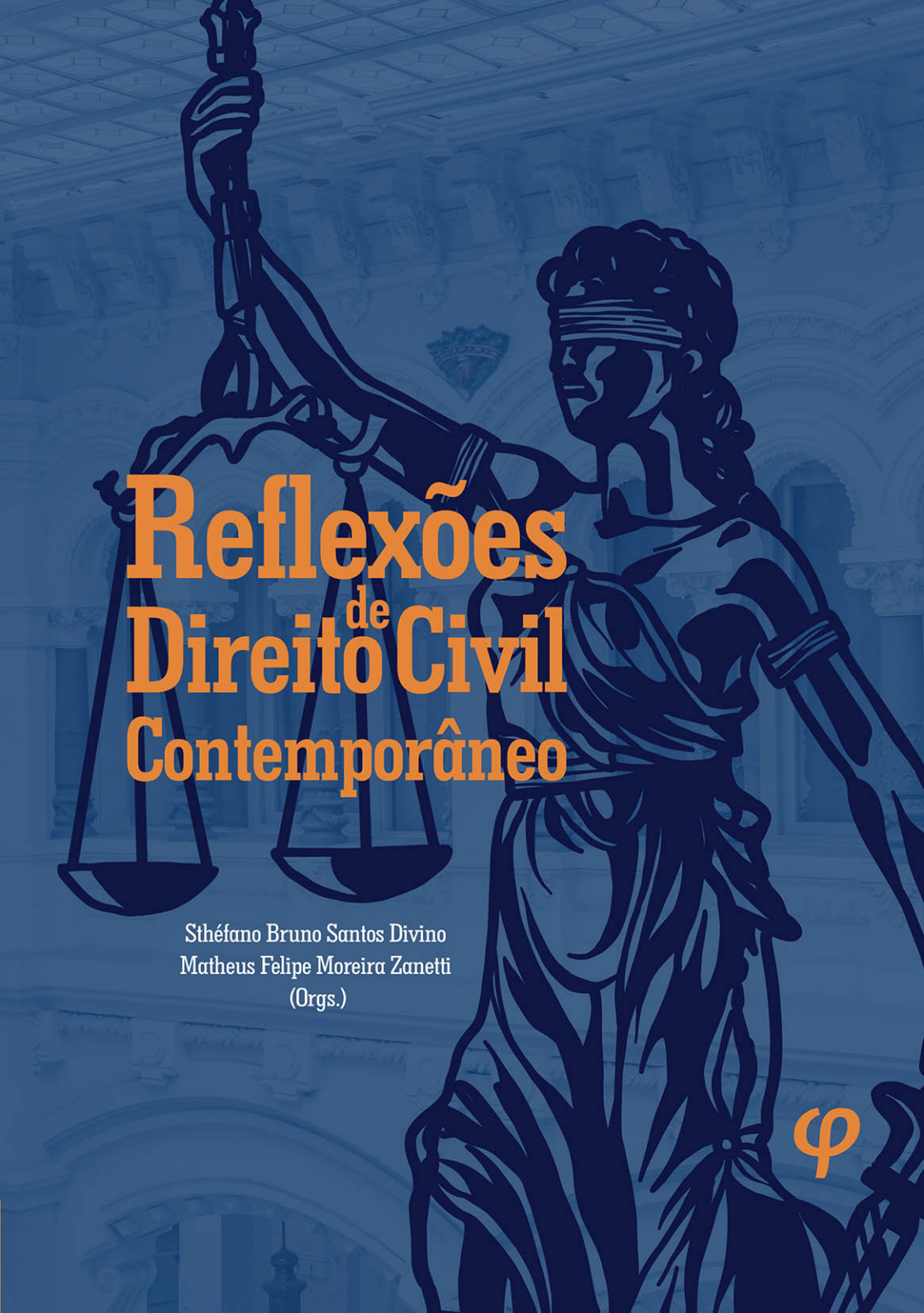




Reflexões de Direito Civil Contemporâneo

Sthéfano Bruno Santos Divino
Matheus Felipe Moreira Zanetti
(Orgs.)



A presente coletânea discorre sobre alguns dos temas contemporâneos do Direito Civil. A obra foi organizada para seguir a mesma estética e simetria do Código Civil. Temas que vão desde os direitos da personalidade aos direitos sucessórios são trazidos com uma abordagem concisa e direta. O objetivo pretendido é situar o leitor nas diretrizes dos discursos jurídicos e das dissonantes opiniões sobre os assuntos elencados. Em cada artigo, o(s) autor(es) apresentam posições, majoritárias ou minoritárias, com extensa fundamentação legal, doutrinária e jurisprudencial, para base do discurso argumentativo. Espera-se que seus argumentos sejam abstraídos e utilizados como caminho, ainda que errado, e que contribuam com o desenvolvimento da temática abordada.



Reflexões de Direito Civil Contemporâneo

Reflexões de Direito Civil Contemporâneo

Organizadores:

Sthéfano Bruno Santos Divino

Matheus Felipe Moreira Zanetti

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DIVINO Sthéfano Bruno Santos; ZANETTI Matheus Felipe Moreira (Orgs.)

Reflexões de direito civil contemporâneo [recurso eletrônico] / Sthéfano Bruno Santos Divino; Matheus Felipe Moreira Zanetti (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

236 p.

ISBN - 978-85-5696-406-9

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito Civil; 2. Ensaaios; 3. legislação; 4. hermenêutica; I. Título

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Sthéfano Bruno Santos Divino	
1.....	13
Breve análise jurídica e econômica da privacidade: a commodificação de dados entre utopias jurídicas principiológicas e a facticidade –o caso Cambridge Analytica	
Sthéfano Bruno Santos Divino; Rodrigo Almeida Magalhães	
2	37
A natureza jurídica do <i>software</i> e suas implicações tributárias	
Ludmila Ramos de Paula Zanetti	
3	59
Direito, educação e escola: uma análise sobre o <i>homeschooling</i> (ensino domiciliar) no Brasil	
Camilla Ayala Felisberto Silva; Chrislaine Aparecida de Souza	
4	81
A teoria da vida útil do bem e o contrato de garantia estendida no direito do consumidor	
Bruno Mendes Fernandes	
5	107
A ação de dissolução parcial da sociedade trazida pelo código de processo civil - lei 13.105/15	
Ana Karen Barbosa Nunes	
6	123
A fertilização artificial post-mortem interpretada a luz do artigo 1597, III, do código civil e da capacidade sucessória do embrião	
Matheus Felipe Moreira Zanetti; Ana Carolina Cruz Valadão	

7	143
A imposição da guarda compartilhada: surgimento, análise crítica e aplicabilidade nos casos concretos	
Julia Duarte Gontijo	
8	165
A transmissibilidade da obrigação alimentar no direito sucessório brasileiro	
Jéssica Rodrigues Godinho; Pollyanna Thays Zanetti	
9	187
As (des)vantagens da legítima: num breve transitar pela análise econômica do direito	
Calânico Sobrinho Rios	
10	213
Aspectos relevantes da filiação ao registro no direito brasileiro	
Marcia Helena Silva Ribeiro; Marlei dos Santos Oliveira	

Apresentação

Sthéfano Bruno Santos Divino¹

A descrição do Direito, em especial nas relações privadas contemporâneas, é complexa. Os aparentes conflitos entre autonomia privada e legislação são alvos de intensas discussões em todos os cenários jurídicos. Inúmeras questões são suscitadas a critério interpretativo objetivando a contemporânea compreensão de determinado dispositivo elaborado há anos. A evolução social pareada com a tecnologia trouxe desafios relevantes a essa hermenêutica. A possível reinterpretção de um instituto de Direito Privado está dentre as possibilidades oferecidas desta coletânea. O aqui destinado sequer chega perto da consolidação das controvérsias do Direito. Em geral são questões suscitadas e debates contemporâneos que giram em torno de inúmeras situações fáticas e jurídicas capazes de transformar a práxis jurídica. Por essa razão, os escritos que aqui são colocados têm o objetivo de aticar a curiosidade do leitor para estudos mais aprofundados sobre o Direito Civil Contemporâneo. Dispomos, portanto, a construção estética desta coletânea da seguinte forma...

O primeiro artigo discorrerá sobre a interpretação dos direitos da personalidade, com foco no direito à privacidade. A problemática cinge-se no seguinte questionamento: é possível afirmar a privacidade como direito inalienável, intransmissível e irrenunciável? A partir deste ponto os autores abordarão as principais características trazidas pela doutrina civilista destinada

¹ Organizador. Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MG. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Lavras - UNILAVRAS. Advogado

ao estudo dos direitos personalíssimos para, com suporte em um substrato fático do caso *Facebook e Cambridge Analytica*, responder a problemática proposta.

