por la falta al deber de asistencia, debe ser reparado siendo insuficiente el sistema jurídico familiar para indemnizarlo. Así ni el régimen de la pensión compensatoria, ni el sistema de alimentos post divorcio, ni los efectos indirectos del incumplimiento de los deberes familiares son suficientes para paliarlos.
- d) La pensión compensatoria no basta para indemnizar el daño causado por la violencia producida por el incumplimiento de los deberes matrimoniales; ya que el objeto de la compensación es paliar el desequilibrio económico que el divorcio causa a uno de los cónyuges y no la reparación del daño causado. No se puede admitir que la pensión compensatoria repare el daño porque si no hay desequilibrio económico, pero si daño la compensación económica no prospera y el daño quedaría sin reparar, ello por cuanto la compensación económica no repara daños sino desequilibrios que son independientes de los daños.

3. Conclusiones finales:

El hecho de que el derecho de familia forme parte del tronco del derecho privado, hace que le sea plenamente aplicable los principios generales de este, que deben orientar la interpretación de las normas.

Dentro de estos principios se encuentra el principio de no dañar a otro de raigambre constitucional, que no puede ceder ante los daños provenientes de las relaciones de familia, de lo contrario, se estaría otorgando un derecho a

dañar, lo cual resulta intolerable no sólo respecto de la dignidad de la persona humana, sino respecto de todo el ordenamiento jurídico íntegramente considerado.

Por su parte, los principios del derecho de familia son el principio de igualdad, de libertad, de solidaridad, de responsabilidad y de interés superior del menor.

Interpretando coherentemente el principio de no dañar, los principios de responsabilidad civil y los principios del derecho de familia, debemos concluir que el actuar dañoso dentro de las especiales relaciones familiares obliga a la reparación del daño causado.

Por otra parte, cuando las normas del derecho de familia han pretendido excluir la aplicación de las normas de la responsabilidad civil, lo han hecho explícitamente - con las consideraciones expuestas - como en el caso de la ruptura intempestiva de esponsales.

Además, las normas del derecho de familia no están orientadas a la reparación de los daños, o son insuficientes para ello. Tales, pueden ser los casos de la compensación económica, o la prestación alimentaria post divorcio, las cuales tienen un fundamento diferente - al que inspira la reparación del daño -, cuales son revertir un desequilibrio económico y atender necesidades alimentarias de extrema urgencia, respectivamente.

Por último, el mantenimiento de la paz social se encuentra en la posibilidad de reparar los daños que un sujeto sufra, aún en las relaciones de familia, ya que el respeto al estado de derecho implica el respeto a los derechos de los ciudadanos, y nadie pierde esta calidad por ser miembro de una familia¹⁵.

Bibliografía.

AZPIRI, Jorge O. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de derecho de familia*. 10 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

MEDINA, Graciela. *Compensación económica en el Proyecto de Código*. Buenos Aires: La Ley, 2012.

¹⁵ MEDINA, Graciela. *Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad*. Buenos Aires: La Ley, 2017.

_____. *Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad*. Buenos Aires: La Ley, 2017.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

OSSOLA, F. A; RIVERA, J.C; MEDINA, G. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

PIZARRO, R.; Vallespino, C. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

LA DIGNIDAD POSMODERNA COMO FRUTO DE LA REVOLUCIÓN DEL INDIVIDUALISMO: EL DESAFÍO DE LA SOLIDARIDAD FAMILIAR¹

DIGNIDADE PÓS-MODERNA COMO RESULTADO DA REVOLUÇÃO DO INDIVIDUALISMO: O DESAFIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

POSTMODERN DIGNITY AS A RESULT OF THE REVOLUTION OF INDIVIDUALISM: THE CHALLENGE OF FAMILY SOLIDARITY

Martín Andrés Flores

Profesor de Derecho de Familia y de Sucesiones de la Facultad de Derecho, U.N.C. (Cát. "A", Titular Prof. Dra. Alicia García de Solavagione.) Argentina; Especialista en Derecho de Familia y Sucesiones otorgado por la U.N.C; Docente de la materia: "Proceso Sucesorio" y "Teoría General Alimentaria", en la Facultad de Derecho de la U.N. C; Miembro Semi-pleno de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas; Miembro de la International Association of Family Law; Miembro del Centro de Estudios de Derecho Comparado. Abogado.

Resumen: El objetivo principal de este artículo es advertir sobre el potencial riesgo que corre la integridad de la persona humana, por tanto, su dignidad, producto de la definición actual de los efectos personales del matrimonio en la República Argentina. Por ello, en su transcurso, intentaremos explicar al lector la situación en la que se encuentra la sociedad posmoderna como consecuencia de la era del individualismo y sus lamentables efectos sobre la regulación del derecho matrimonial, en particular sobre el deber de fidelidad.

Palabras clave: Dignidad. Boda. Argentina. Solidaridad. Orden publico.

¹ Como citar este artículo: FLORES, Martín Andrés. *La dignidad posmoderna como fruto de la revolución del individualismo: el desafío de la solidaridad familiar*. In Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), Coord. Carlos Alberto Garbi e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/mai. 2020, v. 20, p. 163-179.

