

RDFAS

REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ANO 4

JANEIRO/MARCO 2017

COORDENAÇÃO

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

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

Ano 4 • vol. 11 • jan.-mar. / 2017

Coordenação

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

Assistente de Coordenação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO

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

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

Ano 4 • vol. 11 • jan.-mar. / 2017

CONSELHO EDITORIAL

Conselho Editorial Internacional

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

Conselho Editorial Nacional

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy Andrighi

Francisco Eduardo Loureiro

Ives Gandra da Silva Martins

Jorge Shiguemitsu Fujita

Luiz Fernando Salles Rossi

Maria Vital da Rocha

Mônica Bonetti Couto

Nadia de Araujo

Rogério José Ferraz Donnini

Rosa Maria de Andrade Nery

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

PARECERISTAS

Bianca Mendes Gonçalves

Edgard Audomar Marx Neto

Laura Souza Lima e Brito

Mariana Luize Ferreira Mamede

ISSN. 2358-2057

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

Ano 4 • vol. 11 • jan.-mar. / 2017

Coordenação

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

Assistente de Coordenação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO

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

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

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

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

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

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

Visite nosso site
www.adfas.org.br

Fechamento desta edição: [31.03.2017]

APRESENTAÇÃO

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

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

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

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

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

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

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
DOCTRINA NACIONAL	
Paternidade socioafetiva e a (im)possibilidade de sua desconstituição ulterior	
<i>Socio-economic paternity and the (not) possibility of its ultimate declaration</i>	
Luiza Lopes da Silva e Alexandra Vanessa Klein Perico	8
Multiparentalidade vista através da abordagem sistêmica: um novo olhar para os judiciais	
<i>Multiparentality viewed by the systemic approach: a new look for the judicials</i>	
Ana Tarna dos Santos Mendes e Gabriela Nascimento Lima	22
Breves reflexões acerca do direito das sucessões à luz do novo Código de Processo Civil: Lei nº 13.105/2015	
<i>Brief reflections on the right of succession, considering the new Civil Procedure Code: Law no. 13.105/2015</i>	
João Márcio Góes de Paiva	30
Aspectos teóricos sobre o poder familiar	
<i>Theoretical aspects of the family power</i>	
Mario Silva Cabral	48
Apontamentos críticos sobre o instituto da legítima	
<i>Critical reflexions on forced heirship</i>	
Pedro Henrique Quitete Barreto	73
NORMAS DE PUBLICAÇÃO	94

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

Ano 4 • vol. 11 • jan.-mar. / 2017

DOCTRINA NACIONAL

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A (IM) POSSIBILIDADE DE SUA
DESCONSTITUIÇÃO ULTERIOR**

**SOCIO-ECONOMIC PATERNITY AND THE (NOT) POSSIBILITY OF ITS
ULTIMATE DECLARATION**

Luiza Lopes da Silva

Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus

Alexandra Vanessa Klein Perico

Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho Contemporâneo pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste

Resumo: No presente artigo analisou-se a problemática acerca da paternidade socioafetiva, seus aspectos intrínsecos e sobre a possibilidade de sua desconstituição ulterior. Na abordagem do tema, estudou-se toda a evolução da sociedade em relação ao conceito de família, da paternidade e da legislação para que se chegasse à atual realidade. Assim, foi desenvolvida uma pesquisa acadêmica qualitativa e teórica, por meio de método analítico, no qual se empregou a pesquisa bibliográfica. O trabalho foi estruturado em três tópicos: no primeiro, abordou-se a evolução da família desde a Idade Antiga até a contemporaneidade e os Princípios basilares do Direito de Família; por sua vez, no segundo, tratou-se da filiação e das formas de reconhecimento de filhos no ordenamento jurídico brasileiro; já no último tópico investigou-se acerca da viabilidade da desconsideração da paternidade socioafetiva posterior e os critérios necessários para permitir-se a desconstituição com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Desconstituição. Filiação. Paternidade Socioafetiva.

Abstract: *This course conclusion work studied the issue of socio-affective paternity, its inherent aspects and the possibility of disregarding subsequent. In the approach*

of the theme, the whole evolution of the society was studied in relation to the concept of family, of paternity and of the legislation to arrive at the current reality. Thus, a qualitative and theoretical academic research was developed, through an analytical method, in which the bibliographic research was used. The work was structured in three topics: in the first one, the evolution of the family from the Old Age to the Contemporaneity and the Basic Principles of Family Law were approached; In the second, it was the affiliation and the forms of recognition of children in the Brazilian legal system; Then on the last topic we investigated the feasibility of disregarding the posterior socio-affective paternity and the necessary criteria to allow the deinstitution with a view to the best interest of the child and the adolescents.

Keywords: *Disregarding. Socio-affective Paternity. Filiation.*

Sumário: 1 Introdução. 2 Abordagem histórica e principiológica da família. 3 A filiação e o reconhecimento dos filhos. 4 A paternidade socioafetiva e a (im)possibilidade de sua desconstituição. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo estudar a (im) possibilidade da desconstituição da paternidade socioafetiva e os aspectos jurídicos acerca do tema. A temática deste trabalho foi escolhida em decorrência da sua relevância fático-jurídica na atual sociedade brasileira e, ainda, em razão da controvérsia doutrinária existente. A atualidade resta demonstrada pelas recentes decisões proferidas inclusive por Tribunais Superiores recentemente e a relevância se dá em razão da importância de se garantir o pleno e saudável desenvolvimento da criança e do adolescente.

Para que fosse possível responder ao objetivo proposto, o trabalho será dividido em três capítulos, de modo a tratar da evolução histórica do direito de família e da paternidade na sociedade brasileira, a filiação e as diversas formas de reconhecimento de filhos e, por fim, a (im) possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva ulterior.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA E PRINCIPOLÓGICA DA FAMÍLIA

Inicialmente, há que se esclarecer que não existe no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo expresso que regule a paternidade socioafetiva. Logo, é preciso fazer uso dos princípios constitucionais que, por analogia, possam ser aplicados ao tema para guiar a aplicação da lei e a proteção jurisdicional.

Preliminarmente, seguindo conceitos biológicos a família é constituída por laços sanguíneos, porém, o direito brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988, prevê um conceito mais restrito. “Como regra geral, porém, o Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou parentesco”. (VENOSA, 2008, p. 1).

Sabe-se que a entidade familiar nem sempre teve a composição dos dias atuais, sendo que é de suma importância estudar como se deu o desenvolvimento das relações interfamiliares com a evolução da sociedade.

No Direito Romano, as famílias eram constituídas e regidas pelo princípio da autoridade. Assim, aquele que detinha o pátrio poder era o chefe da família, chamado de *pater familias*, que tinha o direito e, inclusive, o dever de infligir sobre seus filhos e demais descendentes direito de vida e morte, podendo castigá-los e vendê-los. (GONÇALVES, 2009).

Ademais, nesse período existia uma desvalorização da figura feminina no núcleo familiar, sendo que esta deveria sempre respeitar a decisão tomada pelo ancião da família. Nesse mesmo sentido, era primordial a procriação para a manutenção da produtividade da família exercida pelos filhos homens. E não se pode deixar de mencionar a diferenciação do tratamento dirigido à filha mulher e ao filho homem em relação ao direito de sucessão, em que o filho herdava todos os bens do pai, não restando herança à mulher.

Com a evolução para o Direito Canônico, o matrimônio passou a ser considerado ato sagrado, sendo que não cabia a nenhuma das partes a intenção de dissolvê-lo, assim, “o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado”. (WALD, 2000, p.13).

Nesse período também a Igreja, promoveu um processo de ampliação da proteção destinada aos menores, e passou a prever e aplicar penas

corporais e inclusive espirituais para aqueles pais que viessem a abandonar os seus filhos ou vinham a expô-los.

A partir da propagação das revoluções liberais e pela promoção da democracia, o patriarcalismo sofreu abalos na sua hegemonia, alterando também a estrutura familiar. No período da Revolução Industrial verificou-se a maior demanda por mão de obra sendo que a mulher passou a fazer parte do mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de renda da família. Assim, “A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes”. (DIAS, 2013).

O afeto, portanto, passou a ser base fundamental para a manutenção da família sendo necessário a partir de então, levar em consideração também os aspectos sentimentais de cada indivíduo.

A família moderna ou contemporânea apresenta características peculiares, por exemplo, a redução do número de integrantes, sendo que cada integrante conta com mais autonomia, de forma a garantir a sua realização pessoal.

No que diz respeito à evolução legislativa, tem-se que originalmente esse ramo do Direito era regulado apenas pelo Código Civil e por sua própria essência era ordenado por diversas normas de ordem pública. É imperioso ressaltar que a Família existente ao tempo do Código Civil de 1916 era hierarquizada enquanto que, na família que se apresentava ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, era comum a distribuição dos poderes de gerência da entidade familiar, bem como, a pluralidade familiar.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988 intitulou-se o ser humano como sujeito de direitos, que busca na família meio para desenvolver-se de forma saudável e livre.

O princípio da Afetividade está estampado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seus artigos 226, § 4º, 227, *caput*, § 5º c/c §6º e §7º os quais preveem, respectivamente, o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se aí os filhos adotivos, como sendo uma entidade familiar constitucionalmente protegida, da mesma forma que a família matrimonializada; o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente; o instituto jurídico da adoção, como escolha afetiva, vedando qualquer tipo de discriminação a essa espécie de filiação; e a igualdade

absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem. (LÔBO, 2003, p. 43).

Percebe-se que a propagação do afeto e da solidariedade é que realmente fez a entidade familiar evoluir, deixar para trás os comandos do chefe da família e passar a considerar a família como um grupo de indivíduos que buscam dentro do lar familiar ambiente propício para o desenvolvimento.

Há que se destacar também a relevância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana que é o fundamento precípua da Constituição Federal de 1988, o qual deve, obrigatoriamente, ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, estando aqui incluídas as relações familiares. (LISBOA, 2002, p. 40).

Sob o prisma dos princípios basilares do direito de família, o pátrio poder perdeu sua relevância em benefício do poder familiar e passou-se a considerar a igualdade entre os membros da entidade familiar, principalmente com relação aos filhos. Assim, percebe-se que os princípios regentes são: a pluralidade das entidades familiares, a igualdade entre homens e mulher, bem como, entre todos os filhos, o livre planejamento familiar e a afetividade.

Diante disso, todas as relações familiares envolvem a afeição, o carinho o desejo de proteção entre os familiares, tanto é que o Estatuto da Criança e do Adolescente abarca este princípio quando prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990).

Tal previsão legal busca estabelecer diretrizes para o que se conhece como abandono, sabe-se que o abandono afetivo, ou seja, a privação da convivência, amor, carinho, entre pais e filhos é considerado efetivo dano ao desenvolvimento do ser.

A sociedade hoje é composta por relações afetivas e apesar de tais relações não serem passíveis de quantificações e enquadramentos, ao passo que toquem relações jurídicas, pugnam pela incidência do direito.

3 A FILIAÇÃO E O RECONHECIMENTO DOS FILHOS

A complexidade das relações na sociedade contemporânea exige que o Direito ampare as novas realidades ligadas ao tema da filiação. A filiação jurídica que há muito era tida como presunção incontestável, foi transformada e mitigada gerando discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A filiação é um fato jurídico, sendo que o termo filiação simboliza a relação entre o filho e seus pais, estes que o adotaram ou geraram. (VENOSA, 2008).

Da mesma que ocorreu com a entidade familiar, o afeto começou a ser visto como vínculo principal para se identificar a filiação, ou seja, o amor e o carinho tornaram-se mais determinantes para a condição de filho do que os vínculos biológicos. (DIAS, 2013).

Assim, percebe-se que existem três vértices constitucionais que determinam o tema da filiação, sendo eles: a igualdade entre os filhos, a independência do estado de filho ao estado civil dos pais e os ensinamentos que preveem a proteção integral das crianças e adolescentes.

Dito isso, tem-se que toca ao Direito estipular que o vínculo de parentesco entre pai e filho é o que confere ao último a posse de estado de filho e ao primeiro as responsabilidades provenientes do poder familiar. (DIAS, 2013).

Ocorre que a filiação não decorre unicamente da procriação, tendo sido necessário que o ordenamento discutisse e analisasse diversas questões acerca da filiação e, para tanto, criou um sistema de presunções legais. As presunções aplicáveis são: *pater is est*, *mater semper certa est* e as derivadas da procriação assistida. Vale mencionar que se tratam de presunções relativas, sendo que admitem prova em contrário, podendo ser afastadas em certas hipóteses determinadas pela lei, sendo que cada vez mais esse sistema vem sendo desafiado pela ciência em razão do avanço da biotecnologia.

Porém, não basta analisar o instituto da filiação, é preciso tratar da forma de reconhecimento dos filhos para que seja possível a análise da desconstituição dos vínculos paterno-filiais criados.

O ato jurídico personalíssimo de reconhecimento de filho, voluntário ou forçado, tem como objetivo garantir ao filho o direito de ter pai e mãe. Esse direito é assegurado quando os genitores promovem o reconhecimento de forma voluntária

e também, no caso de condenação judicial em ação de investigação de paternidade ou maternidade (LÔBO, 2015).

O reconhecimento dos filhos de pai e mãe não casados é exceção à igualdade entre de direito de todos os filhos estipulada pela Constituição Federal em seu § 6º, artigo 227. O privilégio de filhos de pais que são casados é a aplicação da presunção de paternidade, que não incide sobre a prole de pais que não se casaram.

O reconhecimento dos filhos pode ser voluntário ou por sentença judicial e enquanto não ocorrer, a filiação biológica é estranha ao direito. (VENOSA, 2008).

O ato de reconhecer os filhos tem caráter declaratório, já que não cria o vínculo da paternidade, e seus efeitos retroagem à data da concepção.

Há que se estabelecer que o reconhecimento dos filhos é ato unilateral e não é espécie de negócio jurídico e assim, seus efeitos não estão subordinados a qualquer condição e nem resultam de estipulação das partes. (GONÇALVES, 2009).

Dentre as generalidades das diversas formas de reconhecimento da filiação, é importante tratar da irrevogabilidade e incondicionalidade do reconhecimento, isso porque, depois de realizado, passa a fazer parte do rol de direitos subjetivos do filho, não se admitindo assim o arrependimento posterior daquele que reconhece.

Diante das diversas formas de filiação apresentadas, é preciso sedimentar o entendimento de que hoje é mais importante a solidez das relações de afeto, que se sobrepuja à noção de filiação criada apenas pelos laços genéticos. Assim, apesar de ser reconhecida, é necessário estar presente diariamente o carinho, amor dispensado no tratamento do filho e também, pela publicidade dispensada a essa condição diante da sociedade, do chamar de filho e o aceitar do chamar de pai, caracterizando-se o estado de posse de filho.

4 A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A (IM) POSSIBILIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO

Intimamente ligada às relações afetivas criadas no seio familiar, a paternidade socioafetiva, apesar de não expressamente prevista na legislação, é

reconhecida pelo Direito de Família contemporâneo.

Sabe-se que as normas anteriores ao presente Código Civil primavam pela aparência e reputação, desconsiderando a verdadeira comunhão afetiva. Tal percepção sofreu modificações, visto que hoje o foco está na preservação da paternidade, baseada no estado de filiação (LÔBO, 2015).

Entretanto, com a evolução científica e tecnológica, tornou-se possível a análise do ácido desoxirribonucleico-(DNA) que propiciou a investigação da verdade real em torno da filiação.

Em que pese ser possível a investigação acerca dos laços sanguíneos, prima-se pelo tratamento dispensado entre os integrantes da família. Nesse sentido, o instituto jurídico da posse de estado de filho é considerado de grande importância no ordenamento pátrio apesar de inexistir sua expressa previsão.

A principal função da posse de estado de filho é garantir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, propiciando, assim, mais Direito à vida e mais vida ao Direito (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Esse instituto se configura pela exteriorização do afeto e forma a base sociológica da filiação. Assim, quando somente pela legislação e pelas presunções legais não for possível alcançar a resolução do conflito em relação à paternidade, deve ser priorizada a existência ou a falta das relações de afeto.

A aparência da relação transmite o vínculo da paternidade, sendo assim, a noção de posse de estado de filho se estabelece em atos de vontade, consecutivos, contínuos sedimentados no âmbito da afetividade, que devem ser reconhecidos juridicamente e protegidos, ameaçando a verdade jurídica e a própria certeza científica da filiação (DIAS, 2007).

Atualmente, existem três critérios que devem ser respeitados para que se reconheça a posse de estado de filho, sendo o primeiro deles em relação ao tratamento dispensando ao filho, se este foi criado, tratado e educado como filho. O próximo critério diz respeito à forma como o filho é apresentado, se usa constantemente o sobrenome do pai. Por último, deve-se analisar a forma com que o filho é visto pela sociedade e pela entidade familiar.

Nesse ponto, vale mencionar que a doutrina dispensa o requisito do uso do sobrenome do pai pelo filho, isso porque reconheceu a posse de estado de filho por diversas vezes mesmo que o filho nunca tenha usado o sobrenome do pai,

desde que presentes os demais requisitos.

Ainda, de forma a garantir a segurança jurídica da relação além de se verificar os pressupostos de constituição, é necessário que existam mais dois elementos. São eles: notoriedade e continuidade. Notoriedade se relaciona à fácil identificação da relação entre pai e filho no meio social (GONÇALVES, 2009). Diante disso, frisa-se que todos esses requisitos devem ser públicos, notórios, estáveis e inequívocos.

Conforme já exposto, o reconhecimento da filiação tem efeitos imediatos e é irretratável, entretanto, não se exclui a possibilidade de ocorrerem vícios da vontade ou defeitos formais no registro que podem vir a ser impugnados por meio de ação anulatória.

A partir de então, percebe-se a possibilidade de relativização da coisa julgada, já que devem prevalecer os direitos da personalidade amparados constitucionalmente. Não se pode primar pela coisa julgada em detrimento do livre acesso à justiça para reconhecimento da filiação, assim, garante-se com os meios científicos e tecnológicos atuais, a busca pela verdade real (DIAS, 2007).

A ação negatória de paternidade tem o objetivo de desconstituir o estado de filiação, sendo consequência inegável o fim da posse de estado de filho. O Código Civil prevê, em seu artigo 1601, a legitimação privativa do marido ao direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Essa ação é imprescritível e sendo iniciada pelo pai, a legitimidade para a continuidade transfere-se aos herdeiros caso aquele faleça durante o curso processual (GONÇALVES, 2009).

Vale salientar que essa ação negatória não admite a prova pericial que analisa o DNA como absoluta, isso ocorre porque a simples comprovação da inexistência de vínculos biológicos não rompe, por si só, a relação paterno-filial.

Partindo-se do princípio de que a filiação garante todos os direitos ao filho mesmo que reconhecido, cabe tratar sobre a possibilidade de promover-se ação negatória de paternidade/maternidade a fim desconstituir o vínculo havido entre pai e filho por meio das relações de afeto.

Percebe-se que não existe consenso entre os doutrinadores acerca do tema, havendo os que dizem que existindo vínculo afetivo entre o pai e o filho, caracterizada a posse de estado de filho, é possível que o pai registral e/ou o filho reconhecido promovam ação para buscar a identificação da verdade biológica.

Há que se mencionar decisão do recurso extraordinário 898.060 pelo Supremo Tribunal Federal, julgado em 25/09/2016, em sede de repercussão geral n. 622. No referido julgamento o STF reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva mesmo à falta de registro e afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica. Desse modo, abriu as portas do sistema jurídico brasileiro para a chamada “multiparentalidade” (SCHREIBER, [s.a]).