O segundo artigo destina-se à busca de uma imprecisão conceitual legal do termo *software*. Deste ponto serão traçadas as repercussões jurídicas atinentes a natureza jurídica do *software*, a necessidade de proteção de dados, e suas repercussões na seara tributária.

O terceiro artigo é sintetizado na problemática: é possível aplicar o *homeschooling* no cenário fático-jurídico brasileiro? As nuances argumentativas utilizadas para responder esse questionamento propõe uma contraposição de ideias entre os defensores e opositores do *homeschooling*. No mais, analisa-se o problema de pesquisa sob a ótica da Constituição Federal de 1988, com foco no Direito à Educação e autonomia privada dos pais e dos filhos, para escolherem o melhor regime de ensino.

O quarto artigo tem como foco avaliar a importância e as consequências, positivas ou negativas, da Teoria da Vida Útil e do contrato de garantia estendida no Direito do Consumidor. Propõe-se uma discussão sobre o conceito de bens de consumo e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, questiona-se sobre eventual abusividade do contrato de garantia estendida.

O quinto artigo dá destaque aos principais pontos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, no que tange à Ação de Dissolução Parcial de Sociedade e foca na resposta do seguinte questionamento: quais as repercussões e as interpretações dadas aos dispositivos legais do NCPC no procedimento supracitado?

O sexto artigo propõe uma análise da controversa fertilização artificial *post-mortem* a luz do Artigo 1.597, III, do Código Civil. Algumas dúvidas são suscitadas: qual a diferença entre as inseminações homóloga e heteróloga e a fertilização *in vitro*? É juridicamente possível caracterizar e dar ao embrião capacidade

sucessória? Em eventual resposta positiva, qual o lapso temporal que possui o embrião para requerer seu quinhão hereditário?

O sétimo artigo tem como foco a resposta à seguinte questão: é juridicamente lícito e possível a imposição de guarda compartilhada, e quais os reflexos desse ato? Considerações sobre poder familiar, sobre o instituto da guarda e suas incursões no Direito Italiano, bem como sua origem no Direito Brasileiro e análises jurisprudenciais sobre o tema são objetos utilizados pela autora para dar ao leitor uma resposta satisfatória.

O oitavo artigo analisa a possibilidade de eventual transmissibilidade da obrigação alimentar no Direito sucessório brasileiro, com enfoque no art. 1.700 do Código Civil. O debate cinge-se em torno de discussões jurisprudenciais e doutrinárias sobre natureza da obrigação alimentar, a obrigação dos herdeiros quanto ao pagamento de dívidas alimentares, e a hermenêutica protetiva destinada ao alimentando.

O nono artigo disserta sobre a visão jurídico-econômica da legítima. É possível detectar vantagens ou desvantagens deste instituto sucessório para com a economia brasileira? A intersecção entre o Direito das Sucessões e a Análise Econômica do direito é o pilar para sustentação da proposta trazida pelo autor. No mais, para a melhor compreensão do leitor, conceitos básicos são trazidos de forma didática para aprimorar sua abstração e entendimento do tema.

O décimo artigo, finalizando a obra, busca demonstrar como gradativamente a legislação brasileira foi abrangendo e protegendo as famílias e a filiação, bem como as repercussões nos registros notariais públicos e as consequências disso para com o Direito Civil.

No mais, as discussões aqui levantadas são apenas a singela parte de uma imensidão de insurgências e beligerâncias levantadas dentro do Direito Civil Contemporâneo. Nenhuma das soluções trazidas pelos autores são cientificamente as pretendidas a consolidar seu problema de pesquisa, mas são as melhores possíveis para este determinado momento social. Sob este manto, alerta-se

pela mudança de comportamentos sociais, legislativos e judiciais sob os temas elencados. De qualquer forma, a contribuição, ainda que em caminho diverso ao seguido pelos demais cientistas, é caminho traçado para demonstrar o sucesso ou a falha daquele raciocínio. Espera-se que o leitor desfrute das posições aqui adotadas.

Boa leitura.

Breve análise jurídica e econômica da privacidade: a comodificação de dados entre utopias jurídicas principiológicas e a facticidade – o caso Cambridge Analytica

Sthéfano Bruno Santos Divino¹

Rodrigo Almeida Magalhães²

1. Introdução

O problema de pesquisa deste escrito assenta-se no seguinte questionamento: no contexto de uma sociedade contemporânea informacional, é possível afirmar a privacidade como direito inalienável, intransmissível e irrenunciável? Inicialmente, a satisfação dessa incógnita tem como guia e substrato fático o emblemático caso *Facebook* e *Cambridge Analytica*.

Em seguida, discorre-se sobre os adjetivos legais e doutrinários atribuídos aos direitos da personalidade, com foco na

¹ Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MG. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Lavras – UNILAVRAS. Advogado.

² Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1998), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2000) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2004). Atualmente é professor adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, advogado - Escritório Rodrigo Almeida Magalhães e Henrique Viana Pereira Advocacia, professor titular I da Faculdade Novos Horizontes, professor adjunto III da Universidade Federal de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: direito de empresa, título de crédito, direito societário, arbitragem e recuperação.

privacidade. Posteriormente, realiza-se um questionamento crítico acerca desses atributos: face ao cenário fático das tecnologias da comunicação e informação, são eles meras utopias jurídicas principiológicas?

Ao final, conclui-se pela reinterpretação e adjetivação da privacidade como direito alienável, cessível e disponível com fundamentação na commodificação de dados pessoais. A construção lógica e estética ancora-se nos métodos dedutivo, hermenêutico-concretizador e revisão integrada, e nas técnicas de pesquisa bibliográfica e estudo de casos.

2. O caso Cambridge Analytica e tratamento de dados: premissas fáticas

A empresa multinacional britânica *Cambridge Analytica*, fundada em 2013 por Robert Mercer e Stephen K. Bannon³, surge no mercado de coleta e tratamento de dados com específicos objetivos: 1) comercial – destinado à melhoria e aprimoramento de campanhas marqueteiras através da detecção e modelagem do comportamento do consumidor alvo; e 2) político – aumento de influência de um candidato para com um determinado eleitorado, prometendo a redução de custos publicitários nas campanhas eleitorais (ANALYTICA, 2018).

³ De acordo com o *The New York Times*, o bilionário Robert Mercer é patrocinador de Trump e investidor na Breitbart, e Stephen K. Bannon, ex-presidente da Breitbart e conselheiro Senior da Casa Branca, serviu até o verão de 2016 como vice-presidente da Cambridge Analytica. CONFESSORE, Nicholas; HAKIM, Danny. *Data firm says 'secret sauce' aided Trump; Many Scoff. The New York Times*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/03/06/us/politics/cambridge-analytica.html>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

O mesmo pode ser verificado no *The Washington Post*. GOLD, Matea, SELLERS, Frances Stead. *After working for Trump's campaign, British data firm eyes new U.S. government contracts. The Washington Post*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/after-working-for-trumps-campaign-british-data-firm-eyes-new-us-government-contracts/2017/02/17/a6dee3c6-f40c-11e6-8d72-263470bf0401_story.html?noredirect=on&utm_term=.2d71657f755c>. Acesso em: 23 abr. 2018.

Em 2016, a referida empresa foi contratada pelo atual presidente estadunidense, Donald Trump, para auxiliá-lo em sua campanha⁴. A *Cambridge Analytica* ofereceu-lhe ferramentas que poderiam identificar as personalidades do eleitorado americano e influenciar seus comportamentos. Para isso, a empresa obteve e utilizava, sem permissão, acesso a informações pessoais e privadas de mais de 50 milhões de pessoas usuárias do *Facebook* (GRANVILLE, 2018).

Especula-se que a promessa singular da *Cambridge Analytica* comparada às demais empresas do ramo não era apenas identificação e persuasão dos usuários em causa, mas psicografá-los a um certo ponto que permitiria a empresa descrever a personalidade e prever comportamentos políticos, embora estes enclausurados ou intrínsecos, de cada americano adulto (CONFESSORE; HAKIM, 2018). Porém, os executivos da empresa negam essa atitude e afirmam nunca ter usado essa avançada tecnologia na campanha de Trump (CONFESSORE; HAKIM, 2018).