Resumo: O principal objetivo do presente artigo é alertar sobre o risco potencial que a integridade da pessoa humana corre e, portanto, sua dignidade, produto da atual regulação dos efeitos pessoais do casamento na República Argentina. Por isso, em seu curso, tentaremos explicar ao leitor a situação em que se encontra a sociedade pós-moderna como resultado da era do individualismo e seus lamentáveis efeitos na regulação do direito matrimonial, em particular sobre o dever de fidelidade.

Palavras-chave: Dignidade. Casamento. Argentina. Solidariedade. Ordem Pública.

Abstract: The main purpose of this article is to alert about the potential risk that the integrity of the human person is experiencing, and therefore his dignity, product of the current regulation of the personal effects of marriage in the Argentine Republic. That is why, in its course, we will try to give the reader an account of the situation in which the postmodern society is going through as the result of the era of individualism and its unfortunate effects on the regulation of marriage law, in particular, on the duty of fidelity.

Keywords: Dignity. Marriage. Argentina. Solidarity. Public order.

Sumario: Introducción. Consideraciones preliminares sobre el concepto de dignidad. Punto de partida en Kant. Dignidad posmoderna. El problema. Derecho subjetivo como objeto. Una solución para el cónyuge vulnerado en su dignidad. Concluimos. Bibliografía.

Introducción.

El presente artículo persigue como principal finalidad, alertar sobre el potencial riesgo que corre la integridad de la persona humana, y por tanto su dignidad, producto de la actual regulación de los efectos personales del matrimonio en la República Argentina. Es por ello, que en su transcurso, intentaremos dar cuenta al lector, de la situación en la que se encuentra atravesando la sociedad posmoderna, fruto de la era del individualismo, y sus lamentables efectos en la regulación del derecho matrimonial, en particular, sobre el deber de fidelidad.

Consideraciones preliminares sobre el concepto de dignidad.

Si bien no es el objeto del presente trabajo definir la dignidad de la persona humana, ni analizar su posible naturaleza jurídica, es necesario realizar las siguientes consideraciones en torno al concepto de dignidad.

A lo largo de este tiempo, reconocidos y prestigiosos juristas concentraron sus dotes intelectuales para tan compleja tarea, como lo es, la de poder precisar un concepto jurídico de lo denominado dignidad - todos munidos de valiosísimos argumentos científico-académicos, los cuales son y serán capitalizados con carácter de perpetuidad por nuestra comunidad - ; sin perjuicio de ello, no se ha arribado así a un concepto unívoco, no solo en lo que respecta a su carácter definicional, sino tampoco, en lo relativo a su contenido. A saber, para Bidart Campos la dignidad humana es un “*derecho que engloba a todos los demás*”², es decir que sería una especie de derecho supremo o absoluto; para Kriele, es la “*idea nuclear de los derechos humanos*”³; Fernández Segado la considera como el “*valor constitucional último*”⁴, por lo que, a *prima facie*, surge a las claras una suerte de naturaleza absoluta que opera como común denominador de las concepciones de los citados juristas. En esta misma línea también encontramos a la maestra Eulalia Pascual Lagunas, que en armonía a lo sostenido en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional español (TC), reconoce a la dignidad como un “*bien jurídico constitucional*”⁵. Tribunal esté último, que en otras resoluciones se refirió a ella como “*principio*”⁶, en algunos casos, constitucional y en otros, como general del derecho. Nino, por su parte, también sostiene a la dignidad de la persona humana como un “*principio*”, que en combinación

² BIDART CAMPOS, Germán J., “*Teoría general de los derechos humanos*”, México 1989, UNAM, Pág. 88.

³ KRIELE, Martín, “*Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*”, Barcelona 1982, Pág. 241.

⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “*El sistema constitucional español*”, Madrid 1992, Ed. Dykinson, Pág 163.

⁵ PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, “*Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Barcelona 2009, Ed. J.M. Bosch Editor, Pág. 46; la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) N° 115/2000, FJ 4° habla de “*bienes constitucionales*”, como la intimidad y la dignidad de la persona; la STC N° 332/1994, FJ 6°, considera a la dignidad de la persona como uno de los “*bienes constitucionalmente protegidos*”; la STC N° 214/1991, FJ 8°, dignidad como “*bien constitucional*”; la STC N° 63/2004, FJ 5°, considera como sinónimo “*bienes*” y “*valores jurídicos*” y menciona entre otros a la dignidad.

⁶ Auto Tribunal Constitucional (ATC) N° 241/1985, FJ 1°; STC N° 53/1985, FJ 3°; ATC N° 1119/1987, FJ 5°, ATC N° 419/1990, FJ 5; STC N° 214/1991, FJ 1°; STC N° 16/1994, FJ 4°; STC N° 57/1994, FJ 3° y STC N° 337/1994, FJ 1°.

con el de inviolabilidad de la persona y el de autonomía, conforman “*el maná de donde derivan los derechos humanos fundamentales*”⁷.