É notório que quando da aplicação do direito a casos como este surge a necessidade de ponderação entre os valores constitucionais envolvidos, de um lado a coisa julgada e de outro a verdade biológica.

Há ainda que se salientar o caráter basilar da relação afetiva no seio da família para a formação da personalidade do filho, sendo que caso se permita a desconstituição do vínculo construído ao longo do tempo pelo tratamento afetivo, estar-se-ia condenando o filho a perder parte de sua identidade e personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Não se verifica, no atual sistema jurídico uma ação específica para promover a desconstituição da paternidade socioafetiva. Tal situação fere a dignidade da pessoa humana, de um lado por não permitir que a criança se desvincule do pai que a registrou mas com quem nunca manteve laços afetivos, por outro lado, fere a dignidade do pai que pode ter registrado criança que não era seu filho e nem chegou a construir relação de convivência (SANTOS, [s.a]).

A doutrina brasileira, no que tange à desconstituição da paternidade por quem registrou filho de outro como seu por espontânea vontade através de uma ação negatória de paternidade é de impossibilidade. O fundamento para a impossibilidade é a falta de pressuposto processual, conforme artigo 17 do Código de Processo Civil.

Apesar disso, há no ordenamento jurídico atual decisões que permitiram a desconstituição da paternidade socioafetiva quando a relação de afeto estabelecida originou-se de vício do consentimento.

Levando em conta que a filiação socioafetiva decorre da manifestação voluntária de afeto, havendo a posse de estado de filho, deve ainda verificar-se a existência da inequívoca intenção do pai em ser considerado juridicamente como pai da criança. Dessa forma, não se admite a conformação dessa espécie de filiação quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de

consentimento (3ª Turma do STJ, REsp 1.330.404/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze).

Quando o pai é levado a acreditar que a criança é seu filho e depois, por meio de exame de DNA descobre não ser o verdadeiro genitor, caso mantenha as relações de afeto, não há qualquer empecilho à manutenção da posse de estado de filho.

Diferentemente, ocorre quando o suposto pai se engana, criando uma falsa realidade, acreditando que a criança seja seu filho e posteriormente descobre que não o é. Nessa hipótese estaria caracterizada o vício de erro substancial, sendo permitida a desconsideração da paternidade.

De outra banda quando, existirem indícios de que o pai registral já desconfiava da paternidade antes de promover o registro, a maioria dos julgados tende a determinar a manutenção da paternidade, de forma a garantir maior proteção ao filho. Nesse sentido: “ RECURSO ESPECIAL Nº 1.201.756 - CE (2010/0133861-4) [...]”EMENTA: DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO. DÚVIDAS QUANTO À PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. POSTERIOR EXAME DE DNA. RESULTADO NEGATIVO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. SENTENÇA MODIFICADA. 1.O reconhecimento espontâneo da paternidade é irrevogável nos termos do art. 1º, II da Lei nº 8.560/92 e do art. 1.609, II do Código Civil, só podendo ser anulado se cabalmente demonstrado que houve vício de consentimento. 2.Se o pai registral já tinha dúvidas quanto à paternidade quando da realização do ato, resta configurada a denominada 'adoção à brasileira'. 3.No caso, não tendo sido demonstrada a ocorrência de vício de consentimento, a verdade registral deve prevalecer, mesmo sobre a verdade biológica, em razão da existência de socioafetividade entre as partes. [...]” MINISTRO RAUL ARAÚJO Relator (STJ - REsp: 1201756 CE 2010/0133861-4, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 14/04/2015) (grifei).

Há que se salientar que para que seja possível a desconstituição, não basta a vontade do pai ou do filho e sim, que se comprove no caso concreto a ocorrência de vício no ato do reconhecimento.

Sendo a relação afetiva a base primordial para o reconhecimento da filiação socioafetiva, quando na hipótese de descoberta da verdade real os vínculos entre pai e filho forem rompidos, é de se aceitar que se desconstitua a paternidade.

Deve-se priorizar, quando da análise dos casos reais, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo que o STJ vem admitindo que apesar da desconstituição da paternidade à primeira vista soar impactante e prejudicial, na verdade seria mais benéfico à criança (IBDFAM, 2015).

Diante da ruptura dos laços afetivos entre pai e filho não seria correto impor nem a um, nem ao outro as responsabilidades e deveres decorrentes da filiação. Assim, a criança em desenvolvimento não seria exposta a nenhum vínculo forçado com o pai registral e este, por sua vez, não manifestando de forma voluntária o anseio de manter a relação poderia se desobrigar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, tem-se que a posse de estado de filho é o critério basilar que sedimenta a existência ou não da paternidade socioafetiva, isso porque quando se fizerem presentes os três critérios: tratamento, nome e aparência, estará perfectibilizada a posse de estado de filho, devendo ser garantida a juridicidade a essa relação.

Ademais, apesar do caráter incondicional e irretroatável do reconhecimento da filiação, na ocorrência de vícios da vontade ou de defeito formal no registro é possível que o pai registral promova a ação negatória de paternidade com o fito de desconstituir a filiação. Nessas hipóteses, faz-se presente o fenômeno da relativização da coisa julgada, permitindo-se a revisão de sentença judicial que confirmou a filiação para garantir a persecução da verdade real.

Há que se salientar que apesar da divergência existentes em relação a possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva, entende-se que quando da análise do caso concreto, perceber-se que a criança não terá seu desenvolvimento prejudicado e na inexistência da manutenção de laços afetivos, é possível e recomendável a desconstituição da paternidade socioafetiva. O entendimento toma por base a pesquisa realizada e com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente é admissível a desconstituição quando por vício de erro, portanto, escusável, o pai não tenha interesse em manter relacionamento com o filho afetivo.

Nessas circunstâncias não é plausível condenar ambos os envolvidos a permanecerem ligados pelo vínculo jurídico proveniente do

reconhecimento da filiação. Sendo o ser humano o centro do ordenamento jurídico as demais normas e princípios devem ser aplicados com o intento de garantir a máxima proteção e propiciar ambiente pleno ao desenvolvimento do indivíduo. Assim, inadmissível forçar o relacionamento paterno-filial.

6 REFERÊNCIAS

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

BRASIL, Novo Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de jan. 2002

BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1330404/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Jus Brasil, 19 fev. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1201756 CE 2010/0133861-4. Relator: Ministro Raul Araújo, Jus Brasil, 14 out. 2015.

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

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de família. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>>. Acesso em 28 set. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnaldo. Direito de Família. 13 ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

**MULTIPARENTALIDADE VISTA ATRAVÉS DA ABORDAGEM SISTÊMICA:
UM NOVO OLHAR PARA OS JUDICIAIS**

**MULTIPARENTALITY VIEWED BY THE SYSTEMIC APPROACH:
A NEW LOOK FOR THE JUDICIALS**

Ana Tarna dos Santos Mendes

Advogada. Graduando em Direito Sistêmico, Pós-Graduando em Mediação e Gestão de Conflitos, Fanpage Olhar Sistêmico no Direito – Ceará

Gabriela Nascimento Lima

Advogada, aluna do curso de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa-UAL

Na família tradicional, denominada a pequena família, existe em seu núcleo essencial a mãe, pai e filhos, por outro lado em seu conceito *lato sensu*, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção, compreendendo os cônjuges e companheiros, parentes e afins.

Em ambas a figura paterna é muito importante na configuração familiar, o que reflete a sua proteção pelo ordenamento jurídico, contudo, com as mudanças que a sociedade vem passando, nasceu um movimento de ampliação na definição de família, havendo conforme alguns doutrinadores várias representações sociais de família, tais como: família matrimonial que seria a decorrente do casamento, a família informal decorrente da união estável, as famílias parentais, formadas pelos vínculos de parentesco como a monoparental, multiparental, anaparental, etc.

A família como base da sociedade, visa através dos vínculos entre os envolvidos, fortalecer as relações de parentesco e o próprio núcleo familiar, com isso propiciando um sistema equilibrado.

Mas o que vem a ser o parentesco, Maria Helena Diniz conceitua o parentesco como sendo: “O vínculo existente não só entre pessoas que descendem

umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro e entre adotante e o adotado” (DINIZ, Maria Helena. Código Civil..., 2005, p. 1.295).

Para Maria Helena Diniz podem ser apontadas três formas ou modalidades de parentesco, levando-se em conta a sua origem:

a) Parentesco consanguíneo ou natural – aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou de sangue, ou seja, que descendem de um ancestral comum, de forma direta ou indireta.

b) Parentesco por afinidade – existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro.

c) Parentesco civil – aquele decorrente de outra origem, que não seja a consanguinidade ou a afinidade, conforme estabelece o art. 1.593 do CC.

Assim, com essas mudanças sociais, surgiu a paternidade socioafetiva, onde muitas vezes, essa parentalidade não é decorrente apenas pelo vínculo sanguíneo, mas pela afetividade, onde o padrasto, madrasta ou qualquer outra pessoa assume a postura de pai ou mãe, desenvolvendo funções inerentes do poder familiar, como o dever de cuidado, assistência, educação, sustento, etc.

João Baptista Villela, jurista que atua no campo do direito privado, foi o primeiro autor brasileiro a tratar da desbiologização do Direito de Família. Segundo o autor, a paternidade propriamente dita não é um fato da natureza, mas sim um fato cultural. Assim: *“Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”*.

A valorização da parentalidade socioafetiva foi confirmada na IV Jornada de Direito Civil, realizada em outubro de 2006, com a aprovação do Enunciado n. 339 do CJP/STJ, prevendo que “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

O mesmo ocorreu na V Jornada de Direito Civil, de 2011, com o seguinte enunciado, de autoria de Heloísa Helena Barboza, professora Titular da UERJ: “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais” (Enunciado n. 519 do CJP/STJ)

Com o fortalecimento das relações socioafetivas uma parcela dos estudiosos jurídicos passaram a perceber que além da verdade biológica e da verdade registral, está a verdade socioafetiva, que são laços que ultrapassam os limites sanguíneos.

Deste modo, o termo multiparentalidade ganhou espaço e trata da coexistência de filiações biológicas e afetivas, onde os vínculos afetivos e biológicos são reconhecidos de forma simultânea em um núcleo familiar.

Analisando um exemplo prático de quem defende o reconhecimento da relação socioafetiva, se o marido, depois de quinze anos de convivência, descobre que o filho de sua mulher não é seu filho, diante de exame de DNA feito em laboratório extrajudicial, não poderá mais quebrar esse vínculo, pois a afetividade prevalece sobre o vínculo biológico.

Nesse sentido, são as decisões dos Tribunais Estaduais. Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiro na análise do tema, cumpre transcrever:

“Apelação cível. Ação anulatória de registro civil. Conforme precedentes desta corte, o reconhecimento espontâneo no ato registral estabelece uma filiação socioafetiva, com os mesmos efeitos da adoção, e como tal irrevogável. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida. Recurso desprovido” (TJRS, Processo 70009804642, Comarca de Tupanciretã, 17.02.2005, 8.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Alfredo Guilherme Englert).

“Apelação cível. Ação de anulação de registros de nascimentos. Paternidade socioafetiva. Em prevalecendo a paternidade socioafetiva entre o falecido pai registral e os réus, perfeitamente delineada nos autos, além de incomprovado defeito nos atos registrares, mantém-se a improcedência da ação. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Apelação desprovida” (TJRS, Processo 70010450336, Comarca de Porto Alegre, 17.02.2005, 8.ª Câmara Cível, Rel. Juiz José Ataídes Siqueira Trindade).

No mesmo entendimento, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 898060, de 21 de setembro de 2016, reconheceu a questão da multiparentalidade no registro civil de uma pessoa. Segundo o relator do recurso- Ministro Luiz Fux, *“considerou que o princípio da paternidade responsável impõe que, tanto vínculos de filiação construídos pela*

relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação. Segundo ele, não há impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade – socioafetiva ou biológica –, desde que este seja o interesse do filho. Para o ministro, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de modelos familiares diversos da concepção tradicional, não autoriza decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos.”¹

No caso concreto, o relator negou provimento ao recurso e propôs a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais”.

Tal decisão coloca em igualdade de tratamento a paternidade biológico e socioafetiva, não desprezando o vínculo gerado entre as partes ao longo dos anos, atendendo inclusive o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, que trata da igualdade de filiação: “ *Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.*”

Contudo, existem os que olhem para a multiparentalidade com estranhamento e temeridade, uma vez que se sustenta através da ideia da coexistência de dois fatores filiais, que para o bem estar do menor ou adolescente, não podem manter relações de exclusão, mas de complementaridade, sendo o foco desta relação filial, a promoção aos filhos de uma criação harmônica, estruturada e salutar para todos.

Pensamento defendido pela presidente da ADFAS, Regina Beatriz Tavares da Silva, “*A admissão da multiparentalidade em nosso ordenamento jurídico produzirá efeitos nefastos sobre a vida das crianças e dos adolescentes, assim como o aumento vertiginoso de conflitos entre todos aqueles que exercem o poder familiar, que na multiparentalidade serão, pelo menos, três pessoas: a mãe biológica, o pai biológico e o pai socioafetivo.*”

¹STJ- Recurso Extraordinário nº 898060-
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>

Como as famílias poderão se estruturar internamente para manter o equilíbrio e a paz do seu núcleo ou sistema familiar? Já que essa multiplicidade de parentescos pode gerar um prejuízo emocional e psicológico ao menor ou adolescente.

Mas o que seria Sistema Familiar através da abordagem sistêmica? Para Bert Hellinger, o descobridor das Constelações Sistêmicas, cada indivíduo tem o seu sistema familiar, pois nascemos da relação ente nosso pai e nossa mãe, portanto, herdamos também as linhagens de ambos, ou seja, através do olhar sistêmico a família é vista como um campo de energia congregado por uma força que liga todos os membros e por um sentido de ordem e de equilíbrio que atua em todos da mesma forma.

A abordagem sistêmica foi introduzida aos conflitos judiciais pelo Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Dr. Sami Storch, que conheceu a terapia criada por Bert Hellinger e passou a utilizar em seus processos, o mesmo criou a expressão Direito Sistêmico, que surgiu da análise do direito sobre uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas. *“O estudo das leis sistêmicas faz com que operador do direito tenha um olhar que vai além do que aparece no processo judicial, diz Sami Storch”.*

A constelação sistêmica ou familiar é um método psicoterápico que estuda as emoções e energias que, acumulamos consciente e inconscientemente, o que conduz os envolvidos a compreender todos os fatores que pertencem ao seu sistema familiar ou campo familiar.

De acordo com os ensinamentos de Bert Hellinger no interior da consciência de um sistema familiar os acontecimentos, como a história dos relacionamentos dos pais e dos avós, morte de uma criança muito nova, aborto, parto prematuro, adoção, suicídio, guerra, exílio forçado, troca de religião, antepassado agressor ou vítima, traição, enfim fatos marcantes, influenciam no campo energético do indivíduo, obrigando muitas vezes, que as gerações futuras tenham que se responsabilizar, através de uma identificação.

Então, a família, mas do que a base da sociedade, com direitos garantidos em nossa Constituição Federal, sistemicamente, é aonde nós evoluímos, por que herdamos não apenas um material genético, mas sim os comportamentos e as crenças do nosso sistema familiar. É nela que cada um, desde o seu nascimento, ocupa um lugar único, por isso, através da abordagem sistêmica o nosso primeiro

sistema familiar precisa ser respeitado.

Então, sistemicamente, é importante observar primeiramente a questão da ordem biológica, considerando que somos 50% fator genético de nosso pai e 50% de nossa mãe biológica, cujos fatores influenciam na historicidade de cada um, onde a ascendência, pela ordem das leis sistêmicas há de ser reconhecida com fins de manter um equilíbrio no campo familiar de cada um de nós.

As Ordens do Amor ou Lei Sistêmicas são a base para se criar o pensamento sistêmico, que regem as relações humanas e auxiliam os operadores do direito a utilizar o olhar sistêmico nos conflitos judiciais, as leis sistêmicas são: 1) O da preferência ou hierarquia; 2) Pertencimento; 3) Dar e receber.

Resumidamente podemos explicar que a primeira lei consiste que os entes mais velhos preferem aos mais novos e deve haver uma hierarquia entre os membros da família, um respeito aos ascendentes, e a quem chegou primeiro; já a segunda lei trata que todos devem fazer parte do sistema familiar, sem haver qualquer tipo de exclusão, seja falecido, doente, pobre, deficiente, idoso, etc. Todos devem ser incluídos, reconhecidos e amados e a terceira ordem do amor significa que deve haver um equilíbrio entre o dar e o receber para que não haja um sentimento de dívida com o outro, mas de amor, pois à medida que dou amor, recebo também, havendo um movimento nesse sentido, em que todos os membros da família se beneficiam.

No fenômeno da multiparentalidade duas leis sistêmicas precisam ser respeitadas, a da hierarquia, por que o parentesco biológico surgiu primeiro e precisa ser visto como o primeiro e a lei do pertencimento, posto que, como dito antes, todos que pertencem ao sistema familiar de uma pessoa necessita ser incluído.

A paternidade socioafetiva tem sua importância no desenvolvimento de uma criança, mais quando alguém toma uma criança como filho para educá-la e criá-la, há de atender primordialmente o interesse do menor e não atender seus próprios interesses, como acontece, geralmente, com pais que querem adotar uma criança apenas pela incapacidade de não concepção, sistemicamente ocorre uma desordem e o fluxo do dar e receber é prejudicado.

Como dito acima uma das leis sistêmicas é a do pertencimento, portanto, tanto os vínculos biológicos como os afetivos são importantes para um desenvolvimento sadio de uma criança. Contudo, para que haja equilíbrio do sistema

familiar como um todo, há necessidade de que os pais ou responsáveis afetivos aceitem, reconheçam e incluam os pais biológicos no coração do filho adotado ou fruto do reconhecimento do vínculo multiparental, Bert Hellinger fala de ocupar um lugar no coração.

“Quando os pais se unem num sistema único de valores, adquirem um sentimento de solidariedade mútua em face dos filhos, os quais, por sua vez, se sentem seguros nesse sistema homogêneo e seguem-no de bom grado. Se os pais não estiverem unidos, os filhos viverão segundo dois sistemas de crenças diferentes, ou dois diferentes sistemas de valores, ao mesmo tempo e sob o mesmo teto. E isso é complicado.”²

Outra, “quando os pais adotivos ou de criação agem no interesse da criança, eles, na visão sistêmica, precisam ter consciência de que são meros substitutos ou representantes dos pais biológicos, a quem ajudam a realizar o que não estava a seu alcance. Eles desempenham um papel importante, mas na qualidade de pais adotivos, vindo depois dos pais biológicos, não importa o que estes sejam ou tenham feito. Se essa ordem for respeitada, os filhos podem aceitar e respeitar os pais adotivos.”³

Portanto, no campo da multiparentalidade, através do olhar sistêmico, existem dois sistemas familiares, o primeiro é o biológico e o segundo o socioafetivo, entretanto, para que a relação socioafetiva seja mantida no amor e em respeito com as ordens sistêmicas, o parentesco biológico da pessoa precisa ser visto e reconhecido como o primeiro vínculo familiar. Postura que gera paz e força ao sistema, criando um ambiente saudável e equilibrado para todos os envolvidos.