Como os dados foram obtidos dos usuários da rede social *Facebook*, alguns dos executivos dessa empresa se manifestaram. Zuckerberg sucintamente postulou não ser uma brecha/falha deles, mas uma violação de privacidade (MCKENNA, 2018). Andrew Bosworth (2018) estendeu-se em seu *Tweeter*: “*this was unequivocally not a data breach. People chose to share their data*

⁴ Esse tema já é evidenciado por Castells, desde 2009. O autor traz dados e argumentos evidenciando a venda de dados pessoais para corroboração de campanhas políticas durante o processo eleitoral. *Once the policies and political strategies are formulated, media politics goes into a new phase of operation: the identification of values, beliefs, attitudes, social behavior, and political behavior (including voting patterns) for segments of the population identified by their demographics and spatial distribution. [...] How does this translate into political strategy? [...] That this sophisticated form of political marketing is a derivative of commercial marketing is a clear indication of the rise of the citizen-consumer as a new persona in public life. In fact, politicians and businesses use the same databases because there is an active commerce of data-selling which originated from the use of massive computer power applied to processing data from government and academic sources with the huge collection of data resulting from the invasion of privacy by credit-card companies, telecommunication companies, and Internet companies selling information about those of their customers (the majority) who, unaware of the fine print in their contracts, do not opt out of the companies' policy of selling their customers' data.* CASTELLS, Manuel. **Communication Power**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 210-211.

with third party app and if those third party apps did not follow the data agreements with us/users it is a violations. No systems were infiltrated, no passwords or informations were stolen or hacked”.

A posição de Zuckerberg e Bosworth se sustenta na divulgação de uma pesquisa realizada, também com participação da *Cambridge Analytica*, em 2014. Naquele ano começaram a surgir, em fóruns acessados por *Freelancers* da *Mechanical Turk* (plataforma da *Amazon* responsável pelo recrutamento de pessoas⁵ para o desempenho de “tarefas de inteligência humana”), informações sobre uma determinada pesquisa que envolvia o *Facebook*. A empresa responsável pela inusitada pesquisa era a *Global Science Research* (GSR), fundada por Alexsandr Kogan, professor da Universidade de Cambridge, após ter seu pedido negado pelo departamento de psicologia para utilização do banco de dados da universidade em que leciona para fins comerciais (DAVIES, 2018).

A *Global Science Research* (GSR) pagaria entre 1 ou 2 dólares a quem completasse uma pesquisa online. Duas condições existiam: a exigência de *turkers* americanos; e os usuários deveriam instalar um aplicativo do *Facebook* para receber seu pagamento. Esse aplicativo teria acesso a todos os dados de quem o instalasse, e os termos proibiam o uso inadequado de quaisquer informações coletadas (SCHWARTS, 2018).

Assim, a *Cambridge Analytica*, em parceria com a GSR, utilizava um pesquisador externo que pagaria aos usuários pequenas quantias para fazer um teste de personalidade e fazer o *download* de um aplicativo⁶ que coletaria informações particulares

⁵ Os *turkers* realizam pequenos trabalhos repetitivos, como identificar imagens pornográficas, e recebem uma pequena quantia monetária, em torno de 1-15 centavos, como recompensa pelo trabalho feito. SCHWARTS, Mattathias. *Facebook failed to protect 30 million users from having their data harvested by Trump Campaign affiliate. The Intercept*. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/03/30/facebook-failed-to-protect-30-million-users-from-having-their-data-harvested-by-trump-campaign-affiliate/>>. Acesso em 23 abr. 2018.

⁶ O aplicativo era chamado “*thisisyourdigitallife*”, desenvolvido por Kogan, enquanto desvinculado de sua função acadêmica na Universidade de Cambridge. Esse aplicativo foi desenvolvido para coletar informações das pessoas que o testavam e também de seus amigos no *Facebook*, levando ao acúmulo de um conjunto de dados de dezenas de milhões de pessoas. CADWALLADR, Carole; GRAHAM-

de seus perfis, incluindo os amigos da pessoa em causa. Isso era e é permitido pelo *Facebook*, porém também era e é vedado pela companhia detentora da rede social a venda desses dados ou seu uso destinado à publicidade.

Essa abordagem psicográfica foi baseada em uma técnica pioneira desenvolvida pelos cientistas de dados da Universidade de Cambridge, alegando a possibilidade revelar e conhecer determinada pessoa mais do que seus parentes ou seus parceiros de vida, mas sem qualquer vínculo da instituição acadêmica com a *Cambridge Analytica* (ROSENBERG; FRENKEL, 2018).

Kogan estava então, desde 2014, coletando e minerando dados para a *Cambridge Analytica*. Christopher Wylie, especialista em dados que supervisionou a coleta de Kogan, afirma que o empresário forneceu para a *Cambridge Analytica* dados de mais de 50 milhões de perfis “brutos” retirados do *Facebook*. Wylie relata que desse total apenas cerca de 270 mil – aqueles que participaram da pesquisa – consentiram em ter seus dados colhidos, embora tenham sido informados que seriam eles utilizados para fins acadêmicos (GRANVILLE, 2018).

Essa afirmação é reforçada ainda com a declaração do próprio Kogan, em uma palestra, afirmando ter uma amostra de dados de 50 milhões de usuários, e que ele seria capaz de prever virtualmente qualquer tipo de comportamento.⁷

Wylie ainda declara: “*We exploited Facebook to harvest millions of people’s profiles. And built models to exploit what we knew about them and target their inner demons. That was the basis*

HARRISON, Emma. *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach.* **The Guardian.** Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

⁷ [...] I focus specifically on Facebook data and two datasets my lab is currently work with: (a) a sample of 50+ million individuals for whom we have the capacity to predict virtually any trait [...]. KOGAN, Alexandr. *Brown bag Guest Speaker Dr. Alex Kogan on 2 december.* **NUS Psychology.** Disponível em: <<http://blog.nus.edu.sg/psychology/2014/11/24/brown-bag-guest-speaker-dr-alex-kogan-on-2-december/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

the entire company was built on” (CADWALLDR, GRAHAM-HARRISON, 2018).

Do outro lado, Alexander Nix, CEO da *Cambridge Analytica*, negando o envolvimento com a rede social *Facebook* e disse: “*We do not work with Facebook data and we do not have Facebook data*” (CADWALLDR, GRAHAM-HARRISON, 2018).

No mesmo sentido, Simon Milner, diretor de política do *Facebook* no Reino Unido, foi questionado por deputados se a *Cambridge Analytica* tinha dados da rede social em questão, e respondeu “*They may have lots of data but it will not be Facebook user data. It may be data about people who are on Facebook that they have gathered themselves, but it is not data that we have provided*” (CADWALLDR, GRAHAM-HARRISON, 2018).

Fato indiscreto é que, em meados de 2015, os *turkers* começaram a informar que as pesquisas da *GSR* cessaram da noite para o dia (SCHWARTS, 2018). Nesse mesmo ano, utilizando os dados coletados pela *Cambridge Analytica*, Kogan protocolou um pedido na Universidade de Cambridge, para realizar uma investigação acadêmica de como os “*Facebook likes*” estão relacionados a traços pessoais, *status* socioeconômicos e aos ambientes físicos frequentados (WEAVER, 2018).

O comitê de ética da *Cambridge University*, visualizando os dados em mãos, disseram que a proposta de Kogan era “preocupante” e negaram o pedido para utilização das amostras em pesquisas subsidiadas pela instituição (WEAVER, 2018). Contraditoriamente, Kogan afirmou que todos os seus trabalhos acadêmicos foram revisados e aprovados pela universidade em que leciona, mas não chegou a citar aos deputados, que realizam seu interrogatório, sobre a negativa da Universidade de Cambridge, em 2015 (WEAVER, 2018).⁸

⁸ “*All of my academic work was reviewed and approved by the University’s ethics committees*”. KOGAN, Alexandr. **Written evidence submitted by Alexandr Kogan**. Disponível em: <<https://www.parliament.uk/documents/commons-committees/culture-media-and-sport/Written-evidence-Aleksandr-Kogan.pdf>> . Acesso em: 25 abr. 2018.

As justificativas dos membros do comitê foram fundamentadas de diversas formas, dentre elas: 1) insuficiência de consentimento autorizador para utilização dos dados coletados em pesquisas acadêmicas, sendo que sequer foi dada a chance para o usuário sair do projeto proposto; 2) *“Once you have persuaded someone to run your Facebook app, you can really only collect that subject’s data. What his or her friends have disclosed is by default disclosed to ‘friends’ only, that is, with an expectation of confidence”*; e 3) *“Facebook is rather deceptive on this and creates the appearance of a cosy and confidential peer group environment, as a means of gulling users into disclosing private information that they then sell to advertisers, but this doesn’t make it right to an ethical researcher to follow their lead”* (WEAVER, 2018).