Si bien como sostuvimos al comienzo, no es el objeto del presente trabajo detenernos en el concepto o naturaleza jurídica de la dignidad de la persona humana, es justo también enunciar que existen posturas más restrictivas con respecto a su concepto y contenido, las cuales afirman que de la dignidad humana se desprenden ciertos derechos, pero no la totalidad⁸.

Por lo tanto, y como ya anticipamos, no existe un concepto unívoco de dignidad de la persona humana, como tampoco en lo relativo a su contenido, suponiendo que este último sea posiblemente determinable. Lo que sí es innegable, que previo a su regulación normativa⁹, la aproximación del concepto posee una raigambre de naturaleza cristiana y filosófica, distinguiendo esta última de la primera, ya que, tomando como principal noción de dignidad la aportada por Emmanuel Kant, fue éste quien secularizó el concepto de dignidad despojándolo de la idea de “*Imago Dei*”⁷; e instituyéndolo como un valor intrínseco de la persona humana, erigiendo así una noción exclusivamente filosófica que sería la principalmente aceptada hoy por los ordenamientos constitucionales¹⁰ y textos internacionales¹¹, la cual es comúnmente

⁷ NINO, Carlos S., “*Ética y derechos humanos*”, 2ª. Edición, Buenos Aires 1989, Ed. Astrea, Pág. 46 y 267 y 299.

⁸ EKMEKDJIAN, Miguel A., “*Tratado de derecho constitucional*”, t. I, Buenos Aires 1993, Ed. Depalma, Pág. 486 y 487.

⁹ Puede precisarse que el primer texto constitucional que incorpora el término dignidad es la Constitución de Weimar (1919), que en su artículo 151 establecía: “*La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre (...)*”. Luego le siguieron entre otras: la Constitución de la República de Irlanda de 1937; las Constituciones de Baviera de 1946 y Bremen 1947; la Constitución de la República italiana de 1947 (artículo 41, inspirado en el artículo 151 de la Constitución de Weimar; la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (la cual incorpora normativamente el carácter de intangibilidad de la dignidad); el Fuero de los Españoles de 1945; La Constitución española de 1978, etc.

¹⁰ Constituciones de Andorra (artículos 1.2 y 4), Bélgica (artículo 23), Bulgaria (Preámbulo y artículos 4 y 6), República Checa (Preámbulo), Eslovaquia (artículos 12, 19, 21 y 34), España (artículos 10.1, pero también en el Preámbulo y en el artículo 47), Estonia (artículo 10), Finlandia (artículo 1, 7 y 9), Grecia (artículo 7), Hungría (artículo 54), Irlanda (Preámbulo), Italia (artículo 41), Letonia (artículo 95), Lituania (artículo 21), Polonia (Preámbulo y artículo 30), Portugal (artículos 1, 13, 26.2, 67, 206), Rumanía (artículo 1), Suiza (artículo 7) y Suecia (artículo 2), además, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 1).

¹¹ La Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, humanos o degradantes de 1975, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, la Declaración sobre la eliminación de todas las

conocida como “*la fórmula del objeto*” o “*formula de la no instrumentalización*” de la persona humana.

Lo que si queda claro, y que comparte toda la comunidad científica, es que toda persona humana posee dignidad por el hecho de ser persona, es decir que nos encontramos frente a una condición intrínseca de la persona humana por el hecho de ser tal, la cual no puede ser vulnerada y que se encuentra con una singular, específica y particular protección por la dogmática constitucional.

Por las razones previamente esgrimidas, y en armonía con lo sostenido por Von Münch y Muñiz, es imposible determinar de modo satisfactorio y acabado qué es la dignidad de la persona humana, mientras que por el contrario, sí es posible fijar e identificar cuándo se la está vulnerando¹². Para ello recurriremos a la noción kantiana de dignidad, la cual como ya sostuvimos, es la que ha proliferado como soporte de la regulación constitucional e internacional, en especial luego de la Segunda Guerra Mundial, la cual por su gigantesca y planificada violación sistemática de los derechos humanos motivó la incorporación del concepto de dignidad de la persona humana como fundamento de los derechos y libertades a los textos constitucionales y documentos internacionales sobre derechos humanos¹³.

Punto de partida en Kant.

Kant concibe la dignidad como un valor intrínseco de la persona, la cual no admite equivalentes. La dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso. Lo que puede ser reemplazado y sustituido no posee dignidad, sino precio. Cuando a una persona se le pone precio se la trata como a una mercancía. *"Persona es el sujeto cuyas acciones son imputables (...) Una cosa es algo que no es susceptible de imputación"* (Kant, I. 1989, 30). De ahí que la ética, según Kant, llegue sólo hasta *"los límites de los deberes recíprocos de los hombres"* (Kant, I. 1989, 371).

formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, entre otras.

¹² INGO VON MÜNCH, Ingo y MUÑIZ, Jaime N., “*La dignidad del hombre en el derecho constitucional*”, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, Num. 5, Mayo-Agosto 1982, Pág. 19.

¹³ GARCÍA CUADRADO, Antonio M., “*Problemas constitucionales de la dignidad de la persona*”, Persona y derecho / vol. 67, España 2012, Pág. 451.