Referências

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Direito de Família. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Tartuce, Flávio. Direito civil, v. 5 : direito de família / Flávio Tartuce. – 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

² HELLEINGER, BERT- A simetria oculta do amor, Editora Cultrix-São Paulo, p.125

³ HELLEINGER, BERT- A simetria oculta do amor, Editora Cultrix-São Paulo, p.121

HELLINGER, Bert. *Constelações Familiares – O Reconhecimento das Ordens do Amor*. São Paulo, Cultrix, 2010.

HELLINGER, Bert. *Ordens do amor, um guia para o trabalho com constelações familiares*. São Paulo, Cultrix, 2003.

HAUSNER STEPHAN. *As Constelações Familiares e o Caminho da Cura*. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLEINGER, BERT- **A simetria oculta do amor**, São Paulo: Editora Cultrix.2002

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** [Em linha]. [Consult. 24 Jan. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

SUPERIOR Tribunal Federal – Acórdão com o número RE 898060. Relator Ministro Luiz Fux. [Em linha]. [Consult. 11 de jan. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=6>

22

ADFAS - Multiparentalidade não poderia ter sido examinada pelo STF [Emlinha]. [Consult. 01 fev 17].

[http://www.adfas.org.br/artigos/conteudo.aspx?ti=Multiparentalidade não poderia ter sido examinada pelo STF](http://www.adfas.org.br/artigos/conteudo.aspx?ti=Multiparentalidade%20n%C3%A3o%20poderia%20ter%20sido%20examinada%20pelo%20STF)

CONTEUDO JURIDICO- Da filiação socioafetiva: a desbiologização da paternidade. [Emlinha]. [Consult. 01 fev 17]. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-filiacao-socioafetiva-a-desbiologizacao-da-paternidade>

**BREVES REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO DAS SUCESSÕES À LUZ DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: LEI Nº 13.105/2015**

**BRIEF REFLECTIONS ON THE RIGHT OF SUCCESSION, CONSIDERING THE
NEW CIVIL PROCEDURE CODE: LAW NO. 13.105/2015**

João Márcio Góes de Paiva

Graduado em Direito pela PUC-Campinas, Especialista em Direito Processual Civil pela EPM – Escola Paulista da Magistratura, Pós-Graduando em Direito Imobiliário pela EPD – Escola Paulista de Direito e Assistente Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Resumo. O presente trabalho objetiva estimular a reflexão e o debate acerca de alguns aspectos (notadamente processuais) do Direito das Sucessões, levando em consideração o advento do novo Código de Processo Civil. Por meio de pesquisa e estudo do material bibliográfico indicado, procurou-se apontar algumas relevantes e positivas alterações legislativas, concluindo-se pela necessidade de maior conscientização de todos acerca do tema, o que viabilizará o necessário conhecimento dos instrumentos jurídicos disponíveis, possibilitando mais segurança jurídica e serenidade nas relações sociais decorrentes do evento inexorável e misterioso que é a morte.

Palavras-Chave. Direito; Sucessões; Código; Processo; Alterações.

Abstract. *This paper aims to stimulate reflection and debate about some aspects (notably procedural) of the Law of Succession, taking into account the advent of the new Civil Procedure Code. Through research and study of the bibliographical material indicated, we tried to point out some relevant and positive legislative changes, concluding the need for greater awareness of all on the subject, which will enable the necessary knowledge of legal means enabling more security legal and serenity in social relations resulting from the inexorable and mysterious event that is death.*

Keywords. *Right; Succession; Code; Process; Changes.*

Sumário. Introdução. 1. Noções de direito material. 2. Algumas relevantes alterações processuais. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015) está dividido em duas partes: a Parte Geral e a Parte Especial.

A *Parte Geral* conta com seis livros (Livro I: Das Normas Processuais Cíveis; Livro II: Da Função Jurisdicional; Livro III: Dos Sujeitos do Processo; Livro IV: Dos Atos Processuais; Livro V: Da Tutela Antecipada; Livro VI: Formação, suspensão e extinção do processo).

A *Parte Especial* conta com três livros (Livro I: Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença; Livro II: Do Processo de Execução; Livro III: Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais).

Há, ainda, um último Livro, denominado de Livro Complementar, com as disposições finais e transitórias.

Registre-se – a título de curiosidade - que o Novo CPC extingue o processo cautelar, sendo que os provimentos de urgência, com risco de dano irreparável e de difícil reparação são regulados no livro V da parte geral, intitulado TUTELA PROVISÓRIA, que engloba a tutela de URGÊNCIA e a tutela de EVIDÊNCIA, constantes dos artigos 294 a 311.

Pois bem. Abordaremos brevemente neste artigo alguns aspectos processuais acerca do Inventário e da Partilha (artigos 610 a 673), previstos no capítulo VI do Título III (Dos Procedimentos Especiais) do Livro I (Do processo de conhecimento e do Cumprimento de Sentença) da Parte Especial do Novo CPC.

Tal capítulo conta com 10 (dez) seções, a saber: Disposições Gerais, Da Legitimidade para Requerer o Inventário, Do inventariante e das Primeiras Declarações, Das Citações e das Impugnações, Da Avaliação e do Cálculo do Imposto, Das Colações, Do Pagamento das Dívidas, Da Partilha, Do Arrolamento e, por fim, as Disposições Comuns a Todas as Seções.

Evidentemente, serão feitas algumas reflexões acerca do direito material, inclusive porque o assunto, que é tratado também no Código Civil, requer sempre esse olhar interdisciplinar.

1. Noções de direito material

Como cedição, no instante da morte (ou no momento presumido da morte de alguém) se considera aberta a sucessão patrimonial (a sucessão *causa mortis* nos interessa aqui e não a sucessão *inter vivos*, frequentemente estudada no direito das obrigações, outro capítulo do Direito Civil), incidindo o princípio da *saisine* (*droit de saisine*), segundo o qual, em linhas gerais, se dá a transferência imediata do patrimônio do falecido aos seus herdeiros, não ocorrendo em razão de tal instituto e da ficção jurídica que ele opera indesejável interrupção na titularidade dos bens, mas apenas alteração (ou *mutação*) *subjéctiva*.

A esse respeito já consignou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que por tal princípio:

“[...] corolário da premissa de que inexistente direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite - se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo de cujus ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto⁴”.

Também nesse sentido são esclarecedoras as palavras de Rodrigo Alves da Silva⁵, confira-se:

“Tal posse se opera logo após o óbito do antigo titular dos bens deixados, com a abertura da sucessão, não havendo, ipso facto, interrupção na titularidade dos bens. Existe, em verdade, mera mutação subjéctiva na titularidade dos direitos deixados.

⁴ Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial nº 1.125.510 - RS (2009/0131588-0), 3ª Turma, relator Ministro Massami Uyeda, DJe: 19/10/2011

⁵ em artigo publicado no sítio eletrônico JUS NAVIGANDI (<https://jus.com.br/artigos/23156/a-formula-saisine-no-direito-sucessorio/2>)

Trata-se, como alhures dito, de mera ficção legal, haja vista que a transferência de propriedade só se efetiva por meio do registro do formal de partilha junto ao cartório competente. Enquanto pendente o processo de inventário e partilha, que confira aos sucessores a posse plena dos bens da herança persiste comunhão de bens entre os herdeiros.

Logo, a posse transmitida pelo *droit de saisine* não será sempre representada pela posse ampla, havendo casos em que a apreensão material das coisas que compõem o acervo hereditário só se realizará com a partilha. A posse que se transmite causa mortis é sempre a posse indireta.

Neste sentido, proclama Silvio Rodrigues: “Mesmo que o de cujus tenha vários herdeiros, a herança defere-se como um todo unitário, e o direito dos co-herdeiros quanto à propriedade e posse da herança será indivisível, regulando-se pelas normas relativas ao condomínio.”

A investigação histórica do assunto aponta ser a *saisine* criação medieval, oriunda do direito consuetudinário francês. À época, buscando proteger o direito à herança, o costume francês se irrompeu contra pagamentos realizados ao senhor feudal, a fim de que este autorizasse a imissão dos sucessores na posse da propriedade deixada pelo falecido. A sucessão de bens, neste íterim, não era direta e imediata, e necessitava de figura intermediária entre herdeiros e de cujus, no caso, o senhor feudal.

Com a adoção da *saisine* na França, em idos do ano de 1.259, a posse e a propriedade da herança passou a ser direta e imediata entre os agentes da sucessão. A fórmula passou a ser designada pela expressão “*le mort saisit le vif*” – “o morto é substituído pelo vivo”.

Os efeitos práticos da *saisine* garante a aquisição imediata da herança pelos sucessores devidos, legítimos ou testamentários, lembrando que, no momento da transmissão da posse e da propriedade, o herdeiro recebe o patrimônio tal como se encontrava com o de cujus. Logo, transmitem-se, também, além do ativo, todas as dívidas, ações e pretensões contra ele existentes.

A sucessão considera - se aberta no instante mesmo ou no instante presumido da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava.

A morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa. A transmissão é conseqüente, é efeito da morte. Por força de ficção legal, coincidem em termos cronológicos, (1) presumindo a lei que o próprio de cujus investiu seus herdeiros (2) no domínio e na posse indireta (3) de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo. Esta é a fórmula do que se convencionou denominar ‘*droit de saisine*’.

O legislador constitucional brasileiro tutelou o direito de

herança, caracterizando - o como fundamental. Neste quadrante, reza o inciso XXX, do artigo 5º, da Magna Carta, que “É garantido o direito de herança.”.

Ao incluir a herança no rol de direitos fundamentais (direitos de primeira geração), o legislador conferiu a necessária proteção ao instituto, remetendo ao legislador ordinário a tarefa de traçar as regras de direito material, conforme consta do último livro do Código Civil, que se inicia pelo artigo 1.784.

A *saisine* expressa, dentro do texto legal ordinário, a preocupação do constituinte com a sucessão. Entretanto, como pontuou o positivismo de Augusto Comte “Tudo é relativo, eis o único princípio absoluto”.

Tal entendimento, endossado inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, relativizou o alcance e a aplicabilidade do *droit de saisine* que, se cotejado com princípios de defesa de interesse coletivo e da ordem econômica e social (v.g., princípio da função social da propriedade) não deverá prevalecer”.

Nesse contexto, importante lembrar a redação do artigo 1.784 do Código Civil, segundo o qual *Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.*

A sucessão legítima é aquela que decorre da Lei (vide ordem da vocação hereditária no artigo 1.829 do Código Civil) e ocorrerá notadamente quando não houver testamento (por isso chamada de sucessão *ab intestato*). A sucessão testamentária origina-se de ato de última vontade do morto, tendo grande importância a autonomia privada do autor da herança, que será exercida mediante testamento ou codicilo (este último consiste em disposição testamentária de pequena monta ou extensão).

O patrimônio do *de cuius* (Expressão latina, derivada de "de cuius successione agitur", *de cuja sucessão se trata*) compõe a herança e forma o Espólio, ente despersonalizado ou despersonificado que possui legitimidade ativa reconhecida pela lei processual e é representado pelo inventariante.

Importa observar que antes da partilha há verdadeira situação de indivisão do espólio, sendo aplicadas entre os coerdeiros as regras relativas ao condomínio.

2. Algumas relevantes alterações processuais

O processo de inventário (Do latim *invenire*, que significa achar, localizar⁶) bem como a partilha possuem, portanto, a finalidade de formalizar a transferência que se operou com a abertura da sucessão, fazendo cessar o estado de indivisão, viabilizando a perfeita identificação do patrimônio dos herdeiros e legatários (*inventariando-o*, *listando-o*, *relacionando-o*), possibilitando o conhecimento da existência de eventual testamento, permitindo a atribuição, ao final, do quinhão de cada um dos herdeiros, ensejando concreta, efetiva e plenamente a transmissão dos direitos hereditários aos sucessores (inclusive os legatários, que receberão eventual *legado* constante de testamento a título singular e não universal, sendo destinatários de um bem determinado e específico).

O inventário compreende as fases seguintes: a abertura do inventário, a nomeação do inventariante, o oferecimento das primeiras declarações, a citação dos interessados, a avaliação dos bens, o cálculo e o pagamento dos impostos, as últimas declarações, a partilha e sua homologação.

Há, pelo Código de Processo Civil de 1973, o inventário judicial pelo rito tradicional; o inventário judicial pelo rito sumário, (neste há concordância entre os herdeiros e a partilha é amigável); o inventário extrajudicial, referido pela Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em 2007, desde que os herdeiros sejam capazes; e o arrolamento comum, que leva em consideração o valor dos bens inventariados.

No CPC de 1973, a modalidade de inventário conhecida como “arrolamento comum” é prevista no artigo 1.036, onde se limitam os valores dos bens, que deverão ser calculados em Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, substituta da ORTN – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional em 1986 e extinta em 1989, quando fora substituída pela BTN – Bônus do Tesouro Nacional, e então pela TR – Taxa Referencial. Confira-se:

⁶ “derivado do latim *inventarium*, de *invenire* (agenciar, diligenciar, promover), em sentido amplo, quer significar o processo, ou série de atos praticados com o objetivo de ser apurada a situação econômica de uma pessoa ou de uma instituição, pelo relacionamento de todos os seus bens e direitos, ao lado de um rol de todas as suas obrigações e encargos...” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 2º V. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Art. 1.036. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 2.000 (duas mil) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente da assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano da partilha.

- *1º Se qualquer das partes ou o Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará um avaliador que oferecerá laudo em 10 (dez) dias.*
- *2º Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas.*
- *3º Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz e pelas partes presentes.*
- *4º Aplicam-se a esta espécie de arrolamento, no que couberem, as disposições do art. 1.034 e seus parágrafos, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.*
- *5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha.”*

A partir de março de 2016, com a vigência do Novo CPC, o limite aos valores dos bens a serem inventariados passa a ser aferido por meio do salário-mínimo, consoante o artigo 664:

“Art. 664. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente de assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição de valor aos bens do espólio e o plano da partilha.

- *1º Se qualquer das partes ou o Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará avaliador, que oferecerá laudo em 10 (dez) dias.*
- *2º Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas.*
- *3º Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz, pelo inventariante e pelas partes presentes ou por seus advogados.*
- *4º Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couber, as disposições do **art. 672**, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.*
- *5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha.”*

Interessante inovação é a do artigo 665 do Novo Código de Processo Civil, em que se permite que tal modalidade de inventário seja processada ainda que haja interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público. Confira-se:

“Art. 665. O inventário processar-se-á também na forma do art. 664, ainda que haja interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público.”

Sob a égide do CPC/73, houve precedente permitindo o rito do arrolamento mesmo existindo menor. Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO – CONVERSÃO EM ARROLAMENTO – MENOR RELATIVAMENTE INCAPAZ – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE E DA CELERIDADE - ARTIGO 5º, INCISO LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.1. “Não ofende o devido processo legal a decisão que converte o inventário em arrolamento, a pedido dos herdeiros, se o plano de partilha respeitar os interesses do herdeiro incapaz, e tiver por finalidade o atendimento à celeridade processual, como princípio previsto no art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal” (Parecer proferido pelo Ilustre Procurador de Justiça Milton José Furtado – fl. 116).2. O princípio da instrumentalidade conduz à aplicação teleológica racional das normas processuais, evitando a literalidade, os excessos do formalismo e que a própria normas e converta em um fim em si mesma.3. Recurso conhecido e provido7”.

Percebe-se que o inventário na modalidade arrolamento comum poderá, portanto, ser mais largamente utilizado, porque tal rito será possível sempre que os bens não superarem o – relativamente considerável - montante equivalente a 1.000 (mil) salários mínimos (ou R\$ 880.000,00 – oitocentos e oitenta mil reais, atualmente).

Outra interessante mudança diz respeito ao prazo para requerer a abertura do inventário, que doravante passa a ser de 2 meses (artigo 611) e não mais 60 dias, o que – ao contrário do que se possa pensar – traz diferenças práticas,

⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 713784-0, DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA METROPOLITANA DE CURITIBA – 10ª VARA CÍVEL. RELATOR: Desembargador RUY MUGGIATI

considerando a sistemática de contagem de prazos processuais pelo novo código quando estes forem contados em *dias*. Nessa hipótese, dispõe o art. 219 que computar-se-ão somente os *dias úteis*, o que também se aplicará na contagem dos prazos impróprios.

De se lembrar que o requerimento de abertura de inventário é obrigatório e se feito após o prazo legal, poderá haver incidência de multa, embora não haja nenhuma sanção de ordem processual.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.705/20009, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD impõe multa de 10% caso o requerimento seja feito após 60 dias da abertura da sucessão (leia-se, do óbito do autor da herança, o "de cujus") e antes de 180 dias da data do óbito. Após 180 dias, a multa é de 20% sobre o valor do imposto, consoante artigo 21, inciso I da referida lei.

Vale observar que mencionada lei permite a dilação desse prazo de 180 dias quando houver justo motivo e assim for deferido pela autoridade judiciária (art. 17, § 1º).

O próprio artigo 611 do novo CPC estabelece que o processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, *podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte (Destaquei)*.

De se enfatizar que o prazo legal para que o inventário seja ultimado (12 meses) é, de fato, prazo *impróprio* (muito se depara com inventários que tramitam por longos anos), não havendo consequência prática ou sanção ao Magistrado caso não observado, sem prejuízo, evidentemente, da aplicação de pena de litigância de má-fé aos interessados nas hipóteses cabíveis, agora previstas no artigo 80 do novo CPC (No processo de inventário, não raras vezes, a litigiosidade entre os herdeiros envolvidos é alta e acaba ocorrendo, lamentavelmente, a provocação de incidentes manifestamente infundados, como por exemplo, o requerimento visando à remoção de inventariante sem qualquer demonstração de descumprimento dos deveres do inventariante ou mesmo a parte aquele que interpõe recursos protelatórios). Aliás, já se decidiu que é possível a nomeação de inventariante dativo em casos tais, terceiro qualificado, imparcial e de confiança do Juízo, medida que trará maior celeridade e serenidade à tramitação do inventário, o

que certamente é de interesse de todos os herdeiros⁸.

Registre-se que o inventário tem utilidade mesmo nos casos em que o *de cuius* não deixa patrimônio. A esse respeito leciona DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES que:

“Situação curiosa ocorre quando o *de cuius* não deixa patrimônio, hipótese na qual naturalmente nada haverá a inventariar e muito menos a partilha. Seria possível supor que, diante dessa situação patrimonial do *de cuius*, o inventário e partilha se tornassem desnecessário. Ocorre, entretanto, que a ausência de inventário e partilha, mesmo nessas situações, gera algumas consequências jurídicas que podem ser evitadas com a realização do chamado “inventário negativo”, consagrado pela doutrina e jurisprudência, apesar da omissão legal a seu respeito e de alguma resistência doutrinária, que afirma tratar-se de aberração jurídica.

Segundo o art. 1523, do CC, não pode casar o viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, prevendo o art. 1641, I, do CC que, mesmo havendo casamento em tal situação, a consequência será o regime obrigatório de separação de bens. Além disso, interessa aos herdeiros o “inventário negativo” sempre que o *de cuius* não deixar bens, mas deixar dívidas, visto que os herdeiros só responderão por tais dívidas nos limites da herança⁹.

Outras alterações merecem destaque.

Anote-se que se permite o inventário extrajudicial se os interessados forem capazes e concordes, mantidos os requisitos do artigo 982 do CPC/1973, consignando o artigo 610, § 1º do Novo CPC que a escritura pública é documento hábil para qualquer ato de registro e não apenas para o registro imobiliário, servindo, ainda, para levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras.