Atualmente, meio a esse cenário, a rede social de Zuckerberg, 10 dias após a divulgação do escândalo, desvalorizou aproximadamente \$70 bilhões de dólares. Além disso, a empresa enfrenta um grande descontentamento dos usuários e dos anunciantes (*advertisers*) que utilizavam o serviço da plataforma social. Muitos deles suspenderam suas atividades e patrocínios feitos ao *Facebook*, e migraram para outras plataformas, como a *Mozilla Firefox*, e o *Commerzbank* (REUTERS, 2018).

No mais, o *The Guardian* divulgou uma pesquisa realizada pelo *Tech Media Telecon Pulse Survey* logo após Zuckerberg depor⁹ durante inúmeras horas frente o parlamento americano, demonstrando que 83% de 2.500 adultos estadunidenses entrevistados, após o ocorrido entre o *Facebook* e a *Cambridge Analytica*, desejam melhor regulamentação e penalidades para eventuais quebras e vazamentos de dados particulares. E 84% dos entrevistados acreditam que as empresas de tecnologia que coletam e tratam dados deveriam ser legalmente responsabilizadas pelos

⁹ A entrevista completa pode ser vista em: WONG, Julie Carrie. *Mark Zuckerberg faces tough question in two-day congressional testimony – as it happened. The Guardian*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/live/2018/apr/11/mark-zuckerberg-testimony-live-updates-house-congress-cambridge-analytica>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

conteúdos armazenados em sua *data base* (SOLON; LAUGHLAND, 2018).

Após todo o escândalo e repercussão no cenário internacional a *Cambridge Analytica* declarou falência (SOLON; LAUGHLAND, 2018). Meio a esse cenário surge uma misteriosa companhia denominada *Emerdata*, focada na coleta e tratamento de dados, onde Alexander Nix e as filhas de Robert Mercer, em conjunto com outros executivos afilados à antiga *Cambridge Analytica*, estão listados como diretores dessa empresa (GHOSH, 2018). O que esses ditames nos traz é que comércio de dados é algo viável e lucrativo. Sua influência na economia e nas ações das empresas envolvidas nesse âmbito é direta. Podemos afirmar essa premissa subsidiados na desvalorização de quase 70 bilhões de dólares do *Facebook* e na própria falência da *Cambridge Analytica*.

Apesar de esses dados advirem da própria pessoa e fazerem parte do direito à privacidade e do direito à autodeterminação informativa¹⁰, são facilmente coletados e tratados quando o usuário aceita as Políticas de Privacidade de um determinado produto da tecnologia da informação e comunicação. Essas Políticas de Privacidade são expressas em condições gerais de um contrato eletrônico onde inexistente a opção de a pessoa em causa aceitá-la ou não, caso queira utilizar o serviço pretendido. Sua negativa, simplesmente, enseja inviabilidade e a não prestação do serviço.

¹⁰ Laura Schertel Mendes afirma a existência de um Direito fundamental à proteção de dados pessoais. A autora fundamenta sua posição baseada na interpretação extensiva do art. 5, X, da CRFB de 1988. Para ela, quando esse dispositivo normativo garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, seria possível adjetivar como fundamental a proteção dos dados pessoais por serem eles parte dessas. MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169-172. Apesar de existir esse inequívoco caráter protetivo dos dados, devemos discordar com relação à sua classificação como direito fundamental. A vida privada e a intimidade, sim, são institutos *sui generis* dotados de carga jurídica deontológica suficiente para serem caracterizados como indispensáveis à pessoa humana, ou seja, fundamentais. Os dados são prolongamentos e sujeições espectros desses direitos. O que, por si só, não lhes caracteriza e os adjetiva como fundamentais. Porém, frisa-se que esse posicionamento não significa afirmar a negativa de sua tutela jurídica.

Não pretendemos estender a abordagem dos elementos¹¹ do consentimento e da manifestação de vontade necessária à constituição dos contratos eletrônicos de políticas de privacidade, indispensáveis ao tratamento de dados. Isso está aquém da problemática. Partiremos do pressuposto que eles existem e foram auferidos nos ditames legais. Ou seja, o negócio jurídico existe, é válido e produz efeitos. Nesse prisma direcionaremos nosso enfoque para uma relação¹² jurídica específica: o contrato eletrônico de Política de Privacidade das tecnologias da informação e comunicação no qual o usuário tem seus dados coletados e tratados pelo fornecedor.

Utilizaremos esse modelo contratual para reinterpretar os adjetivos elencados e atribuídos aos direitos da personalidade no art. 11 do Código Civil de 2002. Para isso, defenderemos a interpretação dos dados pessoais como *commodities*. A sustentação dessa abordagem ancora-se na autonomia da vontade.

3. Breves reflexões sobre o aspecto jurídico-econômico da privacidade

A concepção de privacidade pode ser historicamente localizada e associada à desagregação da sociedade feudal, na qual os indivíduos eram conectados por uma complexa série de relações capazes de refletir a própria organização de sua vida cotidiana. O

¹¹ “«Consentimento» do titular dos dados, uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”. UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. 2016. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%03A32016R0679>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

¹² Lado contrário, as clássicas relações de consumo caracterizadas pela compra e venda de um determinado bem da tecnologia da informação ou comunicação em que o comprador remunera o fornecedor de bens ou de serviços com uma quantia monetária, para obter um objeto (compra de um *smartphone*, *tablet*), não serão abordadas. Apesar de serem de suma importância, entende-se que a configuração da relação consumerista e seus reflexos na proteção dos dados pessoais é clara. Por isso, aquém da problemática do presente escrito. Contudo, caso o leitor se interesse por essas relações, indica-se a obra de MENDES, Laura Schertel. op., cit.

isolamento, inicialmente, era considerado privilégio de escassos eleitos ou daqueles que, necessitados ou por opção, viviam distantes da comunidade. Por esse motivo, social e institucionalmente, a privacidade não se apresenta como realização de uma exigência intrínseca de cada ser, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um determinado grupo (RODOTÀ, 2008, p. 26-27).

Posteriormente, a dinâmica da privacidade tem sua importância e modificação datada de 1890, com o ensaio *The Right to Privacy*, de Warren e Brandeis (1890). O direito de estar só (*the right to be alone*) foi o marco jurídico capaz de sustentar a inviolabilidade da personalidade e proteção dos sentimentos mais íntimos do indivíduo, reconhecendo como direito o que antes era privilégio. De um lado, para àquela época, o *The Right to be Alone* era suficiente para nortear a privacidade. De outro lado, o avanço científico incorporador das TIC's no cotidiano colocou em cheque a concepção idealizada por Warren e Brandeis. Daqui em diante, formulações e reformulações conceituais, doutrinárias e legais, adjetivaram a privacidade e os direitos da personalidade com algumas peculiaridades.

Os direitos da personalidade são, no enunciado de França (1983, p. 37-50), “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”, sendo tripartidos em: 1) direito à integridade física; 2) à integridade intelectual; e 3) à integridade moral. Em nenhuma dessas categorias o autor enquadra explicitamente a privacidade. O mais próximo disso é a proteção ao sossego, inclusa no direito à integridade física, e a consideração do direito à intimidade e ao recato como partes da integridade moral.

Chinellato (2017, p. 49-50) se posiciona pela inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade dos direitos da personalidade. Mas ressalva que alguns direitos, como o direito à imagem e à voz, podem ser cedidos mediante contrato expresso. Para a autora, em decorrência de sua inalienabilidade, o próprio direito é incessível. Chinellato também evidencia que o exercício

desses direitos não pode sofrer limitação voluntária pelo próprio titular, assim como dispõe o art. 11 do Código Civil, mas apresenta como exceção o direito à imagem, à voz e ao próprio corpo.

De Cupis (2008, p. 35-36), ao abordar sobre os direitos da personalidade, faz nota de que estes se incluem entre os direitos não patrimoniais. “Sendo o objeto dos direitos da personalidade um modo de ser físico ou moral da pessoa, bem como se compreende como ele nunca contenha em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica”. Ou seja, ainda que tais direitos permitam seu titular auferir indiretamente pecúnia em caso de sua exploração ou violação, para o autor eles jamais deixarão de ter seu caráter extrapatrimonial.

Pereira (2017, p. 203) coloca os direitos da personalidade como aqueles que, “despidos embora de expressão econômica intrínseca, representam para o seu titular um alto valor, por se prenderem a situações específicas do indivíduo e somente dele”. E essa observação resulta numa interessante descrição e reconhecimento dos reflexos patrimoniais externos aos direitos da personalidade. Embora apresentem eles conteúdo quantificável economicamente, poderão eles surtir efeitos e reflexos ricochetes na esfera patrimonial de seu titular.