En su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, que data de 1785, el filósofo prusiano, sostiene las formulaciones del imperativo categórico, a saber y en consideración al ligamen con el fondo que nos encontramos estudiando, la noción de la dignidad surgiría de las dos primeras:

1era. *“Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal. Obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza”*¹⁴.

2da. *“Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio”*¹⁵.

Por tanto, de la primera de sus formulaciones es posible inferir la expresión de libre y autónoma voluntad de la persona, mientras que en su segunda formulación incorpora el límite de la misma, a través de una heteronomía de la voluntad, que tiende a evitar la vulneración no solo del agente para consigo mismo, sino también para con el otro, considerando así a la dignidad como frontera infranqueable de la persona la cual no cede frente a la autonomía de la voluntad.

Con su frecuente claridad y gran poder de síntesis, el constitucionalista Sagües nos enseña que en el análisis de la dignidad de la persona humana, la tesis de raigambre kantiana puede visualizarse como *“el derecho que tendría toda persona a ser un fin en sí mismo, y no un medio para los demás”*¹⁶, por lo tanto surge para el individuo *“un valor propio inalienable, en virtud del cual la persona no puede ser convertida en simple objeto o instrumento de otro; es decir, impide que una persona sea tratada como una cosa”*.

Por lo tanto, partiendo de esta noción kantiana, y siguiendo los análisis de García Cuadrado¹⁷, de la dignidad humana se proyectan dos facetas o aspectos, por un lado una *“dignidad pasiva ontológica”*, representada por el trato que merece toda persona por su condición de tal, es decir no ser susceptible de instrumentalización; mientras que por otro lado brota así mismo una *“dignidad activa*

¹⁴ KANT, E., *“Fundamentación de la metafísica de las costumbres”*, texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente, 1era. Edición, Ed. Pedro M. Rosario Barbosa, Puerto Rico 2007, Pág. 35.

¹⁵ KANT, E., *“Fundamentación de la metafísica de las costumbres”*, texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente, 1era. Edición, Ed. Pedro M. Rosario Barbosa, Puerto Rico 2007, Pág. 42.

¹⁶ SAGÜES, Néstor P., *“Dignidad de la persona e ideología constitucional”*, La Ley, Cit. Online: 0003/002204, Pág. 1.-

¹⁷ GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *“Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”*, persona y derecho / vol. 67, España 2012, Pág. 463.

ontológica”, referida a lo que ningún hombre debería hacer nunca porque sería indigno de su condición humana o forma en la que debe conducirse otra persona, optimizada en este caso por los deberes impuestos a toda persona de no instrumentalizar a ninguna otra.

En un sentido de armonía, en el ámbito del derecho constitucional *stricto sensu*, alguna doctrina ha divisado dos ámbitos de la dignidad conforme al rol del Estado, por un lado aquella que genera una “*garantía negativa*” en cuanto impone al Estado a abstenerse de atacar aquella dignidad e impedir que la misma sea atacada por otros; y por el otro, provoca una “*garantía activa*”, en el sentido de afirmar positivamente el desarrollo integral de la personalidad individual¹⁸, esto importaría asignar al Estado ciertas obligaciones tendientes a asegurar, por ejemplo, un mínimo de igualdad de oportunidades y de condiciones de vida aptas para el despliegue de tal personalidad¹⁹.

Con mayor claridad Squella nos precisa estos dos sentidos de la dignidad de una persona, por un lado encontrando la dignidad del hombre como tal, y por el otro, la dignidad de cada hombre en relación con los otros hombres²⁰.

Ambos sentidos surgen de manifiesto en el documento internacional que marcó un hito en la historia de los derechos humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la cual en el comienzo de su preámbulo afirma “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*” (dignidad pasiva, mi dignidad); y seguidamente en su artículo 1 dispone: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*” (dignidad activa, la dignidad del otro).

En resumidas cuentas, y debido a que todas las tesis referidas brotan de la misma noción kantiana, podemos ordenarlas de la siguiente manera:

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio E., “*Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*”, Madrid 1984, Ed. Tecnos, Pág. 318.

¹⁹ SAGÜES, Néstor P., “*Dignidad de la persona e ideología constitucional*”, La Ley, Cit. Online: 0003/002204, Pág. 2.

²⁰ SQUELLA, Agustín, “*Derechos humanos y derecho positivo*”, en “*Derechos y libertades*”, Madrid 1993, Universidad Carlos III, n. 1, Pág. 198 y 199.

Dignidad:

- Persona Humana (por ser intrínseca a su naturaleza):
 - Faz Pasiva: No ser objeto de instrumentalización, no ser solo un medio.
 - Faz Activa: No instrumentalizar al otro, no utilizar al otro solo como un medio.
- Estado (rol frente a la dignidad):
 - Garantía Negativa: No instrumentalizar a los ciudadanos e impedir la instrumentalización entre ellos.
 - Garantía Activa: Fomentar el desarrollo digno de los ciudadanos.

Que en un análisis dogmático-positivo en términos de mandatos normativos de optimización sería:

- Persona Humana (por ser intrínseca a su naturaleza):
 - Faz Pasiva: Ámbito de los Derechos jurídicos.
 - Faz Activa: Ámbito de los Deberes jurídicos.
- Estado (rol frente a la dignidad):
 - Garantía Negativa: Ámbito de los Deberes jurídicos.
 - Garantía Activa: Ámbito de los Derechos jurídicos.