Observe-se, também, que houve inclusão de duas figuras passíveis de nomeação como inventariante, a saber, a do herdeiro menor, por seu representante legal e o cessionário do herdeiro ou legatário (Artigo 617, incisos IV e VI, respectivamente).

⁸ Vide nesse sentido STJ - REsp n. 283.994, Relator Ministro Cesar Rocha, DJ. 06.03.01; Agravo de Instrumento nº 2186856-53.2014.8.26.0000, Acórdão registrado sob o nº 2015.0000463736, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, 9ª Câmara de Direito Privado – TJSP, j. aos 30.6.2015; Agravo de Instrumento nº 0075046-78.2012.8.26.0000, Rel. José Carlos Ferreira Alves, 2ª Câmara de Direito Privado - TJSP

⁹ (Neves, Daniel Amorim Assumpção, Manual de direito processual civil / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 1392).

Também ficou expressa no artigo 622, *caput* a possibilidade de remoção de ofício (por iniciativa do Magistrado) do inventariante (o CPC/1973 era omissivo), assegurando-se, o contraditório, garantido, aliás, no artigo 10 do novo CPC. Em caso de remoção, além de busca e apreensão e imissão na posse no caso de resistência ou inércia do inventariante removido, cabe agora multa em montante não superior a 3% dos bens inventariados (Artigo 625 da nova lei).

Outra mudança positiva é a revogação da regra prevista no artigo 999, § 1º do CPC 1973 pelo artigo 626, § 1º, não devendo ocorrer doravante a citação por edital (modalidade custosa e nem sempre eficaz) das pessoas domiciliadas em outra Comarca, prevendo-se a citação pelo correio do cônjuge, companheiro, herdeiros e legatários, com citação via edital apenas para as hipóteses genericamente previstas para esse meio de citação.

O artigo 627, *caput*, prevê prazo de 15 dias para manifestação dos interessados quanto às primeiras declarações (No código antigo, o prazo era de 10 dias, consoante artigo 1.000 do CPC/73).

Também o prazo para manifestação das partes após avaliação dos bens do espólio passa a ser de 15 dias (art. 635, *caput*) e não mais de 10 dias, conforme previa o artigo 1.009 do CPC/1973 (o prazo corre em cartório e admite-se carga rápida).

Relevante novidade também se encontra no artigo 642, § 5º do novo Código (em relação ao artigo 1.017 do CPC/73), que ao tratar do pagamento das dívidas do espólio, consignou que os donatários deverão ser ouvidos sempre que puder ocorrer redução das liberalidades.

Não se olvide a inovação trazida pelo artigo 647, parágrafo único, possibilitando que o juiz antecipe a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e fruir determinado bem, desde que ao fim do inventário o mesmo integre a cota de tal herdeiro (cabendo a ele todos os ônus e bônus de tal exercício).

Também se mencionem as regras - atinentes à partilha - da prevenção de litígios e da máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro (Art. 648).

O artigo 650 estabelece a reserva em poder do inventariante do quinhão do nascituro até seu nascimento.

Já o artigo 654, parágrafo único da nova lei traz outra novidade, esclarecendo que a existência de dívida para com a Fazenda Pública não impede o

juízo da partilha desde que seu pagamento esteja devidamente garantido.

Uma correção feita pelo novo CPC (artigo 657, parágrafo único) é quanto ao prazo para ação anulatória em caso de partilha amigável, que é de um ano, mas com natureza decadencial e não prescricional, como previsto no 1.029, parágrafo único do CPC/1973 (já que o direito de anular a sentença é direito protestativo, sendo decadencial, portanto o prazo). Tal correção foi feita pela substituição da expressão “prescreve” por “extingue-se”.

Se houve homologação judicial da partilha amigável, consoante artigo 658, inciso I do novo CPC, cabe ação rescisória, o mesmo ocorrendo em caso de preterição de formalidades legais (inciso II) e de herdeiro ou no caso de inclusão indevida de pessoa, que não era herdeira (inciso III). Nesse caso se trata de prazo decadencial e de 2 anos do trânsito em julgado.

Também se permite a cumulação de inventários, partilhando-se herança de pessoas diversas, atendidos os requisitos estabelecidos (vide artigo 672), conforme explica Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁰

Outro ponto que merece destaque situa-se no âmbito recursal.

Registre-se que houve simplificação do prazo para interposição dos recursos, consoante artigo de autoria de José Rogério Tucci¹¹:

“[...] O novel legislador, com o intuito de facilitar a atividade profissional dos advogados, estabeleceu, no artigo 1.003, parágrafo 5º, que: “Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 dias”, sendo ônus do recorrente comprovar a existência de feriado local no ato de interposição do recurso (parágrafo 6º). Nesse particular, a afastar qualquer dúvida, merece também ser transcrito o disposto no artigo 1.070: “É de 15 dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal”. Os embargos de declaração devem ser opostos no prazo de cinco dias (artigo 1.023).”

Pois bem. O artigo 1.009, *caput* prevê o recurso de Apelação, sendo que o § 1º dispõe que “As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a

¹⁰ (Daniel Amorim Assumpção, Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 / Daniel Amorim Assumpção Neves. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 376).

¹¹ Publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico (<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/paradoxo-corte-cpc-traz-inumeras-mudancas-prazos-processuais>)

decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões” (nesse último caso abre-se prazo de 15 dias para manifestação do recorrente).

Como se nota, deve se dar a oportunidade à parte que se sentir prejudicada de discutir por meio de procedimento simples tais questões em sede de apelação, tendo o Código instituído regra com vistas a respeitar o princípio do contraditório.

Por sua vez, o artigo 1.015 impôs delimitações quanto ao cabimento do agravo de instrumento, que poderá ser utilizado apenas em situações determinadas e específicas (lembrando que o agravo retido foi suprimido do ordenamento jurídico brasileiro). Confira-se:

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas provisórias;

II – mérito do processo;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI – exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte;

VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII – (VETADO);

XIII – outros casos expressamente referidos em lei.”

Tal dispositivo consigna em seu parágrafo único que é cabível – dentre outras hipóteses, como o processo de execução, liquidação e cumprimento de sentença – o agravo de instrumento também contra decisões interlocutórias proferidas no processo de *inventário*.

Da leitura de tais dispositivos poderá surgir dúvida quanto ao cabimento de agravo no processo de *arrolamento* contra as decisões proferidas na audiência mencionada no artigo 664, § 2º.

Caberá agravo apenas em caso de inventário propriamente dito,

tendo em vista o uso da expressão pelo legislador ou caberá à parte – em caso de arrolamento – insurgir-se contra mencionadas decisões somente em preliminar de apelação ou em contrarrazões?

É defensável, em tese, o não cabimento do agravo, talvez para viabilizar maior celeridade ao procedimento e diante da possibilidade de discussão da questão em apelação.

E o valor da celeridade é inegável, devendo o Novo Código de Processo Civil viabilizá-la, até em obediência à Carta Magna, a qual prevê, no inciso LXXVIII do artigo 5º que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) .

De se lembrar, aliás, que da própria exposição de motivos do anteprojeto do Novo CPC constou que *O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo,[6] porque mais rente às necessidades sociais[7] e muito menos complexo e que Os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.*

De fato, o mecanismo da audiência pode ser instrumento salutar e adequado para uma mais célere solução das questões levadas a Juízo, possibilitando, ainda, maior proximidade do Magistrado com as partes.

Aliás, o espírito do Novo CPC é o de estimular, inclusive, a conciliação bem como a mediação (artigo 3º, §3º do CPC).

Referidos instrumentos, próprios de uma *cultura de pacificação* em contraposição à indesejada cultura da sentença (vide Kazuo Watanabe, in Estudo em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover / Coordenação Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes – 1. ed. – São Paulo : DPJ Editora, 2005) podem possibilitar uma solução amigável, sempre menos traumática às partes.

De todo modo, ainda, que o agravo contra a decisão interlocutória proferida na audiência prevista no artigo 664 possa ser visto como instrumento desnecessário e que ensejará, eventualmente, maior morosidade ao processo, na prática e quanto à postura dos advogados, parecerá prudente a interposição de agravo na hipótese, ainda que esse não venha a ser conhecido, ao menos até que haja entendimento pacífico sobre o ponto.

Caberá à doutrina e – sobretudo - à jurisprudência a resposta.

Conclusão

Como nos lembra PABLO STOLZE:

“O brasileiro, em geral, não costuma falar da morte. Muitos dizem que isso traz mau agouro ou pode, até mesmo, propiciar a sua chegada mais precoce, o que ninguém quer. Mas o fato é que a morte faz parte da vida, sendo a única certeza de toda a nossa trajetória, independentemente de credo ou filosofia”¹².

Citado autor, nesse contexto, recorda Gonzaguinha e sua música intitulada “O que é, o que é?”:

“Somos nós que fazemos a vida
Como der, ou puder, ou quiser...
Sempre desejada
Por mais que esteja errada
Ninguém quer a morte
Só saúde e sorte...”¹³

É certo que há, também, os que procuram ver a morte sob outro ângulo, alguns com mais esperança e perspectivas, talvez.

JOSÉ RENATO NALINI nos lembra de texto de MARCO TÚLIO CÍCERO, que assevera:

“[...] Resta a quarta razão de temer a velhice, a que desola e

¹² Gagliano, Pablo Stolze, Novo curso de direito civil : direito das sucessões, v. 7 / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 29

¹³ Gagliano, Pablo Stolze, Novo curso de direito civil : direito das sucessões, v. 7 / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – São Paulo : Saraiva, 2014, pág. 29

acabrunha particularmente as pessoas de minha idade: a aproximação da morte. Ela é incontestável. Mas como é lastimável o velho que, após ter vivido tanto tempo, não aprendeu a olhar a morte de cima! Cumpre ou desprezá-la completamente, se pensamos que ela ocasiona o desaparecimento da alma, ou deseja-la, se ela confere a essa alma sua imortalidade. Não há outra alternativa”¹⁴.

Já nas sagradas escrituras, no Salmo 16 (15) (de Davi) é possível ler:

“lahweh, minha parte na herança e minha taça,
és tu que garantes a minha porção;
o cordel mediu para mim um lugar delicioso,
sim, é magnífica a minha herança [...]”¹⁵

Ainda, na Epístola de Paulo aos Romanos, se lê:

“[...] O próprio Espírito se une ao nosso espírito para testemunhar que somos filhos de Deus. E se somos filhos, somos também herdeiros; herdeiros de Deus e co-herdeiros de Cristo, pois sofremos com ele para também com ele sermos glorificados”¹⁶.

De fato, o próprio pensar sobre a morte leva a refletir sobre a vida e o modo de viver e de conviver.

Pondere-se que no âmbito do direito das sucessões não incide o princípio *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga ou dissolve), atinente a outros ramos do direito (como o penal, extinguindo a punibilidade do agente, o direito de família, extinguindo o casamento).

Na realidade, inobstante a morte possa extinguir as angústias daquele que parte deste mundo, fato é que ela também tem o condão de ensejar inúmeras controvérsias entre os sucessores do morto. Lamentavelmente, e frequentemente em razão de sentimentos mesquinhos e de pouco ou nenhum planejamento para este momento difícil, enquanto o morto “descansa em paz”, seus sucessores, não raras vezes, fazem incansável e interminável guerra pelo patrimônio

¹⁴ Marco Túlio Cícero, Saber envelhecer. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 152. (in Nalini, José Renato, Filosofia e ética jurídica / São Paulo : Eidtora Revista dos Tribunais, 2008, p. 25

¹⁵ Bíblia de Jerusalém, Editora Paulus, 2013, p. 876

¹⁶ Obra citada, Romanos 8, 16-17 p. 1979

deixado.

Sobre o tema, vale, inclusive, a leitura do brilhante livro de JOSÉ RENATO NALINI, intitulado Reflexões Jurídico-Filosóficas Sobre a Morte – Pronto para partir?¹⁷. Em tal obra, o autor faz interessante análise da morte em suas diversas faces, como evento biológico, jurídico, vista na ótica da filosofia, das artes, do direito. Também nos ensina o autor que “[...] Durante o Brasil Colônia, a regra era o testamento. A vontade do proprietário de dispor sobre o destino de seus bens para após sua morte [...]”¹⁸

Deseja-se, pois, que as pessoas façam uso dos instrumentos jurídicos disponíveis (inclusive os mecanismos extrajudiciais e o testamento, que também pode ser utilizado inclusive para fins não patrimoniais, como, por exemplo, o reconhecimento de filho havido fora do casamento, nos termos do artigo 1.609, inciso III do Código Civil), cientes de que a herança é direito garantido pela Carta Magna (Artigo 5º, inciso XXX), que também garante a razoável duração do processo, em consonância com os fundamentos da República, notadamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, incisos II e III da Constituição Federal).

Como se percebe, o direito das sucessões deve ser compreendido globalmente, inclusive com o auxílio do direito de Família, ao qual está intimamente conectado, almejando-se que a família e seu patrimônio encontrem a devida proteção jurídica, não se olvidando que a família - célula vital da sociedade - é tantas vezes vítima de interpretações distorcidas por parte de alguns, em descompasso, inclusive com os valores e anseios da sociedade (Cite-se, a título de exemplo, interessante parecer de VERÔNICA A. DA MOTTA CEZAR-FERREIRA sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS¹⁹).

Espera-se, assim, que uma crescente conscientização sobre a morte, inclusive enquanto fenômeno jurídico e à luz do ordenamento jurídico vigente tanto no campo material como no processual, possa trazer inegáveis benefícios a todos, viabilizando que as pessoas - aperfeiçoando o autoconhecimento e o conhecimento das regras acerca de seus bens e seu destino pós-morte – encontrem mais serenidade e segurança jurídica nas relações sociais decorrentes do evento

¹⁷ José Renato Nalini. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

¹⁸ Obra citada, p. 184

¹⁹ <http://www.adfas.org.br/admin/upload/18012016%20Parecer.pdf>

inexorável e misterioso que é a morte.

Bibliografia

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona; Novo curso de direito civil : direito das sucessões, v. 7 – São Paulo : Saraiva, 2014

NALINI, José Renato, Filosofia e ética jurídica / São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008

NALINI, José Renato; Reflexões Jurídico-Filosóficas Sobre a Morte – Pronto para partir? – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de direito processual civil – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

SILVA, De Plácido e.; Vocabulário Jurídico, 2º V. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Sítios eletrônicos:

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; Parecer elaborado pela Prof.^a Dra. Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira versando sobre a implantação da Ideologia de Gênero no ensino Fundamental a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões/ ADFAS,2015. Disponível em: <http://www.adfas.org.br/admin/upload/18012016%20Parecer.pdf>

SILVA, Rodrigo Alves da; A fórmula “saisine” no Direito Sucessório, 2012. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/23156/a-formula-saisine-no-direito-sucessorio/2>

TUCCI, José Rogério Cruz e; Novo Código de Processo Civil traz inúmeras mudanças nos prazos processuais, 2015. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/paradoxo-corte-cpc-traz-inumeras-mudancas-prazos-processuais>

ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE O PODER FAMILIAR

THEORETICAL ASPECTS OF THE FAMILY POWER

Mario Silva Cabral

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Jorge Amado – UNIJORGE.

Resumo: No presente trabalho são elucidados os aspectos teóricos do Poder Familiar sendo, instituto que foi alvo de inúmeras mudanças devido aos avanços da Família em relação à Sociedade e Ordenamento Jurídico, deste modo inicialmente é estudado a Origem da Família e seu Conceito, bem como as Noções de Modernidade e Contemporaneidade aplicada a este Conceito, além das Características do Poder Familiar, Exercício, Conteúdo, e as medidas de Extinção, Suspensão e Perda desse instituto.

Palavras-Chave: Família; Origem; Poder Familiar; Código Civil; Modelos de Família.

***Resume:** In this work are elucidated the theoretical aspects of Family and Power, an institute that has undergone numerous changes due to advances in Family in relation to the Company and legal system in this way is first studied the family origin and its concept as well as the basics Modernity and Contemporary applied to this concept, in addition to characteristics Family Power, Exercise, Content, and Termination of measures, suspension and loss of this instrument.*

***Keywords:** Family; origin; Family power; Civil Code; Family models.*

Sumário: Introdução. 1. Da família. 1.1. Origem. 1.2. Conceito. 1.3. Família moderna. 1.4. Família Contemporânea. 2. Poder familiar. 2.1. Titulares do poder familiar. 2.2. Características do poder familiar. 2.3. Do exercício do poder familiar. 2.4. Conteúdo do poder familiar. 2.5. Da extinção, suspensão e perda do poder familiar. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O presente trabalho tem como escopo analisar os aspectos teóricos do Poder Familiar com base no estudo da origem da família e modificações que ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente é realizada análise sobre a origem da família, sendo estudado o surgimento do primeiro modelo de família que foi a consanguínea, em que imperava a relação entre irmãos uterinos. Posteriormente temos o surgimento da Punaluana, sendo o casamento coletivo de irmãos e irmãs, carnais e colaterais, no seio do mesmo grupo.

Depois da Punaluana temos o surgimento da família Sindiásmica, os irmãos consanguíneos deixam de contrair matrimônio, homem e mulher vivem em conjunto, sendo exigida de forma rigorosa a fidelidade das mulheres enquanto perdurar o vínculo conjugal. Em seguida temos o surgimento da família Monogâmica, neste modelo temos a figura paterna dominando todo seio familiar.

Também é estudado o modelo de família Romana que é pautada pelo império do Pátrio Poder a figura do homem dominando todo ambiente familiar, deste modo, o ascendente mais velho tinha poder sobre os descendentes controlando toda da família.

Com a Revolução industrial ocorrem mudanças no modelo da família devido à desfuncionalização econômica da mesma, criação das grandes cidades e mudança no modelo de educação das crianças.

É analisado o conceito de família, também a família Moderna que surge com a modernidade, iniciada em meados do século XV e que perdura até o surgimento da família Contemporânea na metade do século XX impulsionada pela pós-modernidade.

Ainda na família Moderna encontramos os resquícios do Pátrio Poder, tendo apenas o genitor pai no domínio de todo seio familiar, diante disso com as revoluções e movimentos como o Feminista e movimento Homossexual, bem como com as mudanças que foram ocorrendo no ordenamento jurídico à mulher ganha espaço o exercício do Poder Familiar.

A família Contemporânea é um marco na modificação do núcleo familiar, haja vista os novos modelos de família serem reconhecidos, tendo a mulher espaço total na administração da família, bem como a formação de novas entidades

familiares, como exemplo da família homossexual, recomposta, estendida, anaparental e dentre outras que foram aparecendo com o advento da pós-modernidade.

Em seguida temo o estudo do Poder Familiar que é dividido em cinco tópicos. Primeiro é elucidado os Titulares do Poder Familiar, tendo regra expressa no artigo 1634 do Código Civil, sendo do pai e da mãe a titularidade deste instituto.

Outro tópico são as características, que se definem por irrenunciáveis, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, tendo ainda como característica a proteção e temporariedade.

O Exercício do Poder Familiar compete a ambos os genitores tendo regra expressa no artigo 1634 do Código Civil, bem como o Conteúdo do Poder Familiar que é o complexo de direitos e deveres que incumbem aos progenitores com relação aos filhos.

Por fim é analisada a Extinção, Suspensão e Perda estão previstos nos Arts. 1635, 1637 e 1638, a suspensão caráter temporário e a Perda e Extinção caráter definitivo em relação aos direitos e obrigações dos genitores com os filhos.