As concepções dos autores acima trazidas demonstram um forte posicionamento inclinado à consagração de um direito intangível, intransmissível, impassível de quantificação econômica. Por outro lado, o tópico anterior evidencia uma contradição. A práxis e a vida cotidiana determinam o valor dos direitos da personalidade do indivíduo. O direito à privacidade, como parte desses direitos, é um dos principais objetos de tratativas contratuais. Assim como evidenciado na pesquisa elaborada pela GSR, as pessoas estão dispostas a receber por ter seus dados coletados e tratados para um determinado fim. Diante dessa perspectiva fática questiona-se: será ainda possível sustentar a clássica visão desses autores?

4. A comodificação de dados pessoais e a ressignificação do direito à privacidade: entre utopias principiológicas e a facticidade

A conduta de reconhecer ou pelo menos considerar os dados pessoais como *commodities* é algo discutido nos escritos da área. A comodificação seria a possibilidade de descrever os dados pessoais como mercadorias e, conseqüentemente, auferir-lhes valor econômico. Rodotà (2008, p. 62) diz: “trata-se de uma nova “mercadoria” cujo comércio pode determinar os tradicionais riscos para a privacidade: mas pode, sobretudo, modificar as relações entre fornecedores e consumidores de bens e serviços, reduzindo a autonomia destes últimos de tal forma que pode chegar a incidir sobre o modelo global de organização social e econômica”.

O autor (RODOTÀ, 2008, p. 63-70), porém, ressalta que a transformação dos dados pessoais em mercadorias redefiniria o quadro global da privacidade. O que estaria em causa não seria apenas os dados em si, ou sequer o indivíduo cedente, mas a própria soberania estatal por serem esses dados utilizados como meio de controle social. “As atividades de coleta, tratamento e difusão das informações desenvolvem-se de tal forma que condicionam cada vez mais diretamente o modelo de organização política, social e econômica” (RODOTÀ, 2008, p. 63). Por esse motivo que “o problema da circulação das informações pessoais não pode ser solucionado a partir das noções correntes de privacidade” (RODOTÀ, 2008, p. 77). Este é o *locus*.

Reafirmamos e frisamos: Rodotà posiciona-se pela tutela e proteção dos dados pessoais que circulam na sociedade da vigilância e nega a possibilidade de transformação desses dados em mercadorias. Porém, como o próprio autor afirma, não há como solucionar os problemas das circulações de informações pessoais com as clássicas noções e correntes da privacidade que temos hoje. A concepção de um direito incessível e incapaz de ser auferido economicamente foi essencial para na transição do século XIX para

o século XX. Mas em nossa sociedade complexa, onde a vigilância é constante, qual o sentido jurídico e a razão social para persistir afirmando essas características à privacidade?

A literatura dos séculos XIX e XX já evidenciava essa peculiaridade social. A obra distópica *1984*, de Orwell (2009), trouxe o Grande Irmão como aquele que tudo observava; nada poderia escapar de sua *teletela*; um simples cochicho era passível de ser detectado. O Panóptico de Bentham (2000), aprimorado por Foucault (2004) é um modelo de poder capaz de concentrar em um pequeno local imensurável possibilidade de vigilância aos olhos do inspetor. Aqueles que estão sob o jugo do modelo panóptico de poder devem se sentir sempre vigiados, ou pelo menos pensar que assim o estão. Os três autores trabalham a concepção de poder vinculada à vigilância, os quais têm seus reflexos nas diretrizes da privacidade. Pode-se extrair de suas obras a razão do *medo* de Rodotà em considerar a comodificação de dados pessoais como algo prejudicial. De fato, assim como trazido pelos autores acima citados, um dos meios de controle social é a supressão da privacidade dos indivíduos envolvidos. Porém, deve-se considerar que o modelo estatal sequer chegava perto de ser uma democracia. O Partido de Orwell, através do *Big Brother*, governava tiranamente seus súditos. O modelo panóptico de Bentham e de Foucault foram estruturas também utilizadas para opressão. É difícil visualizar esse cenário em um Estado Democrático de Direito, onde os indivíduos são sucumbidos arbitrariamente à vigilância. Porém, não se nega sua impossibilidade, é um fato que pode, sim, acontecer.

Ora, mas o que então sustenta a afirmação da comodificação de dados? A própria conduta social. Bauman (p. 7) atribuiu-nos o adjetivo de “*hyperlink humano*”. Sua obra *Vida para Consumo* descreve corriqueira transformação da pessoa em mercadoria (BAUMAN, 2008). Para o autor, as pessoas “são, ao mesmo tempo, os promotores das *mercadorias* e as *mercadorias que promovem*. São, simultaneamente, o produto e seus agentes de *marketing*, os bens e seus vendedores” (BAUMAN, 2008, p. 12). Além disso, “o

novo individualismo, o enfraquecimento dos vínculos humanos e o definhamento da solidariedade estão gravados num dos lados da moeda cuja outra face mostra os contornos da globalização-negativa” (BAUMAN, 2007, p. 30). O autor coloca a globalização como um processo predatório e parasitário alimentado pelo substrato dos Estados-nações e de seus sujeitos (BAUMAN, 2007, p. 30). Por que o direito, então, ainda persiste em afirmar uma conduta principiológica incompatível com a realidade? A economia e o voraz mercado capital estão muito à frente das concepções jurídicas protetivas. Independentemente de existir ou não a tutela prevendo a vedação ou a autorização do tratamento de dados ao mercado é atribuído sua tarefa *sui generis*: circulação de capital. E um dos meios para isso é a coleta e o tratamento de dados.

O que dificulta ainda mais esse cenário é a inexistência de um tratado a nível internacional regulando e tutelando os dados pessoais. Em primeiro lugar, não se pode afirmar pela inexistência de regulamentos protetivos contra a ação feita pela *Cambridge Analytica*. Ao contrário, na União Europeia (1995), a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, esteve vigente até maio de 2018, pois sofreu uma drástica atualização e foi revogada pelo Regulamento (UNIÃO EUROPEIA, 2016) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, ficando esse conhecido como o novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) ou *General Data Protection Regulation* (GDPR). Inúmeros outros dispositivos legais no território estadunidense também podem ser detectados e elencados.¹³

¹³ *The Federal Trade Commission Act* (15 U.S.C. §§41-58), *The Financial Services Modernization Act* (Gramm-Leach-Bliley Act (GLB)) (15 U.S.C. §§6801-6827), *The Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA) (42 U.S.C. §1301 et seq.), *The Fair Credit Reporting Act* (15 U.S.C. § 1681), *The Controlling Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act* (CAN-SPAM Act) (15 U.S.C. §§7701-7713 and 18 U.S.C. §1037), *The Electronic Communications Privacy Act* (18 U.S.C. §2510) and *The Computer Fraud and Abuse Act* (18 U.S.C. § 1030). JOLLY, Leuan. *Data protection in the United*

No mais, uma gama de países detém suas legislações pretendendo regular o direito à privacidade, com especial enfoque na coleta e tratamento de dados. No Canadá há cinco estatutos que pretendem regular o direito à privacidade: 1) o *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA); 2) o *Alberta's Personal Information Protection Act* (PIPA Alberta); 3) o *British Columbia's Personal Information Protection Act* (PIPA BC); 4) o *Québec's An Act Respecting the Protection of Personal Information in the Private Sector* (Quebec Privacy Act); e 5) o *Personal Information Protection and Identity Theft Prevention Act* (PIPIPTA) (PIPER, 2018).

No México (2010) há *Ley Federal De Protección De Datos Personales En Posesión De Los Particulares de 5 de julio de 2010*. Na Colômbia (2012), a *Ley Estatutaria 1581 de 2012 Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1377 de 2013: por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*, regula o assunto. A Argentina (2000) também dispõe de uma legislação própria, desde 2000.

Cada território australiano, excetuado os territórios sul e oeste, possuem uma legislação própria discorrendo sobre a proteção de dados pessoais. São eles: *Information Privacy Act 2014* (Australian Capital Territory) (AUSTRALIA, 2014); *Information Act 2002* (Northern Territory) (AUSTRALIA, 2002); *Privacy and Personal Information Protection Act 1998* (New South Wales) (AUSTRALIA, 1998); *Information Privacy Act 2009* (Queensland) (AUSTRALIA, 2009); *Personal Information Protection Act 2004* (Tasmania) (AUSTRALIA, 2004); e *Privacy and Data Protection Act 2014* (Victoria) (AUSTRALIA, 2014).

O Japão (2003) tem o *Act on the Protection of Personal Information* ("APPI"), elaborado em 2003, mas com seu vigor a

partir de 2005, e que foi severamente modificado, em 2016, com vigor a partir de 30 de maio de 2017, para atendimento e compatibilidade das normas dispostas no GDPR.