Estas clasificaciones nos indican, sin lugar a dudas, la coexistencia de las dos grandes esferas limítrofes del derecho privado, la autonomía de la voluntad, optimizada por los derechos; y el orden público, optimizado por los deberes. Por lo que, la dignidad reconoce el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad (derecho subjetivo), hasta su límite natural, el respeto a la dignidad del otro (deber jurídico de orden público). La persona humana no puede ser instrumentalizada, por lo tanto su libre voluntad se debe respetar e imperar hasta el límite impuesto por el deber de no instrumentalizar al otro, es decir, cuando la persona humana es usada solo como un medio, y así reducida a una cosa.

Ahora nos preguntamos, ¿la dignidad actual es entendida en estos parámetros? Ambas facetas de la dignidad tienen el mismo reconocimiento y protección? En otras palabras, ¿Existe un equilibrio entre autonomía y orden público? Es decir entre ¿derechos subjetivos y deberes jurídicos?

Dignidad posmoderna.

Creemos que la respuesta a los presentes interrogantes se encuentra en los pensamientos y corrientes ideológicas gestadas en el marco de la posmodernidad²¹, que influenciaron de manera directa en la concepción de dignidad de la persona humana y en su forma de protección. Esto se debe, y como intentaremos dar cuenta, a que en estos tiempos se ha dado preminencia al ámbito o esfera de los derechos por sobre el de los deberes, por lo tanto, la protección se ha centrado en la faz pasiva de la dignidad de las personas, optimizada por la autonomía de la voluntad, con frágiles limitaciones y un menesteroso orden público.

Para explicar lo antes dicho, tomaremos como base, las magníficas y claras enseñanzas que sobre el tema ha sostenido el Dr. Prof. Eduardo Martín Quintana, quien en el marco de las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, los días 31 de octubre, 1º y 2 de noviembre de 2017, presentó la ponencia titulada *“dignidad y deberes humanos”*, expresándonos las reflexiones que a continuación consideramos:

“El sujeto de derecho destinatario de la legislación de la modernidad era el sujeto cartesiano racional y abstracto, dueño de su voluntad, consciente y libre, y uno de los paradigmas más difundidos era la proclamación de la igualdad de derechos de todos los seres humanos. En consecuencia, la ley tenía un alcance general, primando por sobre todas las cosas el principio de igualdad. A su vez, el individualismo aún pregonado en el siglo XX se insertaba en ciertas premisas universales, como “el reconocimiento a la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana”. Esta apelación a la humanidad como principio universal implicaba una cierta nivelación en los derechos y pretensiones, pues se postulaba un parámetro referido a la especie que por lógica abarcaba a todos los individuos que la integran”²². Es decir que existía una especie de equilibrio entre derechos y deberes, armonía que con posterioridad fue desapareciendo, ya que “el sujeto de derecho se vio metamorfoseado por las corrientes ideológicas denominadas posmodernas o antimodernas, sujeto que cada vez acepta menos los límites impuestos por la objetividad de la ley, queriendo establecer sus deseos sin cortapisas. De aquí en más, la posmodernidad trajo aparejados nuevos paradigmas inexistentes en las Declaraciones de Derechos emanados de la dignidad moderna. Hoy día, la

²¹ Movimiento y proceso socio-cultural surgido en el Siglo XX y que se extiende hasta la actualidad.

²² QUINTANA, Eduardo M. (2017), *“Dignidad y deberes humanos”*, Prudentia Iuris N° 83, UCA, Bs. As. 2017, Pág. 81.

“generalidad” de la ley, que dependía a su vez de la universalidad de ciertos principios inmanentes a toda la humanidad, pertenece a un pasado cada vez más lejano. Por el contrario, se sustenta el elogio de lo fragmentario y lo diferente, que ya había sido anticipado por el estructuralismo de los años sesenta, el cual sustituye el trascendentalismo de la conciencia por el del inconsciente, en la forma del discurso anónimo de las estructuras sociales, lingüísticas o simbólicas”²³.

Por tanto, creemos que el autor cuando nos advierte, en sus términos, que *“el sujeto de derecho se vio metamorfoseado por las corrientes ideológicas denominadas posmodernas”*, se está refiriendo principalmente, por un lado, a lo que Gilles Lipovetsky sostiene como segunda revolución del individualismo, la cual según el filósofo y sociólogo francés rompió con los cánones forjados entre los siglos XVII y XIX; y por el otro, al pensamiento relativista nacido en la antigüedad, pero que durante la posmodernidad, se revalorizó para situarse entre los principales pensamientos de la actualidad.

Si bien escapa de nuestra actual tarea realizar un análisis sociológico sobre el tema, incluso sería muy pretencioso de nuestra parte, expondremos algunas ideas con el fin de reflejar lo que venimos sosteniendo.