1. Da família

A família é um dos sustentáculos da sociedade, tendo em sua estrutura os valores, os costumes, as crenças e tradições. Junto com esses atributos que compõem sua forma temos ainda seu caráter mutável, vez que, ela se modifica conforme a sociedade vai evoluindo, a liquidez, o dinamismo, a pluralidade, está tanto na família como na sociedade.

Com efeito, por mais que o caráter dinâmico da família tenha acarretado em severas mudanças na sua base, estrutura, forma e composição, a essência continua sendo a mesma, deste modo, o ideal de relação de afeto, poder, respeito e convivência ainda perdura.

Muito se fala em falência, modificação, ou extinção da família tradicional, entretanto haja vista o caráter dinâmico da família, o que ocorre é um processo de modificação de suas bases devido à evolução da sociedade.

A princípio, a sociedade constituída pelos seus moldes tradicionais, estes que se definiam pela vida monótona, agricultura de subsistência, valores e

costumes sólidos, uma vida pragmática em que a mulher e os filhos viviam sob o domínio do chefe da família representado pelo homem, nesta ótica ela era constituída pelo homem e a mulher como genitores e seus filhos, esse era o modelo da família tradicional.

Com a evolução da sociedade, destacando a chegada da pós-modernidade, com a ocidentalização do mundo, inicia-se uma maior modificação na família, vale dizer, os valores, os costumes, o fato social que para Durkheim (2008, p.33) podiam ser entendidos como coisa, as crenças e tradições perderam sua natureza sólida e engessada, dando origem à liquidez e ao dinamismo.

Na sociedade moderna tudo flui em constante mudança, não se tem mais o caráter sólido das coisas, com isso suas raízes são menores, às arvores da sociedade moderna brotam frutos alternativos e diferentes. Nesse diapasão, Zygmunt Bauman destaca que:

“A vida na sociedade líquido-moderna é uma versão perniciosa da dança das cadeiras, jogada para valer. O verdadeiro prêmio nessa competição é a garantia (temporária) de ser excluído das fileiras dos destruídos e evitar ser jogado no lixo. (BAUMAN, 2007b, p. 10)”.

Por fim, sucumbe o modelo de família tradicional e emerge novos modelos, uma evolução da família moderna para família contemporânea. Em verdade, não se pode falar em apenas um modelo de família, mas em uma pluralidade de modelos.

1.1. Origem

A origem da primeira família é bastante controversa, vez que não se sabe quando de fato ela surgiu e qual era seu modelo estrutural. Deste modo, nos primórdios da sociedade, a relação humana era constituída de maneira diferente, posto que, o único motivo que ligava as pessoas era o instinto de sobrevivência, a necessidade de juntar alimentos, habitação e até mesmo a continuidade da espécie.

Segundo Friedrich Engels (2005) nas sociedades primitivas, precisamente na pré-história, existia a dificuldade de estabelecer a paternidade devido à promiscuidade sexual que imperava entre as pessoas, razão qual só se

tinha certeza do vínculo maternal entre a mulher e a criança, o que acarretava em um maior poder da mulher sob a família, isso no estado selvagem.

Com o passar dos tempos às figuras mudam, o homem se moderniza, a população aumenta, assim surge o manuseio da cerâmica, domesticação de animais, cultivo de plantas, até chegar à fundição do minério de ferro, ocorrendo uma mudança no modelo da sociedade, vale dizer, a evolução do estado selvagem para a barbárie.

Os parâmetros que mudam com a evolução do estado selvagem para a barbárie é o domínio da propriedade, vez que o homem emerge na sociedade, passando a dominar os bens, escravizar as pessoas, controlar a família, surgindo assim à sociedade patriarcal, com a preponderância da figura do homem.

Neste diapasão, podemos destacar a Família Consanguínea como primeira noção de família. Com esse modelo, às praticas de relações sexuais ocorriam entre irmãos e irmãs uterinos, e estes eram considerados cônjuges, Friedrich Engels traduz o entendimento de que:

“Nela, os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo. Nesta forma de família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos entre si, irmãos e irmãs, e por isso mesmo maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, nesse período, a relação carnal mútua (ENGELS, 2005, p. 37-38)”.

Em contraposição à família consanguínea surge a Punaluana, que significa o casamento coletivo de irmãos e irmãs, carnais e colaterais, no seio do mesmo grupo, este modelo de família determina a criação das categorias primos e primas, sobrinho e sobrinhas.

A família Punaluana é destacada pelo progresso no que se diz respeito à organização da família, com ela a relação carnal mútua que existia na família consanguínea deixa de existir para dar lugar a uma relação que excluía os

pais e os filhos do comércio sexual recíproco, a exclusão dos irmãos uterinos e em seguida dos irmãos colaterais, nesse contexto:

“Se o primeiro progresso na organização da família consistiu em excluir os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, o segundo foi a exclusão dos irmãos. Esse progresso foi infinitamente mais importante que o primeiro e, também, mais difícil, dada a maior igualdade nas idades dos participantes. Foi ocorrendo pouco a pouco, provavelmente começando pela exclusão dos irmãos uterinos (isto é, irmãos por parte de mãe), a princípio em casos isolados e depois, gradativamente, como regra geral (no Havaí ainda havia exceções no presente século) e acabando pela proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais (quer dizer, segundo nossos atuais nomes de parentesco, entre primos carnais, primos em segundo e terceiro graus) (ENGELS, 2005, p. 39)”.

Posteriormente, temos o surgimento da família Sindiásmica, sendo ela um modelo de família formada no limite divisor entre a sociedade selvagem e a barbárie, nesse modelo os irmãos consanguíneos deixam de contrair matrimônio, homem e mulher vivem em conjunto, sendo exigida de forma rigorosa a fidelidade das mulheres enquanto perdurar o vínculo conjugal e o adultério era cruelmente castigado, a infidelidade era permitida apenas para homem. Segundo Engels:

“Neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe (ENGELS, 2005, p. 49)”.

Após a família Sindiásmica surge a Monogâmica, neste modelo temos a figura paterna dominando todo seio familiar, a sua finalidade é procriar filhos, sendo que a paternidade destes é indiscutível, tendo à prole, direitos sucessórios sobre os bens do pai. Na família Monogâmica predomina uma maior durabilidade no matrimônio, a união é mais sólida e diverge da Sindiásmica no que diz respeito à dissolução do vínculo, vez que somente o homem pode romper o

matrimônio ou repudiar sua mulher.

Em Roma, a família tem uma estrutura diferente, posto que, surge o Pátrio Poder, a figura do homem dominando todo ambiente familiar, deste modo, o ascendente mais velho tinha poder sobre os descendentes controlando toda da família.

O modelo da família romana tinha em sua forma a função biológica, função educacional, função econômica, função assistencial, função espiritual e função afetiva. Segundo Fabio Ulhoa Coelho (2006, p. 05 - 08):

“Função biológica: relacionada à preservação e ao aprimoramento das espécies: com a proibição do incesto, a família romana garantia os benefícios da diversidade genética para as gerações subseqüentes; Função educacional: pertinente a preparação dos filhos menores para a vida em sociedade, mediante a introjeção dos valores que possibilitavam a organização da estrutura social dos moldes então existentes; Função econômica: que compreende a produção dos bens necessários à vida humana; Função assistencial: pela qual a família amparava seus principais membros nas enfermidades e velhice: após a morte do marido, a mãe e tios ficavam sob os cuidados do primogênito; Função espiritual: sendo a família o local das praticas religiosas: não havia religião no espaço público; Função afetiva: indispensável à estruturação psíquica do ser humano, construção de sua identidade, auto-estima: a família é condição essencial para a felicidade”.

Na Revolução Industrial ocorreu a desfuncionalização econômica da família, vez que a concentração de pessoas nas grandes cidades devido à necessidade de mão-de-obra para suprir a necessidade das fabricas fez com que a família perdesse a concentração do poder econômico.

O pai passa a ter menor influência sobre os filhos e começa a dividir as obrigações de Poder com a mulher, deste modo à mãe passa a ter uma maior influência em relação aos filhos, sucumbindo o Pátrio Poder e emergindo o Poder Familiar, que englobava ambos os genitores.

O pátrio poder que imperava na relação familiar vai cada vez mais perdendo força, a mulher começa a ter um lugar na sociedade, por conseguinte dentro da família, a concentração de poder que estava na mão do pai passa a ser dividido com a mãe, surgindo então o Poder Familiar.

1.2. Conceito

O conceito de família não é universal, sobretudo absoluto, vez que ao decorrer dos tempos encontramos inúmeras denominações e definições. É difícil trazer um conceito eficaz de família, um que englobe todo o instituto, que seja integral, em verdade. Existem definições mais eficazes para os tipos de família, seja ela consanguínea, extensa, monoparental, combinada, homoafetiva, monogâmica, anaparental, e assim por diante.

Com efeito, buscando uma definição sucinta de forma até genérica no dicionário encontramos a seguinte definição:

“família s. f. (sXIII cf. FichIVPM) 1 grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto (esp. O pai, a mãe e os filhos) 2 grupo de pessoas que têm uma ancestralidade comum ou que provêm de um mesmo tronco 3 pessoas ligadas entre si pelo casamento e pela filiação ou, excepcionalmente, pela adoção 3.1 fig. grupo de pessoas unidas por mesmas convicções ou interesses ou que provêm de um mesmo lugar (uma f. espiritual) (a f. mineira) 3.2 grupo de coisas que apresentam propriedades ou características comuns (porcelana chinesa da f. verde) 4 BIO categoria que compreende um ou mais gêneros ou tribos com origem filogenética, comum e distintos de outros gêneros ou tribos por características marcantes [Na hierarquia de uma classificação taxonômica, está situada abaixo da ordem e acima da tribo ou do gênero.] 5 GRÁF conjunto de tipos que apresentam em seu desenho as mesmas características básicas 6 MAT conjunto de curvas ou superfícies indexadas por um ou mais parâmetros 7 QUÍM m. q. GRUPO • cf. tabela periódica • f. de instrumentos MÚS conjunto de instrumentos semelhantes que se distinguem pelo tamanho e pela afinação (‘nota’) • f. de palavras LEX LING grupo de palavras que se associam por meio de um elemento comum, a raiz • f. linguística LING grupo de línguas geneticamente aparentadas (derivadas de uma mesma protolíngua), cuja origem comum, inferida por estudos comparativos de gramática, filologia e linguística histórica, é atestada por grande número de cognatos e de correspondências sistemáticas e regulares de ordem fonológica e/ou gramatical (f. linguística indo-europeia, fino-úgrica, sino-tibetano etc.) cf. grupo, tronco, filo, ramo • f. natural DIR. CIV família formada pelos pais, ou apenas um deles, e seus descendentes • f. nuclear o grupo de família composto de pai, mãe e filhos naturais ou adotados residentes na mesma casa, considerado como unidade básica ou núcleo da

sociedade • f. radiativa FÍS. NUC m. q. SÉRIE RADIATIVA • f. substituta DIR. CIV família estabelecida por adoção, guarda ou tutela • Sagrada ou Santa F. quadro ou outra representação artística figurando José, a Virgem e o Menino Jesus • ser f. ser honesto, recatado (nada de abusos, aquela garota é f.) • ETIM lat. Família, ae ‘domésticos, servidores, escravos, séquito, comitiva, cortejo, casa, família’; ver famili- • SIN/VAR ver sinonímia de linhagem (HOUAISS, 2001, p. 1304)”.

Neste diapasão, podemos destacar o conceito trazido por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p.39), tal qual se perfaz de forma simples e ao mesmo tempo completo, em que segundo os autores a “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”. *In verbis*:

“Nessa linha, é possível sistematizar o nosso conceito da seguinte maneira: a) núcleo existencial composto por mais de uma pessoa: a ideia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas pessoas¹³; b) vínculo socioafetivo: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. A família é um fato social, que produz efeitos jurídicos¹⁴; c) vocação para a realização pessoal de seus integrantes: seja qual for a intenção para a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e conveniência social, ou até mesmo ao extremo mesquinho dos interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p.39)”.

Com efeito, Paulo Nader (2009, p.3) afirma que a família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Segundo Caio Mario (2007; p. 19 e p.20), família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos, deste modo, afirma que em sentido universal é considerada a célula social por excelência.

Já para Silvio Rodrigues (2004, p. 4 -5), a família, de forma ampla, é

a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes consanguíneos. Entretanto, de forma estrita, constitui a família, o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

Todavia, inúmeros são os conceitos atribuídos à família, logo, cumpre destacar que em sua base, seja qual for sua definição, sempre existira o afeto e as relações de poder e dever. Por fim, podemos destacar a família como um instituto formado por mais de uma pessoa, tendo essas de forma recíproca uma relação habitual de laços afetivos e consanguíneo, ou apenas afetivo.

1.3. Família moderna

Com o advento da modernidade, iniciando em meados do século XV, impulsionado pelo Renascimento, ocorre uma grande modificação na sociedade, vale dizer, nesse período a Europa encontra-se impulsionada sobre novas condições econômicas e sociais.

Assim, temos as transformações envolvendo aspectos culturais, políticos e econômicos.

Culturais devido à preponderância do Renascimento, trazendo consigo o fortalecimento da arte, da ciência, uma visão individualista, antropocentrista, racional e impulsionadora do progresso.

Políticos no sentido do surgimento dos Estados Absolutistas e a queda dos Feudos, posteriormente a existência dos Estados Liberais com a ascensão da burguesia ao poder.

Econômico devido ao surgimento do capitalismo, que veio a impulsionar o surgimento do Estado Liberal, e deu ensejo a Revolução Francesa e a Revolução Industrial.

Com efeito, a modernidade acarretou mudanças consideráveis na família, mudam as funções da família, sua composição, por conseguinte os ciclos da vida e os papéis dos pais.

Deste modo, as funções educacionais que cumpriam as famílias na época dos Feudos são outorgadas a instituições particulares ou estatais. O trabalho que era realizado dentro da família, passa a ser realizado fora dela, não obstante, ocorre um processo maior de modificação da família movido pela Revolução

Industrial.

A modernidade não só mudou as funções da família, como também modificou as relações de poder nela existentes, vez que, com o seu advento, o Pátrio Poder que era a figura do pai dominando todo seio familiar, deu espaço para o Poder Familiar que se constituía pelos direitos e deveres iguais para ambos os cônjuges.

1.4. Família Contemporânea

Na segunda metade do século XX a pós-modernidade abalou totalmente as estruturas da família, vez que, acarretou na mudança dos valores, costumes, relações afetivas, de poder, do ambiente familiar. Com ela, a família chega ao dinamismo ou a pluralidade do seu modelo, logo, temos novas relações familiares, surgimento de movimentos como o feminista, movimento homoafetivo, que contribuíram para modificação da família.

Deste modo, segundo Castells:

“Um novo mundo está tomando forma neste fim de milênio. Originou-se mais ou menos no fim dos anos 60 e meados da década de 70 na coincidência histórica de três processos independentes: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo e a conseqüente reestruturação de ambos; e apogeu de movimentos sociais culturais, tais como liberalismo, direitos humanos, feminismo e ambientalismo. A interação entre esses processos e as reações por eles desencadeadas fizeram surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional/global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real. A lógica inserida nessa economia, nessa sociedade e nessa cultura está subjacente à ação e às instituições sociais em um mundo interdependente (CASTELLS, 1999, p.412)”.

Com a pós-modernidade temos o surgimento dos novos modelos de família. A família contemporânea, não se restringe apenas as famílias nucleares, seu conceito é mais amplo, abarcando a ideia de família recomposta, homoafetiva, monoparental, dentre outras inúmeras formas.

Com efeito, além das mudanças ocorridas com o advento da Modernidade, destacando a Revolução Industrial, temos o movimento feminista que

alterou de forma bastante significativa o mundo da mulher, por conseguinte o movimento da juventude com a busca de novos valores, e o movimento homossexual buscando direitos e garantias fundamentais aos homossexuais.

Em 1960 com a criação da pílula anticoncepcional, o sexo foi separado da reprodução, deste modo, ocorreu uma interferência na sexualidade feminina, abalando o conceito sagrado da maternidade. A mulher passou a poder desvincular a maternidade da sexualidade, passando a escolher ser mãe ou não.

Já em 1980 tem-se a criação da inseminação artificial, dando a opção de procriar sem realizar o coito. A mulher tem a opção de ser mãe com o simples ato de fazer uma fertilização, desassociaram-se a gravidez da relação sexual, afetando assim a identificação da família com o mundo natural.

No ano de 1990 surge o exame de DNA, conferindo novas possibilidades e dando um novo impulso as mudanças familiares. Com seu surgimento, qualquer criança provinda de relações consensuais ou matrimoniais passou a ter reservado seus direitos de filiação por parte do pai e da mãe.

Por conseguinte, temos a diminuição das configurações familiares, tendo um menor número de pessoas na composição da família e o aumento da diversidade dos grupos familiares, ademais a diminuição dos casamentos, por conseguinte o aumento de relações sem registro, casamentos tardios, idosos se casam mais, uniões precoces, aumento das pessoas morando sozinhas, casais sem filhos, famílias monoparentais, menos casamentos e mais uniões rompidas, recasamentos, tudo fruto da pós-modernidade.

Segundo Maria Berenice Dias (2001):

"As famílias modernas ou contemporâneas constituem-se em um núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, patrimonializado e heterossexual, centralizador de prole numerosa que conferia status ao casal. Neste seu remanescente, que opta por prole reduzida, os papéis se sobrepõem, se alternam, se confundem ou mesmo se invertem, com modelos também algo confusos, em que a autoridade parental se apresenta não raro diluída ou quase ausente. Com a constante dilatação das expectativas de vida, passa a ser multigeracional, fator que diversifica e dinamiza as relações entre os membros (DIAS, SOUZA, 2001, p.3)".

Contudo, a família contemporânea aborda uma pluralidade de

formas, deixando de ter apenas um núcleo, formando famílias plurais. A figura da família Matrimonial era tutelada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, com uma visão Católica existindo apenas com o casamento, em que segundo Maria Berenice Dias (2013, p.44) tinha um perfil matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual.

Também temos a família informal ou união estável prevista inicialmente na Constituição Federal de 1988, posteriormente sendo regulados os direitos de alimentos e à sucessão na lei no 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que por muito tempo não tinha amparo jurídico, entretanto com o passar dos tempos foi ganhando respaldo legal, acabando por se consolidar como modelo de família, deste modo cristalina previsão do conceito de união estável no artigo 1º da lei 9.278 de 1996, bem como do artigo 1.723 do Código Civil de 2002:

“É reconhecida como entidade familiar a convivência, duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Sobre a união estável, Maria Helena Diniz (2005) traz a seguinte definição:

“União respeitável entre homem e mulher que revela intenção de vida em comum, tem aparência de casamento e é reconhecida pela Carta Magna como entidade familiar. É a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família desde que não haja impedimento matrimonia (DINIZ, 2005, p. 795)”.

Temos ainda como modelo contemporâneo de família, a homoafetiva, tendo como base a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. Esse modelo de família é alvo de grandes críticas devido à falta de amparo constitucional sobre o assunto, vez que, a constituição brasileira determina que família seja constituída pela união de homem e mulher, entretanto a jurisprudência vem entendendo que a união homoafetiva também é família, ficando equiparada a união

estável no que diz respeito aos direitos e garantias. Todavia, para Maria Berenice Dias:

“As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças. (DIAS, 2005, p. 17)”.