Finalizando, a proteção de dados em terras brasileiras é disposta apenas genericamente pela Lei 12.965/2014 (BRASIL, 2014) (Marco Civil da Internet). O Projeto de Lei 5.276/2016 (BRASIL, 2016) surge com uma proposta e abordagem mais detalhada semelhante ao RPGD, para incrementar e regular a política de coleta e tratamento de dados onde o Marco Civil da Internet deixou a desejar.

Em todos esses normativos podemos detectar artigos exigindo algumas peculiaridades relativas ao consentimento autorizador da coleta e tratamento de dados. Deverá ele ser obtido através de uma manifestação de vontade livre, específica, informada, expressa e explícita. A problemática na obtenção desse consentimento é de dimensão ainda maior. Nenhuma dessas diretrizes consultadas estipula a maneira como ele deverá ser colhido.¹⁴ Como as Políticas de Privacidade são pré-estabelecidas em condições gerais em um contrato eletrônico na modalidade de adesão, incumbe ao usuário em causa ler todas as diretrizes estabelecidas e consentir marcando uma caixa de diálogo que leu e concorda com os termos. A partir disso, o consentimento naquela relação contratual será cedido e o fornecedor dos serviços autorizado a realizar a coleta e tratamento de seus dados.

Diante desse cenário, é possível continuar afirmando a privacidade como direito inaccessível e impassível de quantificação econômica? Ainda que esses normativos regulem explicitamente a tutela de dados eles encontrarão barreiras territoriais e de soberania que impedem a aplicação de sua legislação em outro Estado. O simples fato de existir uma lei em um determinado país é suficiente

¹⁴Referimo-nos ao meio em que será ele obtido. Por exemplo: possibilitar que o usuário em causa “assine” digitalmente a política de privacidade seria uma forma eficaz de expressar seu consentimento. Ao nosso ver, a simples marcação de uma caixa de diálogos é insuficiente para obtenção desse consentimento.

apenas para regular as relações pactuadas e oriundas internamente daquele território ou grupo econômico, se houver (UE, por exemplo). Caso contrário, a eficácia do Marco Civil da Internet, ou do Projeto Lei 5.276/2016, se aprovado, em qualquer outro país que inexistia tratado de reciprocidade é basicamente zero. A construção utópica dessa principiologia protetiva é incapaz de tutelar os diversos direitos relativos à privacidade. Por esse motivo, o posicionamento que se chega é pela comodificação dos dados pessoais com sua consequente alienação. Os contratantes - desde que observados critérios legais e a autonomia privada - poderão se conciliar em um cenário tormentoso. Atualmente, apenas o fornecedor dos serviços, ou quem coleta os dados, aufere valor econômico do tratamento destes. A proposta é pela participação do titular, vez que o fato já acontece comumente na prática e ainda se discute sobre a impossibilidade de cessão e alienação desses dados. Essa discussão, em suma, é a representação de um Direito sem facticidade.

5. Conclusão

A descrição do direito para com uma sociedade complexa é algo desafiador. Sua compatibilidade, então, é ainda mais problemática. Se de um lado temos pretensões protetivas para determinados direitos que já não podem mais ser qualificados como indispensáveis, inessíveis ou inalienáveis, de outro temos o sistema mundial se autorregulando e determinando as regras que o Direito deve regular. Persistir em uma incompatibilidade entre o próprio Direito e o sistema é persistir na ineficiência, precariedade e defasagem daquele. De modo algum preza-se pela aceitação de algo desumano (v. g. tortura), mas pelo simples reconhecimento da incapacidade de o Direito regular tudo.

O direito à privacidade já não pode mais ser concebido como um direito à personalidade que seja inessível, inalienável e impassível de quantificação econômica. A rotineira visão nos

demonstra isso. Empresas especializadas em coleta e tratamento de dados lucram bilhões por conseguirem utilizar os dados como modelo de mercadoria. Isso já acontece há tempos e continuará a acontecer. Enquanto isso, aqueles que descrevem o direito persistem em afirmar utopias principiológicas de certa maneira ineficazes perante o quadro global. Esse comportamento é o pretendo Direito sem facticidade.

Pelo explicitado, chega-se à conclusão da ressignificação da privacidade como direito passível de disponibilidade, conferindo ao seu titular, sob o prisma da autonomia privada, possibilidade de aliená-lo bem como queira. E essa alienação pode ser considerada uma amenização desse voraz quadro capitalista. De certo modo, o único que auferir vantagem econômica na coleta e no tratamento de dados, hoje é o fornecedor dos serviços. O usuário em causa, titular desses dados, sequer tem a possibilidade de ver uma mínima quantia desse valor. Portanto, ressignificar e reconceituar a privacidade seria uma porta aberta para a inclusão de uma visão subjetiva do indivíduo em uma visão objetiva de mundo e, também, para a compatibilização do direito com a facticidade.

Referências

ANALYTICA, Cambridge. Disponível em: <<https://cambridgeanalytica.org/>>. Acesso em 23 abr. 2018.

ARGENTINA. **Argentina Personal Data Protection Act: October 30th, 2000.** Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpadm/unpano44147.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

AUSTRALIA. **Information Act 2002.** Disponível em: <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nt/consol_act/ia144/>. Acesso em 25 abr. 2018.

AUSTRÁLIA. **Information Privacy Act, 2009 (Queensland)**. Disponível em: <<https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/inforce/current/act-2009-014>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

AUSTRÁLIA. **Information Privacy Act, 2014**. Republication n. 8. Effective: 1th January 2018. Disponível em: <<http://www.legislation.act.gov.au/a/2014-24/current/pdf/2014-24.pdf>>. Acesso em 25 abr. 2018.

AUSTRÁLIA. **Personal Information Protection Act 2004**. Disponível em: <<https://www.legislation.tas.gov.au/view/html/inforce/current/act-2004-046>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

AUSTRÁLIA. **Privacy and Data Protection Act 2014 (Victoria)**. Disponível em: <[http://www.legislation.vic.gov.au/domino/web_notes/ldms/pubstatbo ok.nsf/f932b66241ecf1b7ca256e92000e23be/05CC92B3F8CB6A6BCA257D4700209220/\\$FILE/14-060aa%20authorised.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/domino/web_notes/ldms/pubstatbo ok.nsf/f932b66241ecf1b7ca256e92000e23be/05CC92B3F8CB6A6BCA257D4700209220/$FILE/14-060aa%20authorised.pdf)>. Acesso em 25 abr. 2018.

AUSTRÁLIA. **Privacy and personal information Protection Act 1988, n. 133**. Disponível em: <<https://www.legislation.nsw.gov.au/acts/1998-133.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. LYON, David. **Vigilância líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BOSWORTH, Andrew. *Tweeter*. Disponível em: <<https://twitter.com/boztank/status/975018461997887494>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. **Lei. 12.965**, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 23 abr. 2014. Art. 7º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. **Projeto Lei 5.276/2016**: Dispõe sobre a regulamentação do tratamento de dados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*. **The Guardian**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CASTELLS, Manuel. **Communication Power**. New York: Oxford University Press, 2009.

CONFESSORE, Nicholas; HAKIM, Danny. *Data firm says 'secret sauce' aided Trump; Many Scoff*. **The New York Times**. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/03/06/us/politics/cambridge-analytica.html>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.); MACHADO, Costa (Org.). **Código Civil**: interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2017, p. 49-50.

COLÔMBIA. **Ley Estatutaria 1581 de 2012 Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1377 de 2013: por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=49981>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

DAVIES, Harry. *Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users*. **The Guardian**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-ted-cruz-president-campaign-facebook-user-data>>. Acesso em 23 abr. 2018.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 72, n. 567, p. 37, jan. 1983.

GHOSH, Shona. *The power players behind Cambridge Analytica have set up a mysterious new data company.* **Business Insider**. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/cambridge-analytica-executives-and-mercier-family-launch-emerdata-2018-3?r=UK&IR=T>>. Acesso em: 22 maio 2018.

GOLD, Matea, SELLERS, Frances Stead. *After working for Trump's campaign, British data firm eyes new U.S. government contracts.* **The Washington Post**. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/after-working-for-trumps-campaign-british-data-firm-eyes-new-us-government-contracts/2017/02/17/a6dee3c6-f40c-11e6-8d72-263470bfo401_story.html?noredirect=on&utm_term=.2d71657f755c>. Acesso em: 23 abr. 2018.

GRANVILLE, Kevin. *Facebook and Cambridge Analytica: what you need to know as fallout widens.* **The New York Times**. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebook-cambridge-analytica-explained.html>>. Acesso em 23 abr. 2018.

JAPÃO. *Act on the Protection of Personal Information*, n. 57 of 2003. Disponível em: <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/APPI.pdf>>. Acesso em 27 abr. 2018.