Según Lipovetsky, y que el mismo Quintana convoca, nos encontramos en una civilización desértica de valores, donde existe una:

“ola de desinversión por la que todas las instituciones, todos los grandes valores y finalidades que organizaron las épocas pasadas se encuentran progresivamente vaciados de su sustancia, ¿qué es sino una deserción de las masas que transforma el cuerpo social en cuerpo exangüe, en organismo abandonado? Es inútil querer reducir la cuestión a las dimensiones de los jóvenes: no intentemos liberarnos de un asunto de civilización recurriendo a las generaciones. ¿Quién se ha salvado de ese maremoto? Aquí como en otras partes el desierto crece: el saber, el poder, el trabajo, el ejército, la familia, la iglesia, los partidos, etc., ya han dejado globalmente de funcionar como principios absolutos e intangibles y en distintos grados ya nadie cree en ellos, en ellos ya nadie invierte nada. ¿Quién cree aún en el trabajo cuando conocemos las tasas de absentismo y de turn over, cuando el frenesí de las vacaciones, de los week-ends, del ocio no cesa de desarrollarse, cuando la jubilación se convierte en una aspiración de masa, o incluso en un ideal?; ¿quién cree aún en la

²³ QUINTANA, Eduardo M. (2017), *“Dignidad y deberes humanos”*, Prudentia Iuris N° 83, UCA, Bs. As. 2017, Pág. 82.

familia cuando los índices de divorcios no paran de aumentar, cuando los viejos son expulsados a los asilos, cuando los padres quieren permanecer jóvenes, cuando las parejas se vuelven libres, cuando el aborto, la contracepción, la esterilización son legalizadas?; ¿quién cree aún en las virtudes del esfuerzo, del ahorro, de la conciencia profesional, de la autoridad, de las sanciones? (...)"²⁴.

Asimismo durante la posmodernidad, el relativismo de origen sofista, también conocido como subjetivismo - y que se basaba en la idea de que cada individuo y cultura debía vivir según sus propias convicciones, en ejercicio de un derecho subjetivo -, se intensificó sobre una concepción incorrecta, desviada, instalando al individualismo en escena y al derecho sin deber, preocupándose por que se ejerza una autonomía ilimitada. Así es que en los nuevos cuerpos de leyes de la posmodernidad toman un rol esencial los jueces, quienes frente a la escasez de imperativos generales de orden público, deben sopesar que autonomía debe primar por sobre otra, perdiendo así todo tipo de guía deontológica, y por tanto de prevención de conductas moralmente no deseadas.

Por consiguiente Quintana advierte una *"minusvalía de los deberes con respecto a los derechos"*²⁵, la cual se torna evidente en que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es el único documento internacional (regional) cuyo título ostenta las dos caras de la misma moneda: "Derechos y Deberes".

Situación, que en un traslado directo a la actualidad no es extraña para el derecho argentino, y en particular para el derecho de familia, donde por medio de la ley 26.994, del año 2015, por medio de la cual se unificó los códigos civil y comercial, se vació de deberes al matrimonio, impregnándolo en sustancia, de un subjetivismo inherente a la autonomía de la voluntad, propio de una ausencia de modelo familiar. Como ya ha sostenido el maestro Fulchiron, el que en oportunidad de preguntarse si conforme los textos existentes y proyectos en la legislación europea ¿se esboza un modelo familiar europeo?, arribo a la respuesta de que *"no existe un modelo familiar europeo, sino relaciones familiares concebidas como relaciones*

²⁴ LIPOVETSKY, Gilles, *"La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo"*, Traducción de Joan Vinyoli y Michéle Pédanx, 13 ed., Ed. Anagrama, Barcelona 2000, Pág. 35 y 36.

²⁵ QUINTANA, Eduardo M. (2017), *"Dignidad y deberes humanos"*, Prudentia Iuris N° 83, UCA, Bs. As. 2017, Pág. 90.

*interindividuales en el sentido de que ellas son construidas a partir de los derechos y libertades del individuo*²⁶.

En suma podemos sostener que la dignidad posmoderna, como fruto de la revolución del individualismo, es aquella que sobre el modelo kantiano, otorga protección a la dignidad individual de cada persona, faz exclusivamente pasiva, traducida como ejercicio ilimitado de la voluntad en base a sus propias convicciones, sobre la premisa del “yo no debo ser instrumentalizado”, por lo tanto, así solo se persigue de manera ordenatoria, que siempre deberá imperar el derecho a ejercer la libre y autónoma voluntad individual, es decir, el fin en sí mismo; quedando en consecuencia, para algunos casos, difusos límites de la dignidad hacia el otro, faz activa, como sucede en las relaciones de familia de tipo matrimonial, donde surge una clara ausencia de deberes jurídicos en las legislaciones contemporáneas.

El problema. Derecho subjetivo como objeto.

En este contexto de límites difusos a la autonomía de la voluntad por un borroso orden público, haciendo énfasis en los derechos sin precisar sus correlativos deberes, en una preminencia exclusiva de la faz pasiva de la dignidad, por sobre su faz activa, es que fueron regulados en el año 2015, en la República Argentina, los efectos personales del matrimonio argentino.

Esta falta de claridad en la precisión de los deberes y en su correcta optimización, sumado al *laissez-faire* normativo en que se encuentra el matrimonio argentino, nos lleva a plantearnos lo siguiente.