Um modelo de família que é alvo de preconceitos e impedimentos legais é o de família Paralela ou Simultânea, isso devido à figura da concubina ser alvo de repúdio social. Ocorre que a jurisprudência vem reconhecendo a existência das duas entidades familiares, concedendo amparo legal, vez que a Constituição Federal de 1988 optou por proteger todas as formas de família, segundo Maria Berenice Dias (2013, p.48) são relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filho, e há construção patrimonial em comum.

Do mesmo modo, as famílias poliafetivas recebem a mesma carga de preconceito, segundo Maria Berenice Dias (2013, p.53) a escritura pública declaratória de união poliafetiva de um homem com duas mulheres repercutiu como uma bomba. Todavia, ainda que existam impedimentos legais para esse modelo, sua existência é inegável.

Conforme o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 a entidade familiar é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, deste modo, Maria Berenice Dias afirma que:

“O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, atende a uma realidade que precisa ser arrostada. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar (DIAS, 2013, p.54)”.

O modelo de família recomposta, pluriparental ou mosaico, segundo Maria Berenice Dias (2013, p.55) é constituída depois do desfazimento de relações

afetivas pretéritas, sendo elas reconstruídas, recompostas e até mesmo ensambladas. Nesta ótica, Silvio de Salvo Venosa entende que:

“Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de divórcios. As uniões sem casamento, apesar de serem muito comuns em muitas civilizações do passado, passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação. A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não tem mais como baluarte exclusivo o matrimônio (VENOSA, 2009, p.6)”.

Outro modelo de família é o Natural ou Extensa, que conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) em seu artigo 25º é uma comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Maria Berenice Dias (2013, p.57) destaca que “a Lei 12.010/09 introduziu o conceito de família extensa ou ampliada: aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afetividade”.

Quando os pais não podem, não querem ou não conseguem criar a criança, a família substituta tem o papel de ocupar o lugar da família biológica, deste modo, conforme artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Por fim, temos a figura da Família Eudemonista esse modelo se preocupa com a realização plena dos seus integrantes, vez que prevalece a comunhão de afeto recíproco, e independente do vínculo biológico, o que tem como pressuposto principal é a consideração e o respeito mútuo.

2. Poder familiar

A sociedade e a família estão juntas no processo de evolução, bem como no contexto histórico, não obstante, a família é um dos pilares da sociedade,

nada estranho que os avanços sociais interferiram severamente no seio familiar.

Com efeito, o Poder Familiar é um instituto que representa papel fundamental na família, vale dizer, é através dele que os pais exercem conjuntamente o poder de comando, guarda e proteção aos filhos. No entanto, esse poder confere aos pais mais deveres do que direitos, obrigações de dar afeto, educação, lazer, alimentos, saúde, tudo para que a criança tenha uma vida digna.

No direito romano encontramos a primeira ideia do exercício do poder sobre o ambiente familiar. Contudo, ocorre que o instituto se portava de forma diferente, sobretudo sua terminologia, significado era dessemelhante a ideia atual.

Temos então o instituto do *Pater Poder*, que em Roma era o pai dominando todo seio familiar. O *Patria Potestas* (poder do pai) não havia obrigação com bem-estar dos submissos, tendo caráter perpetuo e só poderia ser extinta em duas situações: *capitis diminutio* (perda da capacidade) sofrida pelo *paterfamilia* (pai da família) e com a emancipação.

Silvio Rodrigues traz o seguinte entendimento sobre o *Pater Poder*:

“No direito romano o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce (RODRIGUES, 2004, p.353)”.

Deste modo, ao ideal machista provindo da sociedade patriarcal, a figura do homem estava no centro de tudo, sobretudo no centro da família, Maria Berenice Dias (2013, p.434) assevera que a conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos.

No Brasil o Código Civil de 1916 trazia da ideia de pátrio poder com as mesmas acepções provindas do direito romano, vale dizer, imperava a figura do pai dominando todo seio familiar, neste enfoque temos a seguinte transcrição do artigo 233 do CC 16:

“Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I - a representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido

competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n. IV); IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III); V - prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277”.

Na mesma ótica o artigo 379 do Código Civil de 1916 determinava que os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estariam sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores, e, no artigo 380 que durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Não obstante, com o movimento feminista que surgiu em 1848 nos Estados Unidos a mulher veio a ganhar um maior espaço na sociedade, em que pese seus reflexos só ter logrado êxito no tocante a legislação brasileira em 1962.

No ano de 1962 surge o Estatuto da Mulher Casada que veio a conferir prerrogativas à mulher, inserindo-a no campo jurídico como figura indispensável para administração da família, vez que acabou por alterar o artigo 233 do Código Civil de 1916 confiando ao pai e a mãe a chefia da sociedade conjugal.

Posteriormente ao Estatuto da Mulher Casada o fato de maior importância, isso no âmbito jurídico e social, foi à promulgação da Constituição Feral de 1988 reconhecendo a mulher como sujeita de direito, que no artigo 5º concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher, todavia no artigo 226, § 5º determinou que ambos os genitores desempenhassem o poder familiar com relação aos filhos comuns.

Em 1990 com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança passou a ter um maior amparo, posto que o surgimento de princípios como proteção geral, proteção integral, proteção especial, garantia prioritária, prevalência dos direitos dos menores, indisponibilidade do direito da criança e do adolescente, reintegração e reeducação do menor acarretam em uma maior proteção ao infante no seio da família.

Nessa vertente o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente antes da vigência do Código Civil de 2002 já estabelecia que o poder fosse exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância,

recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

2.1. Titulares do poder familiar

No Código Civil de 1916 a titularidade do Pátrio Poder pertencia ao pai, e na ausência dele a mãe passava a ter a titularidade do seu exercício, não obstante, com o advento da Lei n. 4.121/62, acarretou na alteração do artigo 380 do Código Civil de 1916, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência”.

Deste modo, a titularidade do Pátrio Poder foi conferida a ambos os progenitores, em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, em seu artigo 226, § 5º, trouxe a disposição de que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", com esta disposição foi reforçada a ideia de Poder Familiar atribuído ao homem e a mulher simultaneamente.

Em 2002 com o Novo Código Civil a ideia do Pátrio Poder perde espaço para o Poder Familiar, instituto que engloba não os progenitores pai e mãe, bem como aquele que ficar responsável pelo múnus de fato ou de direito, como se da o irmão que é chefe da família ou ao tio em relação aos sobrinhos que com ele vivem.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.634 determina que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar. Silvio Rodrigues assevera que:

“O novo Código Civil, atento à igualdade entre os cônjuges, atribui o poder familiar durante o casamento (ou na constância da união estável) a ambos os pais, só assumindo um como exclusividade na falta ou impedimento do outro. E nesse exercício conjunto, divergindo os pais, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (art. 1.631)

(RODRIGUES, 2004, p.357)".

O Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu alteração no seu artigo 21 com advento da Lei 12.010/2009, antes da Lei, o artigo assegurava o exercício do Pátrio Poder a ambos o pais, no entanto, após a alteração do art. 21 em detrimento da Lei 12.010 de 2009, o artigo passou a dispor que o Poder Familiar será exercido a ambos os pais.

2.2. Características do poder familiar

As características do poder familiar são inerentes à proteção da relação entre os progenitores e os filhos, deste modo, são irrenunciáveis, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, tendo ainda como característica a proteção e temporariedade.

Com efeito, Maria Helena Diniz traz a seguinte definição e as características do poder familiar:

“O poder familiar constitui um múnus público, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever,... é irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele; é inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, salvo caso de delegação do poder familiar, desejadas pelos pais ou responsáveis para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor,... é imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, sendo que somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei; é incompatível com a tutela, não podendo nomear tutor a menor cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm poder de mando e a prole o dever de obediência.” (DINIZ, 2008, p. 539).

Todavia, importante destacar que essas características têm como objetivo primordial a proteção do menor e a permanência deste no seio familiar, vez que é dever da família assegurar a criança à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

2.3. Do exercício do poder familiar

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.634 é taxativo ao destacar que cabe a ambos os pais em qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do Poder Familiar, deste modo mesmo estando separados os pais, nada afeta ao exercício deste direito, cabendo o pleno gozo aos progenitores.

Importante transcrever o artigo 1.634 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Nelson Godoy Bassil Dower (2006, p. 210), assevera que “quem exerce o poder familiar responderá pelos atos do filho menor não emancipado que estiver em seu poder e em sua companhia, pois, como tem obrigação de dirigir a sua educação deverá sobre ele exercer vigilância”.

Contudo, o exercício do poder familiar pode ser destacado como um complexo de atos pelos quais os progenitores determinam conduta e direção dos filhos, bem como a administração dos seus bens, sobretudo devendo zelar pela dignidade e exercício dos direitos fundamentais da criança.

2.4. Conteúdo do poder familiar

O conteúdo do Poder Familiar pode ser visto como o complexo de

direitos e deveres que incumbem aos progenitores com relação aos filhos. Silvio Rodrigues (2004) entende que é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.

2.5. Da extinção, suspensão e perda do poder familiar

O Poder Familiar denota-se de grande relevância e importância para nossa sociedade, posto que, através deste instituto que os genitores exercem o poder além de determinar os direitos e obrigações dos pais em relação aos filhos.

O exercício desse Poder pode sofrer restrições ou sanções, sendo elas: extinção; suspensão e perda/destituição. Conforme expresso no artigo 1635 do CC:

“Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”.

Além da extinção do Poder Familiar, tem-se como sanção a Perda ou Destituição prevista no artigo 1638 do CC, ocorrendo quando o Pai ou a Mãe: a) castigar imoderadamente o filho; b) deixar o filho em abandono; c) praticar atos contrários a moral e aos bons costumes.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p.524) pode ocorrer que em virtude de comportamentos (culposos ou dolosos) graves, o juiz, por decisão fundamentada, no bojo de procedimento em que se garanta o contraditório, determine a destituição do poder familiar.

Segundo Maria Helena Diniz (2010, p.577) a destituição do poder familiar é uma sanção mais grave do que a suspensão, operando-se por sentença judicial, assim de forma taxativa, o Código Civil Brasileiro determina que:

“Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

No entendimento de Carlos Roberto Bittar (2006, p.227) suspensão do Poder Familiar se comporta como a cessação temporária do exercício do poder, por ordem judicial, em processo próprio, e sob causa definida em lei. Segundo Maria Helena Diniz a suspensão do Poder Familiar é:

“sanção que visa a preservar os interesses do filho, privando o genitor, temporariamente, do exercício do poder familiar, por prejudicar um dos filhos ou alguns deles; retorna ao exercício desse poder, uma vez desaparecida a causa que originou tal suspensão(DINIZ, 2007, p. 533-534)”.

Ainda, sob a ótica constitucional, o artigo 277 da carta magna destaca que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Contudo, sendo descumpridas as exigências do artigo 277 da Constituição Federal, o magistrado fica livre de proferir sentença de mérito decretando a destituição do Poder Familiar. Como exemplo da decisão judicial que determina a Perda do Poder Familiar, necessário trazer a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Apelação – Destituição do poder familiar julgada procedente – Admissibilidade – Provas produzidas nos autos que são contundentes, no sentido de justificar a medida extrema adotada pelo d. Juízo – Criança que se encontra acolhida institucionalmente, há três anos, abandonada em tenra idade na posse de avó materna – Criança achada em casa de terceiros, com sinais de violência, após prisão da avó – Avó que utilizava os filhos para mendicância nas ruas – Ausência de condições emocionais para dispensar ao filho os cuidados inerentes ao poder familiar – Quadros de violência e não cumprimento de regras, por parte da genitora, também abrigada – Residência inapropriada – Relatos de uso de drogas – Brigas constantes em família – Poder familiar que é, sobretudo, um dever, não somente direito - Destituição admitida - Artigos 2 e 24 do ECA - Privilégio ao melhor interesse do infante – Abrigamento que é medida excepcional, caracterizada pela brevidade - Direito à convivência familiar saudável –

Impossibilidade de inserção na família extensa – Recurso ao qual se nega provimento. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Ap. 012909-42.2012.8.26.006, Relatora: Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, 2013)”.

Entretanto, importante destacar que o juiz analisará a situação no particular, e, por conseguinte aplicará a sanção cabível ao caso concreto, sendo a suspensão ou perda.

Por fim, é sabido que a relação familiar é essencial para as crianças, neste caso, destituí-la de seu lar primordial pode acarretar conflitos ou problemas em sua vivência. Todavia, os casos devem ser analisados minuciosamente pelos Magistrados, e, constatada a impossibilidade da permanência da criança no seio familiar, deverá ser decretada a sentença de mérito determinando a Perda do Poder familiar.

Considerações finais

Em vista aos argumentos apresentados, percebe-se que a Família sofreu ao intercorrer dos tempos relevantes mudanças que acarretaram diretamente no instituto do Poder Familiar, isto devido seu caráter inicial, em que se perfazia apenas pelo seu Exercício na figura do genitor Pai com o Pátrio Poder, e, com os avanços e mudanças do ordenamento jurídico este instituto acarretou por englobar novas figuras, como a mãe, ou mesmo dois pais, duas mães.

As principais mudanças ocorreram com o advento da Constituição Federal de 1988, em que imperou a ideia da igualdade entre Homem e Mulher na administração da família, além do Princípio do Convívio Familiar em que a Criança passou a ter um maior respaldo no ordenamento jurídico e no âmbito familiar, passando a ser sujeito de direitos.

A mulher foi equiparada ao homem nos direitos e deveres referentes à família e suas proles, isso devido a todo processo de lutas e movimentos que acarretaram nas mudanças do ordenamento jurídico e na aquisição de direitos.

A Contemporaneidade foi marcada pelos novos Núcleos Familiares, novos Modelos de Família e na composição do Exercício do Poder Familiar, existe uma atenção maior voltada a criança, em que o *Múnus* Público deste instituto pode ser exercido por qualquer indivíduo que possa fornecer a criança uma vida digna e

saudável.

Por fim, cumpre destacar que grandes foram os avanços da Família, sobretudo do Poder Familiar, em que ambos os genitores ganham maior respaldo no ordenamento jurídico, inclusive na garantia dos Direitos Fundamentais da criança e na manutenção do convívio familiar, além da igualdade de gênero que imperou com o advento da Constituição Federal de 1988 trazendo inúmeros benefícios à administração da família.

Referências bibliográficas

- BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007b.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- BRASIL. **Código civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990**. ECA _ Estatuto da Criança e do Adolescente. BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.
- CASTELLS, M. **Fim de milênio**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006;
- CROCE, Delton, ET ali. **Manual de Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 1995
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. E atualizada de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DOWER, Nelson Gody Bassil. **Curso moderno de direito civil: direito de família**. São Paulo: Nelpa, 2006.

- DURKHEIM, David Émile. **As regras do método sociológico**. 3. ed.. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- ENGELS, Friederich. **A Origem da Família, da propriedade privada e do estado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HOUAISS, Antônio & Mauro de Salles Villar (2001). **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- WALD, Arnoldo. **O novo direito de família: de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil**. (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O INSTITUTO DA LEGÍTIMA

CRITICAL REFLEXIONS ON FORCED HEIRSHIP

Pedro Henrique Quitete Barreto

Advogado em São Paulo. Mestrando em Direito Civil e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo. O presente artigo busca trazer uma crítica ao instituto da legítima, demonstrando as fraquezas de seus fundamentos, bem como as consequências econômicas adversas que origina. A legítima, por meio da desconfiança em relação à liberdade de testar e doar, impõe presunções que geram distorções e injustiças, uma vez que impedem que o doador ou testador disponha de seus bens conforme o caso concreto. Na medida em que o regramento da legítima é complexo e falho, sua aplicação acaba por gerar um infindável número de contendas e disputas entre os herdeiros, em total prejuízo à paz familiar e social. Finalmente, a legítima possui consequências econômicas adversas, na medida em que gera a pulverização dos pequenos patrimônios, incentiva o ócio e não combate efetivamente a concentração de renda, além de ser facilmente burlado pelos mais ricos por meio de *trusts*, em prejuízo dos mais pobres. Como alternativa se propõe a liberdade de testar e doar, salvo nos casos em que houver herdeiro menor de idade ou incapaz.

Palavras-chave. Legítima. Intangibilidade. Doação inoficiosa. Testamento. Colação.

Abstract. *The present article brings a critical view on forced heirship, demonstrating the weaknesses of its foundations and its adverse economic consequences. Forced heirship, through the distrust of the freedom to test and donate, imposes presumptions that generate distortions and injustices, preventing the donor or testator from disposing of their goods according to the case. Since forced heirship rules are complex and flawed, its application ends up generating an endless number of disputes between the heirs, to the detriment of family and social peace. Finally, the forced heirship has adverse economic consequences, as it generates the pulverization of small assets, encourages leisure and does not effectively combat the*

concentration of income, besides being easily circumvented by the richest through trusts, to the detriment of the poor. Alternatively, it is proposed the freedom to test and donate, except in cases where there is an underage or incapable heir.

Keywords. *Forced heirship. Intangibility. Inofficious donation. Testament. Collation.*

Sumário: I. Introdução. II. Origem histórica da legítima. III. Aplicações da legítima no Código Civil de 2002. IV. Fundamentos da legítima. V. Algumas consequências político-econômicas da legítima. VI. Conclusão: inércia do Código Civil de 2002.

I. Introdução

O presente artigo tem por intuito apresentar brevemente as origens históricas da legítima, para, logo em seguida, apreciar a sua conceituação e seus usos no Código Civil de 2002.

Posteriormente, o trabalho seguirá numa exposição crítica sobre a legítima, tendo em vista seus fundamentos constitucionais e morais, bem como algumas de suas consequências econômico-políticas.

Finalmente, será feita uma conclusão sobre o avanço ou retrocesso em torno da utilização do instituto da legítima pelo Código Civil de 2002, bem como será apresentada alternativa ao instituto.

II. Origem histórica da legítima

a) Direito romano

Havia no direito romano a regra de que determinados herdeiros fossem necessariamente referidos no testamento, seja para serem instituídos herdeiros testamentários, seja para serem deserdados. Trata-se daquilo que os pandectistas alemães denominavam “sucessão necessária formal” (ALVES, 2012, p. 756).

No entanto, nos fins da República, a opinião pública passou a rejeitar a ideia de que o testador pudesse deserdar, sem qualquer motivo fiável, parentes próximos, tendo em vista que havia para com o eles dever de piedade

(*officium pietatis*). Por isso, o testamento que contivesse tais deserdações era considerado *inofficiosum*, contrários ao dever de piedade (ALVES, 2012, p. 760).

Em razão disso, o tribunal dos centúviro passou a admitir que os parentes prejudicados por um testamento inoficioso se utilizassem da *querela inofficiosi testamenti* para atacá-lo. Considerava-se inoficioso o testamento que não lhes deixasse uma quota do que receberiam se a sucessão fosse *ab intestato* (sem testamento), fixada, no período clássico, em um quarto dos bens (*portio debita* ou *legitima*) (ALVES, 2012, p. 760-761).

Uma vez julgada procedente a *querela inofficiosi testamenti*, o testamento era rescindido, com efeito retroativo, sob a alegação de que o testador, que não contemplou seus parentes próximos, teria agido como se fosse insano. Uma vez desconstituído o testamento, a sucessão seguia-se como se nunca houvesse existido (*ab intestato*) (ALVES, 2012, p. 762).