JOLLY, Leuan. *Data protection in the United States: overview.* **Thomson Reuters: Practical Law**. Jul. 2017. Disponível em: <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-502-0467?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-502-0467?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)> Acesso em: 27 abr. 2018.

KOGAN, Alexandr. *Brown bag Guest Speaker Dr. Alex Kogan on 2 december.* **NUS Psychology**. Disponível em: <<http://blog.nus.edu.sg/psychology/2014/11/24/brown-bag-guest-speaker-dr-alex-kogan-on-2-december/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

KOGAN, Alexandr. *Written evidence submitted by Alexandr Kogan.* Disponível em: <<https://www.parliament.uk/documents/commons-committees/culture-media-and-sport/Written-evidence-Aleksandr-Kogan.pdf>> . Acesso em: 25 abr. 2018.

MCKENNA, Brian. *The Cambridge Analytica case: what's a data scientist to do?* **Computer Weekly**. Disponível em: <<https://www.computerweekly.com/news/252437738/The-Cambridge-Analytica-case-whats-a-data-scientist-to-do>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÉXICO. *Ley Federal De Protección De Datos Personales En Posesión De Los Particulares de 5 de julio de 2010*. Disponível em: <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. 1. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIPER, DLA. *Data protection laws of the word: Canada*. Disponível em: <<https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=law&c=CA>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

REUTERS. *Facebook has lost \$70 billion in 10 days – and now advertisers are pulling out*. **Financial Post**. Disponível em: <<http://business.financialpost.com/technology/u-s-ftc-investigating-facebooks-privacy-practices>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

ROSENBERG, Matthew; FRENKEL, Sherra. *Facebook's role in data misuse sets off storms on two continents*. **The New York Times**. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/03/18/us/cambridge-analytica-facebook-privacy-data.html>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

SCHWARTS, Mattathias. *Facebook failed to protect 30 million users from having their data harvested by Trump Campaign affiliate*. **The Intercept**. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/03/30/facebook-failed-to-protect-30-million-users-from-having-their-data-harvested-by-trump-campaign-affiliate/>>. Acesso em 23 abr. 2018.

SOLON, Olívia; LAUGHLAND, Oliver. *Cambridge Analytica closing after Facebook data harvesting scandal. The Guardian*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/uk-news/2018/may/02/cambridge-analytica-closing-down-after-facebook-row-reports-say>>. Acesso em: 22 maio 2018.

UNIÃO EUROPEIA, **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31995L0046>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. 2016. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 1890.

WEAVER, Matthew. *Cambridge University rejected Facebook study over 'deceptive' privacy standarts, The Guardian*. Disponível em:< <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/24/cambridge-university-rejected-facebook-study-over-deceptive-privacy-standards>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

WONG, Julie Carrie. *Mark Zuckerberg faces though question in two-day congressional testimony – as it happened. The Guardian*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/live/2018/apr/11/mark-zuckerberg-testimony-live-updates-house-congress-cambridge-analytica>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

A natureza jurídica do *software* e suas implicações tributárias

Ludmila Ramos de Paula Zanetti¹

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto analisar a natureza jurídica dos programas de computador denominados *software*, desde o ponto de vista doutrinário e prático, a fim de buscar as implicações tributárias atinentes ao tema.

A justificativa do estudo se mostra plausível e relevante, devido ao desenvolvimento tecnológico acelerado que, afeta a sociedade. E juntamente com isso, a necessidade de a norma jurídica oferecer uma proteção eficaz e clara para os programas de computador.

Foi a Convenção de Berna de 1886, o primeiro instrumento jurídico que tutelou os direitos autorais no mundo. Antes de sua adoção, os países negavam o reconhecimento em seus territórios de direitos de autores estrangeiros. O Brasil tornou-se signatário da Convenção de Berna em 1975, com o Decreto nº 75.699 (BRASIL, 1975).

Na defesa dos direitos atinentes aos *softwares* (programas de computador) ficou estabelecido que, a proteção dos mesmos seria a das obras literárias, ou seja, aquelas atinentes aos direitos autorais

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

que, estão na Lei nº 9.610/98, observada a legislação específica, conhecida como “Lei do *Software*” – Lei nº 9.609/98 (BRASIL, 1998).

Com a definição da natureza jurídica dos programas de computador como direitos autorais, restaram as implicações que tal definição causaria no direito tributário, pois como a criação e comercialização de *softwares* afeta a sociedade e, movimenta a economia mundial, começam as disputas entre Estados e Municípios pelos tributos arrecadados

A arrecadação de tributos foi e ainda é motivo de disputas acirradas no judiciário brasileiro, que vive um cenário de aumento gradual de ações em matéria tributária.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que uma modificação no direito privado é capaz de trazer reflexos ao Direito Tributário e, desta forma é tema de alta relevância teórica e prática. Afinal, como a lei tributária não pode modificar os conceitos e institutos do direito privado (art. 110, CTN), as mudanças ocorridas nesses institutos pela lei civil irão, de modo consequente, alterar as relações jurídico-tributárias

2. Conceito de *software*

Fedeli, Polloni e Peres, (2010, p. 9) conceituam *software* como:

Software é todo e qualquer programa processado por um computador para executar tarefas e/ou instruções das quais resulte impressão de relatório, armazenamento de informação, transmissão de informação ou, ainda, mostrando informação em periférico de saída. O *software* representa o elemento sem o qual o problema existente entre usuário, empresa e máquina não poderia ser resolvido.

O *software* seria um conjunto de algoritmos, codificados em uma programação, que é executada através de um hardware que, pode ser um computador, um celular, e etc.

Ainda conforme Ricardo Daniel Fedeli, Enrico Giulio Franco Polloni e Fernando Eduardo Peres (2010) “[...]como os hardwares os *softwares* também passaram por grandes mudanças, não só pelo desenvolvimento das máquinas, mas pela necessidade de tornar-se acessível ao consumidor final.” (FIDELI, POLLONI, PERES, 2010, p. 4).

Diante dos avanços tecnológicos foram surgindo softwares com novas interfaces criando a necessidade de mudanças nos hardwares, que por sua vez são constituídos pela parte física do computador que, seria todo componente que faça parte de uma máquina, interna ou externamente.

A Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, (que revogou a Lei 7.646, de 1987) que trata da proteção da propriedade intelectual de programa de computador, conceitua em seu artigo 1º, o programa de computador:

Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados. (BRASIL, 1998)

Desta forma entende-se que para caracterização de *software*, ou seja, de um “programa de computador” é necessário que haja um conjunto de comandos que, incorporado a uma máquina, realize determinada função

3. A necessidade de proteção dos dados

Como a proteção jurídica dos programas de computador é tema controverso que, a muitos anos tem chamado a atenção de muitos pesquisadores do direito, e provocado grandes discussões no judiciário devido à importância econômica e científica que os

softwares possuem, é necessário que o tema seja amplamente discutido.

Aliado a esse fato, nota-se a importância de tais programas serem usados para facilitar a vida dos usuários e com o armazenamento de dados é possível descobrir, por exemplo, como grupos terroristas planejam seus ataques, ou até mesmo impedir sua ocorrência, a partir da análise dos dados dos milhões de usuários por todo mundo que, usam algum tipo de *software*.

Recentemente em março de 2018, foi aprovado nos EUA a lei chamada de Cloud Act (sigla para *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*, ou “Lei para Esclarecer o Uso Legal de Dados no Exterior”, em tradução livre). O texto prevê a possibilidade de a justiça americana solicitar a apresentação de dados digitais de servidores que estejam dentro e fora do país. (MENDES, 2018). A lei também abre espaço para que as empresas detentoras de tais informações, como Facebook, Windows, Mac OS, Titus (*software* base da Netflix), entre outros possam contestar o mandado de apresentação dos dados.

Tal legislação poderá afetar vários países incluindo o Brasil, por causa do acordo de assistência judiciária, feito entre o Brasil e o governo americano, previsto no Decreto nº 3.810/01, que dispõe no artigo 1º, “1. As Partes se obrigam a prestar assistência mútua, nos termos do presente Acordo, em matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal” (BRASIL, 2001).

Por esse e outros motivos é necessário que haja regulação na criação, implantação e comercialização dos softwares, para proteger seus criadores, os usuários e toda sociedade.

4. Natureza jurídica do *software* como direito autoral

Nos anos 50 até final dos anos 60 era impossível acreditar que um *software* poderia funcionar sem estar ligado a um hardware (máquina). Os computadores eram máquinas enormes e não existia a preocupação de transferência de dados para terceiros. A partir de

1970 o *software* passou a ser produzido e comercializado separadamente, sem a necessidade de estar conectado a um hardware.