Si partimos en sostener, por un lado, que actualmente la fidelidad no es un deber jurídico, sino exclusivamente moral - por el hecho de que su inobservancia no posee consecuencia jurídica alguna -; y por el otro, si tomamos la distinción clásica de la dogmática jurídica entre derecho objetivo y subjetivo; podríamos arribar a la conclusión de que actualmente el derecho objetivo matrimonial otorga a cada cónyuge un derecho subjetivo/facultativo a ser fiel o no.

Es entonces que ¿No es claro que existe una preminencia a la dignidad individual por sobre la dignidad del otro?, es decir a la plena autonomía de la

²⁶ FULCHIRON, Hughues, “*Del derecho de familia a los derechos del individuo. Reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo*”. Traducido al español por Ursula C. Basset, La Ley, Cit. Online: AR/DOC/694/2014, Pág. 1 y 2.

voluntad. ¿No es extraño e indignante que en la institución axiológica por antonomasia, de base solidarista, se proteja solo una dignidad individual? ¿Dónde se encuentra el paso del “Yo” al “Nosotros” luego del emplazamiento de estado matrimonial? ¿Tal es la razón que le asiste a Lipovetsky para afirmar que las instituciones actuales son entes desérticos de valores?

Pero más grave aún es la situación, si nos detenemos a analizar el objeto del derecho subjetivo que le otorga el novel ordenamiento a cada cónyuge-individuo, que no es más que el derecho subjetivo del otro, la voluntad del otro, por lo tanto y sin lugar a dudas, que si uno de los cónyuges ejerce su derecho subjetivo individual podrá claramente correr el riesgo de instrumentalizar al otro, es decir de vulnerar su dignidad.

Por todo lo dicho es que es clave preguntarnos entonces ¿Cuándo hay tal instrumentalización?

Y si partimos de las enseñanzas de Kant, y de su segunda formulación del imperativo categórico, la cual impone los límites del ejercicio de la plena voluntad individual (dignidad individual-autonomía ilimitada), será cuando al otro cónyuge se lo utiliza como un medio y no como un fin en sí mismo, y por lo tanto, allí arribaríamos a la instrumentalización, y en consecuencia a la vulneración tanto de la dignidad del otro como de la propia. Ya que como nos enseña García Cuadrado²⁷, se impone el deber de actuar de forma que no se instrumentalice a uno mismo ni a los demás; esto es, de respetar, como fin y no como medio, la dignidad que corresponde a toda persona, empezando por uno mismo; por eso, debemos pensar en la imposición de un deber personal de respetar la dignidad humana propia tanto como la ajena, de conducirse de forma digna, esto es acorde con la naturaleza específica de la persona humana. Dicho de otra manera, sería usar a una persona para lograr metas que no son las suyas, es decir rebajándola a la categoría de cosa sin tener en cuenta su voluntad.

Claro sería el caso de desarrollar un proyecto de vida en común sin tener en cuenta el fin del otro, su voluntad, bajo el exclusivo reinado de una voluntad unilateral. Supuesto que manifiestamente sucede cuando uno de los cónyuges decide dar entrada a la infidelidad en el matrimonio. Es claro que no se tiene en cuenta el fin del otro, ya que el fin del matrimonio, conforme lo reza el artículo 431 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, es el proyecto de vida en común basado en el

²⁷ GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *“Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”*, Persona y derecho / vol. 67, España 2012, Pág. 489.

deber moral de fidelidad y jurídicamente consolidado por su celebración, bajo un régimen monogámico de orden público.

Es en la celebración del matrimonio donde surge con claridad el fin de ambos cónyuges, que expresado por su voluntad, es el de someterse a una institución que posee y protege a la monogamia con carácter de orden público. En armonía, la jurista argentina García de Solavagione ha sostenido :

“La familia monogámica rige en los países occidentales y exige que la unión sea de un solo hombre con una sola mujer, o de dos varones o dos mujeres, según la ley 26.618 de matrimonio igualitario. La familia monogámica es una de las características relevantes del mundo occidental receptada en todas las legislaciones de los países de raíz romano germánica; en los países de la Common Law; en los países eslavos; en China y en la mayoría de las naciones asiáticas y africanas que sufrieron la influencia de la cultura cristiana occidental (Japón, Corea del Sur, India, Sudáfrica, Angola, etc.) con excepción de los mormones. Por lo tanto, si bien es cierto que ha sufrido duros embates la familia matrimonial, jamás se ha dejado de lado el sistema cultural occidental basado en el matrimonio monogámico o de exclusividad sexual. Dos sujetos casados no pueden poseer concomitantemente diferentes estados de familia, jurídicos o fácticos”²⁸.

En consecuencia, si uno de los cónyuges decide en el transcurso del proyecto de vida en común ser infiel, no está más que instrumentalizando la voluntad del otro, cosificándolo y haciéndolo parte de un proyecto de vida unilateral, bajo una dictadura comandada exclusivamente por la dignidad del infiel.

Una solución para el cónyuge vulnerado en su dignidad.