A partir do século III depois de Cristo, constituições imperiais concederam aos parentes o direito à *portio debita* ou *legitima*, de modo que poderiam questionar doações ou dotes que reduzissem o patrimônio além da *legitima*. Trata-se da *querela inofficiosi donationis* e *querela inofficiosi dotis* (ALVES, 2012, p. 762).

Outras inovações surgiram com a Novela XVIII de Justiniano, que estabeleceu que a *legitima* seria constituída por 1/3 dos bens do testador, se este tivesse até quatro filhos, ou pela metade de seus bens, se tivesse cinco filhos ou mais (ALVES, 2012, p. 763).

b) Direito visigótico e português

O Código Visigótico, à esteira dos princípios romanos, determinou que a *legitima* seria de três quartos ou de quatro quintos em favor dos descendentes e dos ascendentes. Tal disposição manteve seus princípios nas Ordenações Filipinas, somente alterando o quinhão para dois terços (BEVILÁQUA, 1982, p. 294).

Não obstante, na época do Marquês de Pombal, ficou determinado pela Lei de 9 de setembro de 1769 que a parcela disponível do patrimônio, de um terço, deveria ser sempre deixada para um dos filhos. Considerado um grave abuso da liberdade testamentária, tal disposição foi revogada pelo Decreto de 17 de julho de 1778 (BEVILÁQUA, 1982, p. 294).

c) Direito brasileiro

Após a Independência do Brasil, manteve-se inalterada a regra das Ordenações Filipinas, segunda a qual a legítima seria constituída por dois terços dos bens, sendo a parte disponível de um terço. No entanto, após a proclamação da República, o Decreto no. 1.839 de 1907, a denominada Lei Feliciano Pena, alterou o regime da legítima, que foi reduzido à metade dos bens, ficando a outra metade como disponível (CARMINATE, 2014, p. 39).

Não só isso. Na Lei Feliciano Pena determinou-se a ampla liberdade de se impor cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre a legítima, bem como a conversão dos bens que compunham a legítima em bens de outras espécies (CARMINATE, 2014, p. 39).

O Código Civil de 1916 replicou de forma idêntica as disposições da Lei Feliciano Pena. No entanto, o Código Civil de 2002 modificou no art. 1911 a disposição quanto à clausulação da legítima, limitando-a à menção e comprovação de uma justa causa (CARMINATE, 2014, p. 39-40).

Uma vez apresentada brevemente a origem histórica da legítima, imperioso agora tratar das aplicações da legítima no Código Civil de 2002, atualmente em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

III. Aplicações da legítima no Código Civil de 2002

Segundo do Código Civil de 2002, a legítima, constituída pela metade dos bens da herança, pertence aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), conforme sua ordem sucessória, nos termos dos arts. 1.829 e 1845. Trata-se do princípio da intangibilidade da legítima, que determina que não se pode afastar determinados herdeiros da herança por vontade própria (NEVES, 2009, p. 62-63).

O princípio da intangibilidade da legítima é utilizado no Código Civil de 2002 para (a). reduzir as doações feitas em sua violação, (b). proteger a igualdade da legítima entre os herdeiros necessários, (c). justificar a imposição de cláusulas restritivas sobre a legítima, e (d). reduzir no limite da legítima as disposições testamentárias que a violarem.

A seguir tais aplicações da legítima, de regramento complexo, serão analisadas mais detidamente.

a) Redução das doações feitas em violação da legítima

Como as doações feitas pelo autor da herança durante sua vida podem interferir no resultado final do acervo hereditário dos herdeiros necessários (NEVES, p. 77), o Código Civil de 2002 dispõe que é nula a doação quanto à parte que exceder o que o doador poderia, naquele momento, dispor em testamento (art. 549). Recebe pela doutrina a alcunha de doação inoficiosa, tendo em vista o desrespeito pelo doador de seu dever de piedade, de solidariedade (GOGLIANO, 2013, p. 360).

Trata-se de regra aplicada para as doações violadoras da legítima feitas para terceiros, que não são herdeiros necessários, e para herdeiros necessários com dispensa de colação, nos termos dos arts. 544 e 2.006 do Código Civil de 2002.

Por meio dessa regra, faz-se o juízo hipotético se a transmissão dos bens do doador invadiria a legítima dos herdeiros necessários caso fosse realizada por testamento no mesmo dia. Assim, verifica-se se o doador, morrendo na data da liberalidade, teria violado a legítima (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2011, p. 175).

Resta óbvio, portanto, que o valor da doação será considerado no momento em que foram feitas, que não poderá ultrapassar a metade do patrimônio. Se assim ocorrer, a parte que o exceder será considerada nula; se houver uma sequência de doações, somente a parte que exceder da última doação será considerada nula. Se a coisa for indivisível, a nulidade contaminará toda a doação. (LÔBO, 2014a, p. 296).

Não devem ser levadas em conta as doações que foram feitas ao tempo que o doador não tinha herdeiros necessários, porque até então não havia legítima (LÔBO, 2014a, p. 296).

A doutrina e a jurisprudência são bastante confusas quanto à legitimidade para arguir sobre quem poderia alegar a inoficiosidade da doação, sobre qual seria o prazo para fazê-lo e sobre a natureza da de sua sanção.

Para Paulo Lôbo (2014a, p. 296-297), tratar-se-ia de verdadeira nulidade, mas que não seria de ordem pública, já que seria de interesse único dos

herdeiros necessários. Se houvesse herdeiros necessários menores, o juiz e o Ministério Público poderiam agir no seu interesse. Por ser nulidade, sua declaração não estaria sujeita a prazo prescricional.

Para Daisy Gogliano (2013, p. 368-369) também seria um caso de nulidade, mas que seria de ordem pública, podendo ser alegada por qualquer pessoa, pelo Ministério Público e de ofício pelo órgão jurisdicional. Também não estaria sujeita a prazo prescricional.

Igual posição tem Pablo Stolze Gagliano (2008, p. 48-51), com a diferença de que haveria prazo prescricional de dez anos para se formular eventual pretensão patrimonial, nos termos do art. 205 do Código Civil. Posição semelhante é a de Rodrigo Santos Neves (2009, p. 79-83) e de Helena de Azeredo Orselli e Stephanie Spiess (2015, p. 25-27).

O Superior Tribunal de Justiça firmou a posição de que a doação inoficiosa está sujeita à declaração de nulidade, sendo seu prazo prescricional de 10 anos. Em recente julgado, assim se pronunciou a Ministra Nancy Andrighi:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOAÇÃO E PARTILHA. BENS DOADOS PELO PAI À IRMÃ UNILATERAL E À EX-CÔNJUGE EM PARTILHA. DOAÇÃO INOFICIOSA. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL, CONTADO DA PRÁTICA DE CADA ATO. ARTS. ANALISADOS: 178, 205, 549 E 2.028 DO CC/16. 1. Ação declaratória de nulidade de partilha e doação ajuizada em 7/5/2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/11/2011. 2. Demanda em que se discute o prazo aplicável a ação declaratória de nulidade de partilha e doação proposta por herdeira necessária sob o fundamento de que a presente ação teria natureza desconstitutiva porquanto fundada em defeito do negócio jurídico. 3. Para determinação do prazo prescricional ou decadencial aplicável deve-se analisar o objeto da ação proposta, deduzido a partir da interpretação sistemática do pedido e da causa de pedir, sendo irrelevante o nome ou o fundamento legal apontado na inicial. 4. A transferência da totalidade de bens do pai da recorrida para a ex-cônjuge em partilha e para a filha do casal, sem observância da reserva da legítima e em detrimento dos direitos da recorrida caracterizam doação inoficiosa. 5. Aplica-se às pretensões declaratórias de nulidade de doações inoficiosas o prazo prescricional decenal do CC/02, ante a inexistência de previsão legal específica. Precedentes. 6. Negado provimento ao recurso especial.” (STJ, 3ª T., REsp 1.321.998/RS, j. 07-08-2014, DJ, 20-08-2014)

Não obstante, alguns acórdãos de Tribunais de Justiça são da posição de que não se trata de nulidade, mas sim de anulabilidade, por ser questão relativa tão-somente aos herdeiros necessários. Curiosamente, esses acórdãos aplicam o prazo prescricional de dez anos para se atacar doação inoficiosa (art. 205), e não o prazo decadencial de dois anos (art. 179 do Código Civil de 2002), como haveria de ser (GOGLIANO, 2008, p. 50). Seguem alguns exemplos disso, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“AÇÃO ANULATÓRIA. DOAÇÃO INOFICIOSA. PRESCRIÇÃO BEM RECONHECIDA. SUPERADO O PRAZO VINTENÁRIO. CÓDIGO CIVIL DE 1916, ART. 177. REGIME DA ANULABILIDADE. CONTAGEM A PARTIR DO ATO IMPUGNADO. PRECEDENTES DO C. STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP, 6ª C. de Direito Privado, Apelação 0121677-56.2007.8.26.0000, rel. Desembargador Paulo Alcides, j. 28-04-2011, DJ 06-05-2011) Apelação. Doação inoficiosa. Anulação. Prescrição. Ato jurídico com características inequívocas de anulabilidade. Correta aplicação do prazo decenal previsto no art. 205 do CC. Vício do consentimento. Prova que incumbia ao recorrente (art. 330, I do CPC). Ausência de indícios a justificar uma perícia médica indireta. Hipótese, ademais, em que operada a decadência, nos termos do art. 178, II do CC/16. Doação registrada em 14.05.1998. Ação intentada apenas em 04.10.2013. Improcedência mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno. Recurso improvido.” (TJ-SP, 9ª C. de Direito Privado, Apelação 0070867-61.2013.8.26.0002, rel. Desembargador Mauro Conti Machado, j. 24-03-2015, DJ 26-05-2015)

Além das disputas acima, há a discussão sobre desde quando os herdeiros prejudicados por doação inoficiosa poderão pleitear sua nulidade. A controvérsia gira ao entorno do problema de se estar litigando em juízo sobre herança de pessoa viva (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2011, p. 175).

Os que entendem que a ação declaratória de nulidade é admissível desde o momento da doação fundamentam sua posição com o argumento de que aguardar a morte do doador pode trazer graves consequências aos adquirentes de boa-fé, além da possibilidade de o bem doado se dissipar, impossibilitando, dessa forma, a preservação da legítima (GOGLIANO, 2013, p. 361). Assim expõe Pontes de Miranda a favor desta corrente:

“A ação de doação ofensiva da legítima é da mesma natureza que a ação de redução das disposições testamentárias (arts. 1.726-1.728), - apenas nasce ao ser feita a doação, de modo que, de regra, nasce antes da abertura da sucessão. A nulidade pode ser decretada antes da morte do doador.” (MIRANDA, 2012, p. 330)

A outra corrente, que entende que somente se poderá pleitear nulidade de doação inoficiosa depois do falecimento do autor da herança, fundamenta sua posição principalmente no fato de que os herdeiros somente adquirem essa qualidade após a morte do doador. Até então qualquer medida nesse sentido seria uma violação do art. 426 do Código Civil, por se tratar de herança de pessoa viva (NEVES, 2009, p. 78).

Esse tema tormentoso foi tratado pela primeira vez pelo Supremo Tribunal Federal, quando tinha competência por zelar pela lei federal. Nessa ocasião, ele firmou o entendimento de que somente se poderia contestar doação inoficiosa após a morte do doador, já que até lá os herdeiros necessários não teriam qualquer direito (MALHEIROS FILHO, 2002, p. 7):

“Pertencendo aos herdeiros necessários, a ação para anular a doação inoficiosa só é admissível após a morte da doadora. (STF, RE 53.483, 2.^a T., STF, rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. 20-08-1963, DJ 03-01-1964)

Doação inoficiosa. O direito de pedir a sua anulação só nasce no momento da morte do doador, uma vez que o direito do herdeiro advém da herança, e esta não existe enquanto vive o disponente. Embargos rejeitados. (STF, ERE 53483, Tribunal Pleno, rel. Min. Evandro Lins, j. 09-11-1964, DJ 03-01-1964)

Ação ordinária de nulidade de doação inoficiosa cumulada com a de sonegação de bens de herança, baseadas nos arts. 246, 1.176, 1.780 e 1.782 do CC. Não se cogita de ação anulatória de partilha. Tratando-se de ação de natureza pessoal, visando à declaração de nulidade de negócio jurídico, o prazo prescricional é de vinte (20) anos (art. 177 do CC), a contar do falecimento do suposto doador. Não tem aplicação à espécie o art. 178, § 6.^o, V, do CC. Por outro lado, o art. 495 do CPC não foi prequestionado (Súm. 282). Finalmente, o dissídio jurisprudencial não se acha configurado, à míngua de identidade ou assemelhação entre o acórdão recorrido e as decisões indicadas como paradigmas. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, RE 94.118/PE, 2.^a T., rel. Min. Djaci Falcão, j. 26-11-1982, DJ 25-02-1983)

Posteriormente, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, em que o zelo pela lei federal cabe ao Superior Tribunal de Justiça, firmou-se o entendimento de que a ação poderia ser proposta enquanto vivo o doador, posição mantida até hoje (MALHEIROS FILHO, 2002, p. 7):

“Civil. Doação inoficiosa. A ação anulatória com base no art. 1.176 do CPC pode ser intentada mesmo em vida do doador. Recurso não conhecido.” (STJ, REsp 7.879/SP, 3.^a T., rel. Min. Costa Leite, j. 24-02-1994, DJ 20-06-1994)

Pode-se concluir, como desfecho desta intrincada exposição, que, segundo a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, é nula a parcela da doação que não busca antecipar a legítima, mas que acaba por invadi-la no momento de sua realização, sendo de dez anos o prazo prescricional para que os herdeiros necessários a questionem.

b) Colação: proteção da igualdade entre os herdeiros necessários

Colaçoão, nos termos dos arts. 544 e 2.002 do Código Civil de 2002, é o ato pelo qual os descendentes e o cônjuge sobrevivente promovem a devolução ao acervo hereditário dos valores recebidos junto ao seu ascendente falecido, a título de doação, para subsequente inclusão na partilha, a fim de que esta se realize com igualdade; busca-se com isso igualar as legítimas dos herdeiros necessários (MALUF; MALUF, 2013, p. 545). O ascendente, herdeiro necessário, não está, por omissão legal, sujeito à colaçoão (MALUF; MALUF, 2013, p. 549).

A colaçoão assegura a igualização das legítimas necessárias dos descendentes e do cônjuge necessário, ante o fato de que todos ou alguns a receberam antecipadamente a título de doação (MIRANDA, 2012b, p. 407). O dever de colaçoão não existe quanto a liberalidades que não foram adiantamento da legítima (MIRANDA, 2012b, p. 395).

Considera-se doação como antecipação de legítima aquela realizada de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, sem que haja previsão explícita de que os bens doados provêm da parcela disponível do patrimônio do doador, com dispensa da colaçoão nos termos dos arts. 544 e 2.005 do Código Civil

de 2002 (LÔBO, 2014b, p. 98).

Houve quem defendesse, no regime do Código Civil de 1916, que a colação deveria ser feita com o próprio bem doado, que passaria a integrar o espólio (MONTEIRO; PINTO, 2011, p. 339). Outros sustentavam que apenas o valor dos bens era colacionado, tratando-se de operação aritmética (MIRANDA, 2012b, 358 e 401). Seja como for, o Código Civil de 2002 (art. 2.004) adotou este último critério, segundo o qual apenas o valor dos bens doados deve ser colacionado (MONTEIRO; PINTO, 2011, p. 339).

Tanto no Código Civil de 1916 (art. 1.792) quanto no de 2002 (art. 2.004) ficou disposto que a colação deveria ser feita pelo valor no momento da liberalidade. No primeiro caso, a regra foi alterada pelo Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.014, parágrafo único), que dispôs que a colação deveria ser feita pelo valor ao tempo da abertura da sucessão. Após esta regra ser revogada tacitamente pelo Código Civil de 2002, foi retomada pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 639), sendo a atualmente em vigor.

Se as doações feitas em antecipação de legítima estiverem dentro do limite do que o herdeiro necessário faria jus no momento da passagem do doador, esta integrará a sua cota hereditária na abertura da sucessão do doador (LÔBO, 2014b, p. 88). No entanto, caso não haja no acervo hereditário bens suficientes para igualar as legítimas, o herdeiro deverá entregar em espécie a parte dos bens que excederem seu quinhão da legítima, ou, quando deles já não se dispuser (LÔBO, 2014b, p. 91-92), o seu valor ao tempo do passamento do doador, nos termos do art. 2.003, parágrafo único do Código Civil de 2002, parcialmente alterado pelo art. 639, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015.

Finalmente, o art. 2007 do Código Civil dispõe sobre o procedimento para reduzir, após a morte do doador, doações inoficiosas por ele realizadas antes de seu passamento. Trata-se de procedimento aplicado somente às doações que não importaram antecipação de legítima.

Segundo esse procedimento, estão sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade. Essa redução pode ocorrer mediante restituição em espécie ou em dinheiro, se o bem não se encontrar mais em mãos do donatário, devendo ser observadas as regras previstas para a redução de disposições testamentárias (MALUF; MALUF, 2013, p. 560).

Aquele que renunciou à herança deixa de ser herdeiro e de ter direito à legítima. Assim sendo, as doações que lhe foram feitas a título de antecipação de legítima deverão ser reduzidas até o limite da parte disponível do patrimônio do doador, nos termos do art. 2.008 do Código Civil, tendo como base seu valor quando da abertura da herança (LÔBO, 2014b, p. 96).

c) Justa causa para imposição de cláusulas restritivas sobre a legítima

As cláusulas restritivas que podem ser impostas por atos de liberalidades, seja testamentária, seja por doação, são a inalienabilidade, a incomunicabilidade e a impenhorabilidade.

A inalienabilidade impossibilita que o bem seja transmitido por ato *inter vivos*, ou seja, deixa o herdeiro sem o poder de dispor e retira a coisa do comércio. Já a incomunicabilidade impossibilita a comunicação patrimonial que existe em alguns regimes de casamento. Finalmente, a impenhorabilidade importa uma proteção dos bens contra a insurgência de credores (NEVES, 2009, p. 93-94).

A cláusula de inalienabilidade, nos termos do art. 1.911 do Código Civil de 2002, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade. Logo, o bem inalienável é incomunicável, já que, se o herdeiro fosse casado em regime de comunhão universal, a metade desse bem seria transmitida ao seu cônjuge (MALUF; MALUF, 2013, p. 357)

Tais cláusulas restritivas podem ser livremente impostas sobre os bens que compõem a parte disponível da herança. Como, *a priori*, os bens que compõem a legítima não podem ser objeto de testamento (art. 1.857, § 1º do Código Civil de 2002), somente poderão ser-lhes impostas cláusulas restritivas se for apontada justa causa no testamento ou doação, nos termos do art. 1.848 do Código Civil de 2002 (NEVES, 2009, p. 94-95).

Essa limitação não existia no Código Civil de 1916, que possibilita que o testador ou doador impusesse as referidas cláusulas sobre toda a herança, o que era fonte de graves transtornos para os herdeiros necessários. Para evitar esses danos, o legislador de 2002 impôs essa exigência de justa causa, cuja comprovação não é exigida (NEVES, 2009, p. 95).