En el año 2016, en el marco del III Congreso Iberoamericano de Derecho de Familia y de las Personas, organizado en la ciudad de Buenos Aires (Argentina), los días 22 y 23 de Noviembre, por la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas, presentamos en el panel de ponencias, un trabajo titulado, “Divorcio en Argentina: La desprotección del cónyuge víctima de un daño extrapatrimonial”. En él, con un previo bloqueo de nuestras convicciones, dimos una serie de argumentos por los cuales frente a la infidelidad de uno de los cónyuges,

²⁸ GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia, “Estudio del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”, Acaderc., Córdoba, Argentina, 2012, pág. 36.

al otro le asiste la reparación por daños y perjuicios, sustentando su antijuridicidad en el deber, de raigambre constitucional, de no dañar a otro.

Creemos que en base a los argumentos que sostuvimos en la ponencia referenciada, la antijuridicidad en estos casos no depende solo de ese deber, y de su gran dificultosa probanza, ya que al ser en el ámbito del daño moral, el mismo es "*in re ipsa*", es decir que surge del propio hecho, y lamentablemente en la actualidad, por decisión de los legisladores argentinos y su consecuente impacto en el ejercicio de la judicatura, la infidelidad no goza de tal presunción.

Por lo tanto, y conforme lo sostenido en el presente trabajo, creemos que el obrar infiel de uno de los cónyuges, por sí solo, se torna ya en antijurídico, debido a que vulnera manifiestamente la dignidad del otro, dando paso a la norma de orden público receptada en el artículo 52 del CCCN Arg., que reza: *Afectaciones a la dignidad. "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos (...)"*.-

Concluimos.

En este orden de ideas, concluimos que estamos en presencia, como sostiene la jurista Graciela Medina, en una "*metamorfosis familiar por el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad y de respeto a la libertad individual*"²⁹, o en términos del Maestro Fulchiron, nos encontramos, al igual que en Europa, "*bajo el fenómeno de la ley del liberalismo máximo*"³⁰, lo que en particular en Argentina, trajo una excesiva autonomía de la voluntad, acompañada de una confusa regulación, con límites difusos y una minusvalía de deberes con respecto a los derechos. Donde existe una norma como el artículo 431 del CCCN, que prevé los valores, fines y bases fundamentales del matrimonio pero que carece de fuerza ejecutoria; es decir, una norma perteneciente a un sistema jurídico pero sin efectos jurídicos; una supuesta fuente de protección del matrimonio, que por su falta de

²⁹ MEDINA, Graciela, "*Principios del derecho de familia*", La Ley, Cit. Online: AR/DOC/986/2016, Pág. 8.

³⁰ FULCHIRON, Hughues, "*Del derecho de familia a los derechos del individuo. Reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo.*" Traducido al español por Ursula C. Basset, La Ley, Cit. Online: AR/DOC/694/2014, Pág. 7.

imperatividad puede, como ya analizamos, ser generadora de una vulneración a la dignidad de una persona humana; una norma de conducta, vacía de contenido jurídico, fundamentada por los codificadores bajo ideas consecuencialistas por sobre las reales exigencias deontológicas que son propias y deben imperar en la institución axiológica por antonomasia de una sociedad, que es la Familia.

Por lo tanto es que la solidaridad familiar se encuentra en el desafío de mantener la cohesión familiar, debiendo ser la herramienta principal a ser utilizada como fuente de justicia en el caso en concreto, donde sí se confrontan dos derechos subjetivos familiares, optimizados por la abundante autonomía de la voluntad, producto de esta era del individualismo, el magistrado necesariamente deberá utilizarla como directriz para sopesar ambos derechos.

Es por ello que sostenemos que en la actualidad, la comunidad científica especializada pesa con la responsabilidad de precisar con claridad, en términos lakateanos, el “núcleo duro”; o en términos de Basset, “núcleo de mínima”, del orden público familiar, a los fines de refundar los valores colectivos más preciados de nuestra sociedad.

Bibliografía.

FULCHIRON, Hughues, *“Del derecho de familia a los derechos del individuo. Reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo”*. Traducido al español por Ursula C. Basset”, La Ley, Bs. As., Argentina, 2014.

GARCÍA CUADRADO, Antonio, *“Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”*, persona y derecho / vol. 67, España, 2012.

GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia, *“Estudio del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”*, Acaderc., Córdoba, Argentina, 2012.

LIPOVETSKY, Gilles, *“La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo”*, Traducción de Joan Vinyoli y Michéle Pendanx, 13 ed., Ed. Anagrama, Barcelona, España, 2000.

MEDINA, Graciela, *“Principios del derecho de familia”*, La Ley, Bs. As., Argentina, 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *“Derechos humanos, Estado de derecho y constitución”*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1984.

QUINTANA, Eduardo, *“Dignidad y deberes humanos”*, Prudentia Iuris N° 83, UCA, Bs. As, Argentina, 2017.

SAGÜES, Néstor P., *“Dignidad de la persona e ideología constitucional”*, La Ley, Bs. As., Argentina, 1994.

SQUELLA, Agustín, *“Derechos humanos y derecho positivo”*, en *“Derechos y libertades”*, Universidad Carlos III, Madrid, España, 1993.

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