Por não haver necessidade de comprovação, presume-se verdadeira essa justa causa indicada pelo testador ou doador. Não obstante, trata-se de

presunção *iuris tantum*, que pode ser elidida pelo herdeiro necessário interessado. O herdeiro necessário que teve seu direito sucessório limitado tem o direito de se livrar de cláusulas restritivas injustificadas (NEVES, 2009, p. 96).

d) Redução das disposições testamentárias

O testador que possui herdeiros necessários deve respeitar sua legítima ao testar, podendo dispor somente de metade de seu patrimônio. Se a parcela disponível não comportar todas as liberalidades feitas em testamento, impõe-se a redução das disposições testamentárias, nos termos do art. 1.967 do Código Civil de 2002, tanto quanto se torne necessário, até se obter o perfeito equilíbrio entre a parcela disponível e a legítima (MALUF; MALUF, 2013, p. 448-449).

Nos termos do art. 1.967, § 1º do Código Civil de 2002, quando a liberalidade do testador exceder a sua porção disponível, invadindo a legítima dos herdeiros necessários, estes poderão requerer em juízo a redução da disposição até que se atinja um equilíbrio entre a legítima e a parcela disponível. Na eventualidade de não ser suficiente para restabelecer a legítima, serão reduzidos os legados na proporção de seu valor (MALUF; MALUF, 2013, p. 448).

Nos termos do art. 1.967, § 2º, do Código Civil de 2002, o testador poderá determinar que a redução seja suportada inicialmente pelos legatários e posteriormente pelos herdeiros, por ambos ao mesmo tempo, ou, ainda, por determinado herdeiro ou legatário, impedindo que se atinjam os demais, salvo se ainda com esta medida for insuficiente para recompor a legítima (MALUF; MALUF, 2013, p. 448).

Quando a redução incidir sobre imóvel, deve-se analisar se se trata de imóvel divisível ou indivisível, nos termos do art. 1.968, *caput* do Código Civil de 2002. Em se tratando de legado de imóvel que comporte divisão, a redução do legado será feita mediante a divisão proporcional do imóvel.

Se não for possível a divisão do imóvel, e se o excesso do legado corresponder a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará, nos termos do art. 1.968, § 1º, do Código Civil de 2002, o imóvel legado inteiro na herança, ficando com o direito de reclamar junto aos herdeiros o valor que couber na metade disponível. Se o excesso for de menos de um quarto, poderá o legatário ficar

com o imóvel, desde que entregue aos herdeiros a diferença em dinheiro. Desta forma, procura-se evitar que se estabeleça um condomínio, fonte perene de demandas (MALUF; MALUF, 2013, p. 452-453).

No caso de o legatário também ser herdeiro necessário, o art. 1.968, § 2º, do Código Civil de 2002 outorga-lhe o direito de conservar o imóvel desde que a soma de sua legítima com a parte subsistente do legado for de quantia igual ou superior ao valor atribuído ao imóvel (MALUF; MALUF, 2013, p. 453).

Uma vez concluída a exposição das principais aplicações do instituto da legítima do Código Civil de 2002, passaremos a analisar seus fundamentos.

IV. Fundamentos da legítima

a) Natureza do instituto da legítima

Boissonade (1873, p. 539-510) defende que a legítima, por se tratar de um instituto complexo em termos morais e jurídico, é mais bem explicado pela relação entre os institutos dos alimentos, do fideicomisso tácito e da copropriedade familiar.

A legítima teria caráter alimentar porque teria por fim garantir, após o falecimento do ascendente, o direito natural dos descendentes aos meios de subsistência. Seria, na verdade, o meio encontrado para garantir, após a morte do ascendente, o direito do descendente a alimentos (BOISSONADE, 1873, p. 531-533). A grande dificuldade desse argumento é que ele não explica, por si só, o fundamento da legítima para os descendentes mais ricos, que não têm necessidade de alimentar (BOISSONADE, 1873, p. 533-534).

Já o fideicomisso tácito procura explicar a legítima com base no fato de que, como parcela do patrimônio do autor da herança provém de gerações passadas, conhecidas e desconhecidas, tem ele o dever de transmiti-la às futuras. Tratar-se-ia de um dever de solidariedade entre as gerações, de modo que os bens da família não recaíssem em mãos de estranhos. A grande dificuldade desse argumento é que grande parte do patrimônio transmitido aos herdeiros não provém das gerações anterior, sendo fruto do trabalho do autor da herança (BOISSONADE, 1873, p. 535-537).

A copropriedade familiar procura complementar os fundamentos

acima, de modo a justificar a legítima sobre bens adquiridos pelo próprio autor da herança ou transmitidos a herdeiros que deles não necessitam para subsistência. A copropriedade familiar teria como pressuposto a comunhão existencial do autor da herança com seus herdeiros, não sendo razoável permitir que a expectativa destes ao patrimônio do autor da herança seja frustrada (BOISSONADE, 1873, p. 538-539).

A doutrina costuma apontar a fundamentação constitucional da legítima nos princípios da proteção integral à família e da solidariedade familiar, previstos nos arts. 3º, inciso I, e 226, caput, da Constituição Federal. A legítima seria um instrumento para garantir vida digna para os herdeiros, que estariam libertados de suas necessidades (CARMINATE, 2014, p. 57). Trata-se de explicação que muito se assemelha com a sustentação da legítima na copropriedade familiar e no dever alimentar.

É importante entender os valores tutelados pela legítima, tendo em vista que são eles que dão azo para as restrições da capacidade de testar. Como haveria o risco de que o testador com poderes ilimitados não buscasse garantir os valores acima, alegadamente haveria um perene risco de abuso. O testador poderia valer-se de seu poder de testar para perpetuar seu poder familiar (BOISSONADE, 1873, p. 457-458).

b) Legítima do descendente

A legítima dos descendentes é a melhor justificada pelas razões expostas acima. Possui claro caráter alimentar, tendo em vista que efetivamente busca garantir a subsistência dos descendentes. É efetivamente justificada pelo fideicomisso tácito, tendo em vista que é dos descendentes que obviamente decorrem as próximas gerações. Finalmente, fundamenta-se perfeitamente pela copropriedade familiar, tendo em vista o dever de piedade dos ascendentes para com os descendentes.

Não obstante ser a mais robusta aplicação do instituto da legítima, ela não está imune a críticas. Uma das principais é que a legítima dos descendentes garante o mesmo tratamento para os maus filhos e os bons filhos (BOISSONADE, 1873, p. 456), sobretudo em razão das regras extremamente restritas quanto à deserdação, visivelmente arcaicas e quase nunca aplicadas (NATHAN, JR., p. 12).

Outra crítica é que a legítima não teria tanta justificativa nos tempos

atuais, tendo em vista que, com o aumento da expectativa de vida do ascendente, o descendente já teria a capacidade de constituir pecúlio de um bom montante à época do falecimento de seu ascendente (CARMINATE, 2014, p. 57). Não haveria assim *a priori* uma necessidade à legítima.

c) Legítima do ascendente

Quanto à legítima dos ascendentes, prevalece o fundamento do fideicomisso tácito, já que o retorno do patrimônio dos descendentes aos ascendentes permite que seja preservado na família, favorecendo as próximas gerações. Também é de relevância o fundamento da copropriedade, tendo em vista a comunhão existencial entre ascendentes e descendentes.

Segundo Boissonade (1873, p. 516-517), poder-se-ia resumir o fundamento da legítima do ascendente no dever de honrar o pai e a mãe, conforme dispõe o Decálogo (*honora patrem tuum et matrem, ut longaevus sis*). Outros são da opinião de que a legítima do ascendente tem origem na noção romana de *familia*, em que a preservação do patrimônio da família estaria ligada à sua própria continuidade (VAN, 1978, p. 30).

Seja como for, a legítima do ascendente não está imune a críticas. Com a criação de planos de previdência, planos de saúde e seguros de vida, não estaria o ascendente necessitado do patrimônio de seu descendente para sobreviver no caso da morte prematura deste (VAN, 1978, p. 46-47). Trata-se de crítica a ser tomada *cum grano salis*, sobretudo em um país subdesenvolvido como o Brasil.

d) Legítima do cônjuge sobrevivente

Finalmente, quanto à legítima do cônjuge, prevalece o fundamento dos alimentos, de modo a manter sua qualidade de vida o tanto quanto for possível. Também há influência da copropriedade familiar, tendo em vista que entre o cônjuge sobrevivente e o falecido houve uma verdadeira comunhão existencial.

Não obstante, as críticas à legítima do cônjuge são numerosas. Como o casamento é originado por um ato de consenso, e não da natureza (tal como se dá, *a priori*, entre pais e filhos), é de supor que deveria prevalecer o que livremente dispusessem, sem que houvesse imposição pela legislação.

O poder de livremente determinar o regramento é uma das razões pelas quais muitos casais optavam pela união estável, que, segundo o Código Civil de 2002, não resguardaria o direito à legítima. Por meio da união estável, os companheiros poderiam determinar não só o regime de bens por meio de contrato de convivência, como também, mediante testamento, se o outro companheiro teria ou não direito à herança. Não obstante, é quase certo que esse poder deixará de existir, uma vez que em 31.08.2016 a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal já deliberou, no âmbito do Recurso Extraordinário no. 878.694/MG, pela equiparação do tratamento sucessório do companheiro ao do cônjuge²⁰.

Outro argumento levado contra a legítima do cônjuge é a emancipação feminina. Na medida em que a mulher tornou-se mais independente e passou a ocupar postos no mercado de trabalho, garantiu a si condições de prover seu próprio sustento, não sendo mais dependente economicamente do patrimônio do cônjuge falecido (CARMINATE, 2014, p. 58). Trata-se de argumento questionável, tendo em vista a diferença salarial entre homens e mulheres.

Finalmente, o último argumento em desfavor da legítima do cônjuge sobrevivente é que este, diferentemente do descendente, firmou o compromisso conjugal já tendo direito à legítima de seus familiares, o que faz com que seja menos dependente do patrimônio do cônjuge falecido (BOISSONADE, 1873, p. 516-517). Trata-se de argumento que diminui a importância da legítima do cônjuge sobrevivente, mas não a afasta totalmente.

e) Crítica e conclusão

Pode-se dizer que a legítima se fundamenta na presunção absoluta (*iure et de iure*) de que os herdeiros dividem os mesmos valores e dela necessitam para resguardar seu sustento (alimentos), sua honra (copropriedade familiar) e a memória de seus antepassados (fideicomisso tácito)

Por se tratar de presunções absolutas, das quais não cabe qualquer contraprova, são elas capazes de gerar grandes distorções, seja por levar a um tratamento igual entre herdeiros ricos e pobres, em prejuízo de sua função alimentar,

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspenso julgamento sobre tratamento diferenciado a cônjuge e companheiro em sucessões. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324282>>. Acesso em: 26 de dez. 2016.

seja por pressupor comunhão existencial entre o autor da herança e os herdeiros, que muitas vezes é reduzida ou até inexistente, seja por presumir que a perpetuação da memória familiar é algo bom em si bom, em total prejuízo daqueles que sofreram no seio familiar.

As distorções criadas pela legítima fazem com que a parcela disponível do patrimônio seja vista por seus defensores como o meio ideal para que o autor da herança, por meio de testamento, restitua a igualdade material entre os herdeiros, seja premiando os bons e punindo os maus, seja garantindo maior quinhão patrimonial aos mais pobres (BOISSONADE, 1873, p. 557). Não obstante, trata-se de outra presunção absoluta, que pode se demonstrar falsa no caso concreto.

O problema do instituto da legítima resume-se à falsa presunção de que suas regras garantem, em todos os casos, igualdade material entre herdeiros, e de que tanto o autor da herança quanto os herdeiros dividem os mesmos valores por ela tutelados. Em uma sociedade que se propõe ser multifacetada e plural, a legítima impõe uma extraordinária restrição à liberdade, impedindo que o autor da herança, por meio da liberdade de testar ou doar, garanta materialmente a igualdade entre os herdeiros e persiga seus próprios valores.

E põe-se em vista que a norma preservadora da legítima acaba na maioria das vezes por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a indolência (GAGLIANO, 2008, p. 39). O fato de suscitar quase sempre discórdias e desavenças familiares faz-nos questionar se a legítima não acaba por gerar maiores injustiças do que o hipotético abuso da liberdade de testar.

Muitas dessas discórdias têm origem no fato de que os advogados dos herdeiros buscam fundamentar seus litígios na falta de técnica legislativa, nas frequentes revogações tácitas, nos problemas de cunho teórico, nas dificuldades probatórias e na própria complexidade que envolve o instituto da legítima, conforme visto acima. Faz sentido que o pleno direito de testar e doar seja restringido por regras jurídicas que não funcionam (NATHAN, JR., 1978, p. 8)? Parece-nos que não.

Uma vez concluída a presente exposição sobre os fundamentos da legítima e suas críticas, passemos à análise de algumas de suas consequências político-econômicas.

V. Algumas consequências político-econômicas da legítima

a) Fragmentação dos pequenos patrimônios

Uma das críticas mais antigas ao instituto da legítima é que esta levaria os pequenos patrimônios a serem divididos de geração em geração, até que chegasse ao ponto de serem totalmente pulverizados. No longo prazo, a legítima acabaria por destruir a herança, da qual ninguém se beneficiaria (LEMANN, 1978, p. 23). Isso seria gravemente prejudicial para a agricultura, já que as áreas rurais, para serem produtivas, dependeriam de grandes extensões de terra (BOISSONADE, 1873, p. 578).

Embora de imediato isso não seja um problema para famílias urbanas, cujo trabalho não dependeria necessariamente da herança, é de se supor que seja fonte de conflitos para famílias agropastoris, já que estas teriam que optar pelo regime de copropriedade para manter a pequena propriedade na família (como visto, fonte perene de demandas) ou aliená-la.

b) Redução da concentração de renda

Outra consequência econômica da legítima (e, para alguns, até mesmo um de seus fundamentos) seria a redução e a prevenção da concentração de renda, tendo em vista que o patrimônio seria de geração em geração dividido entre os herdeiros. Há a posição de que o imposto sobre herança seria medida mais eficiente do que a legítima para reduzir a concentração de renda de geração em geração (NATHAR, JR., 1978, p. 7).

A legítima no Brasil é o principal meio de redução da concentração de renda de geração em geração, até porque por aqui a alíquota do imposto sobre herança é bastante reduzida (de até oito por cento, conforme art. 1º da Resolução no. 9, de 1992, do Senado Federal), se comparado com as alíquotas correntes no exterior.

É de se questionar, contudo, a efetividade da legítima como meio de se reduzir a concentração de renda no Brasil, tendo em vista que planejamentos sucessórios envolvendo holdings patrimoniais permitem que a participação societária

seja pulverizada sem que a família perca o controle sobre seu patrimônio, sobretudo se este for constituído por empresas.

c) Incentivo ao ócio

A legítima seria um meio de desincentivo do herdeiro para o trabalho e solaparia a disciplina, a ambição, a iniciativa e o cuidado para com a família. Assim, um descendente, sabendo que não poderia ser deserdado, poderia facilmente ignorar seus ascendentes e viver uma vida ociosa, com a confiança de que herdaria uma larga porção do seu patrimônio (NATHAR, JR., 1978, p. 15).

d) Uso de *trusts* em jurisdições imunes à legítima

Finalmente, como a legítima pode ser um problema para as famílias mais abastadas (sobretudo se os herdeiros acabarem por receber a herança ainda muito jovens), tem-se procurado cada vez mais *trusts* como meio de burlar a intangibilidade da legítima.

Assim, um ascendente rico, preocupado com os efeitos adversos que sua morte prematura poderia gerar aos herdeiros, poderia transferir todo seu patrimônio para o exterior, deixando-o à administração de *trust* de uma jurisdição imune a qualquer questionamento com base na violação de direito à legítima (MALUMIAN, 2015).

Isso demonstra a ausência de efetividade que a legítima atualmente tem em relação às famílias mais abastadas, em total contradição com as famílias mais pobres, que têm de respeitar a legítima por não poderem custear *trusts* nessas jurisdições.

VI. Conclusão: inércia do Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 não conseguiu avançar na questão da legítima, tendo em vista que não acompanhou a crescente pluralidade de valores da sociedade, bem como não conseguiu trazer regras claras que pudessem cumprir

com as exigências de justiça, paz social e progresso econômico. Perdeu-se a oportunidade de melhorar o instituto da legítima ou de criar-lhe alternativas viáveis.

A alternativa mais óbvia para o instituto da legítima é a liberdade de testar.

O instituto da legítima presume que, se houvesse ampla liberdade de testar, o testador certamente abusaria de sua posição. Trata-se de visão preconceituosa e claramente falsa, tendo em vista que nada melhor do que o autor da herança (sobretudo se forem os pais) para saber de que seus herdeiros mais precisam (VAN, 1978, p. 45). Não faz sentido que o direito faça com que os bons arquem com as consequências dos maus.

O ideal seria que o direito cuidasse de reduzir disposições testamentárias ou doações nos casos em que levassem que os familiares do herdeiro a passar por dificuldades financeiras (VAN, 1978, p. 45). Somente haveria justificativa para *a priori* limitar a liberdade de testar nos casos em que houvesse herdeiro menor de idade ou que padecesse de alguma incapacidade (GAGLIANO, 2008, p. 39).

VII. Bibliografia referenciada

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Rio, 1982.

BOISSONADE, Gustave. **Historie de la reserve héréditaire et de son influence morale et économique**, Paris: Guillaumin, 1873.

CARMINATE, Raphael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. **Revista IBDFAM : família e sucessões**, n. 2, p. 33-63, mar./abr. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze, **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOGLIANO, Daisy. Doação inoficiosa. In: CASSETTARI, C. (Org.). **10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 358-369.

LEMANN, Thomas B. In defense of forced heirship. **Tulane Law Review**, v. 52, n. 1, p. 20-28, 1978.

- LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- MALHEIROS FILHO, Fernando. Negócios jurídicos entre pais e filhos. **ADV advocacia dinâmica: seleções jurídicas**, n. 3, p. 7-17, mar. 2002.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MALUMIAN, Nicolas. Trusts as estate planning tools for settlors in forced heirship jurisdictions. **Trusts & Trustees**, v. 21, n. 4, p. 430-437, mai. 2015.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 46.
- _____. **Tratado de direito privado: parte especial: direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 55.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito das obrigações, 2ª parte**. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5.
- MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.
- NATHAN, JR., Max. An assault on the citadel: a rejection of forced heirship. **Tulane Law Review**, v. 52, n. 1, p. 5-19, 1978.
- NEVES, Rodrigo Santos. O princípio da intangibilidade da legítima. **Revista jurídica (Porto Alegre)**, v. 57, n. 375, p. 61-101, jan. 2009.
- ORSELLI, Helena de Azeredo; SPIESS, Stephanie. Análise da doação inoficiosa e de seus reflexos no Direito sucessório. **Revista nacional de direito de família e sucessões**, v. 1, n. 6, p. 5-31, mai/jun. 2015.
- VAN, Gerald Le. Alternatives to forced heirship. **Tulane Law Review**, v. 52, n. 1, p. 29-49, 1978.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

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

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

As regras de formatação são as seguintes:

- (a) Tamanho do papel: A4;
- (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 25 páginas, sendo que cada lauda deve ter 2.100 caracteres – sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia;
- (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 - título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 - notas de rodapé (não utilizar notas de fim);
- (f) Espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) Destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) Citações: entre aspas e sem recuo;
- (i) As citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). Se possível, citações de doutrina estrangeira.
- (j) Título do artigo em português e em inglês;
- (k) Sumário.

Em folha de rosto:

- (a) Nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista esta afiliado;
- (b) Lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;
- (c) Resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços.

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

Os artigos inéditos devem ser encaminhados pelo *e-mail* rdfas@adfas.org.br