Na busca pela definição da natureza jurídica do *software*, existem alguns dados históricos que devem ser observados. Em 1973 com a Convenção sobre a Patente Europeia ou Convenção de Munique, ficou estabelecido o procedimento para concessão de patentes para os estados signatários. Com esta convenção foram fechadas as portas da proteção das patentes para os programas de computador.

Restou a possibilidade de proteção dos *softwares* através dos direitos do autor já reconhecidos através da Convenção de Berna (1975) e a Convenção de Genebra (1960) que têm como objetivo a proteção dos direitos do autor.

De acordo com Lobo (1984, p.9):

Cabe ressaltar que os programas de computador são obras literárias, no sentido em que essa expressão é empregada pelas Convenções de Berna e de Genebra, classificando-se comodamente na categoria "outros escritos" e "escritos" prevista nas listas exemplificativas de obras protegidas constantes, respectivamente, dos arts. 1º e 19 daqueles tratados internacionais. (LOBO, 1984, p. 9)

Como o Brasil é signatário de tais convenções, não poderá as normas internas irem contra as normas jurídicas superiores. Desta forma, tanto a Lei de Direitos autorais Lei nº 9.610 (1998a) quanto, a Lei nº 9.609 (1998b), seguem as normas estabelecidas pelas Convenções de Berna e Genebra, por se tratarem de convenções internacionais ratificadas pelo país. (BRASIL, 1998a; BRASIL, 1998b; BRASIL, 1975; BRASIL, 1960)

Importante destacar que os direitos do autor não protegem as ideias, enquanto forem apenas ideias, por causa da liberdade de expressão, mas a lei protege o resultado da materialização das ideias no mundo real, através de obras. E com a materialização das ideias através da criação de obras, de acordo com Lobo (1984, p.5) têm-se

a “necessidade da ordem jurídica de proteger o autor contra indevidas apropriações de terceiros”.

As discussões em torno da natureza do *software* sempre foram intensas, de um lado, aqueles que defendiam que os programas de computador deveriam ser protegido pelos direitos do autor e, do outro lado, autores que defendiam que o programas de computador (*software*) era propriedade industrial, sendo assim, deveria ser incluído como objeto das patentes. Porém prevalece hoje o entendimento de que o *software* tem natureza de direito autoral.

Desta forma, conforme art., 7º, inciso XII da Lei nº. 9.610/98, os programas de computador são definidos como obras intelectuais, a saber:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

XII - os programas de computador;

Segundo Afonso (2009, p. 10):

[...]podemos afirmar que o direito de autor é o direito que o criador de obra intelectual tem de gozar dos produtos resultantes da reprodução, da execução ou da representação de suas criações. Portanto, de forma bastante primária, quando falamos de direito de autor, estamos nos referindo às leis que têm por objetivo garantir ao autor um reconhecimento moral e uma participação financeira em troca da utilização da obra que ele criou. (AFONSO, 2009, p.10)

De acordo com Afonso (2009, p. 12) o direito autoral traz proteção para a criação e não para o autor, que apenas se beneficia da proteção.

Ao ser reconhecido como propriedade intelectual gozam os programas de computador das proteções atribuídas pelo direito autoral, como o longo prazo de proteção que de acordo com o art. 2º, §2º da lei nº 9.609/98, é “de cinquenta anos contados a partir

de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação” (BRASIL, 1998) ou da “criação”. Conta também com a inexistência de custos com patentes, pois sendo obra literária a proteção é automática.

Há também diferenças entre a Lei de direitos autorais e a Lei de proteção ao programa de computador. No artigo 6º da lei nº 9.609/98 de proteção ao programa de computador há limites aos direitos do autor:

Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu (BRASIL, 1998).

Outra diferença é que a Lei nº 9.609/98 no seu art. 10, §§1º e 2º prevê a nulidade de cláusulas contratuais:

§ 1º Serão nulas as cláusulas que:

I - limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, em violação às disposições normativas em vigor;

II - eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

§ 2º O remetente do correspondente valor em moeda estrangeira, em pagamento da remuneração de que se trata, conservará em seu poder, pelo prazo de cinco anos, todos os documentos necessários à comprovação da licitude das remessas e da sua conformidade ao *caput* deste artigo. (BRASIL, 1998)

Com relação ao tratamento legal para a caracterização de violação de direito autoral a Lei nº 9.609/98, arts. 12-14, estabelecem que:

Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:
Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa. (BRASIL, 1998)

- Apuração do crime:

Art. 13. A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos casos de violação de direito de autor de programa de computador, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.(BRASIL, 1998)

- Ação civil:

Art. 14. Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.

§ 1º A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração.

§ 2º Independentemente de ação cautelar preparatória, o juiz poderá conceder medida liminar proibindo ao infrator a prática do ato incriminado, nos termos deste artigo. (BRASIL, 1998).

Já a Lei nº 9.610/98, determina no art. 29 a obrigatoriedade da “autorização prévia expressa do autor” para a “utilização da obra”, e no inciso IX, do referido artigo faz alusão aos programas de computador:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; (BRASIL, 1998).

A jurisprudência vem confirmando a natureza jurídica de direito autoral dos programas de computador, conforme Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça – Resp. 443119 / RJ, que teve por relatora a Ministra Nancy Andrighi da terceira turma, cuja ementa é a seguinte:

Direito civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Programa de computador (*software*). Natureza jurídica. Direito autoral (propriedade intelectual).

Regime jurídico aplicável. Contrafação e comercialização não autorizada. Indenização. Danos materiais. Fixação do quantum. Lei especial (9610/98, art. 103). Danos morais. Dissídio jurisprudencial. Não demonstração.

- **O programa de computador (*software*) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias.**

- Constatada a contrafação e a comercialização não autorizada do *software*, é cabível a indenização por danos materiais conforme dispõe a lei especial, que a fixa em 3.000 exemplares, somados aos que foram apreendidos, se não for possível conhecer a exata dimensão da edição fraudulenta.

- É inadmissível o recurso especial interposto com fulcro na alínea 'c' do permissivo constitucional se não restou demonstrado o dissídio jurisprudencial apontado.

- Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2003, **grifo nosso**)

Sobre a natureza jurídica do *software*, ao se analisar o conceito de *software* (programa de computador), é possível atestar suas características de obra literária, pois possui elementos que se enquadram nas obras protegidas pelas Convenções de Berna e Genebra e pela legislação dos Direitos Autorais Lei nº 9.610/98 e da

proteção da propriedade intelectual de programa de computador Lei nº 9.609/98.

5. As implicações tributárias dos *softwares*

Tributo é a obrigação que o contribuinte, pessoa física ou jurídica, deve pagar ao Estado, representado pela União, estados e municípios.

Conforme art. 3º do Código Tributário Nacional, entende-se por tributo:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (BRASIL, 1966).

Existem 5 (cinco) modalidades de tributos, a saber: os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios. Porém neste trabalho importa apenas 2 (duas) modalidades: os impostos e as taxas.

A definição de imposto está prevista no artigo 16 do CTN, “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.” (BRASIL, 1966).

Já a taxa de acordo com o art. 77 do CTN é o tributo que “têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.” (BRASIL, 1966).

5.1. Suporte físico e obra intelectual

Conforme o art. 1º da Lei 9.609/9, os *softwares* são contidos em suporte físico que, podem ser, USB ou CD-ROM's, por exemplo.

Com o avanço tecnológico, hoje há possibilidade de adquirir um software via download, sem a necessidade de um meio físico.

A partir da ideia de que há necessidade de um suporte físico para que os softwares sejam transferidos, não é possível confundir o suporte físico – sem software – que é mercadoria, com um suporte físico que contenha um *software*, pois este é uma obra intelectual de acordo com a legislação vigente, analisada anteriormente.

5.2. Tributação de *software* – incidência de ICMS ou ISS

O art. 481 do Código Civil (2002) define que “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.” Sendo assim deve ocorrer a mudança de titularidade da propriedade do bem, para que se estabeleça um contrato de compra e venda.

Contudo este fato somente ocorre em razão do suporte físico, já em relação ao *software*, conforme a Lei 9.609/98, o uso dos *softwares* no Brasil se dá por meio de contratos de licença, desta forma de acordo com a lei não há transferência da propriedade do programa, uma vez que o mesmo continua vinculado ao titular do direito autoral, o que acontece é a cessão ou licenciamento do direito de uso, independentemente da classificação dada ao software, seja “de encomenda” ou de “prateleira”, de igual forma se dá a proteção pelos direitos autorais.

O artigo 9º da “Lei do *Software*” trata sobre o disposto no parágrafo acima:

Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença. Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso (BRASIL, 1998).

Mesmo no caso de licença de uso, se faz necessária a comercialização, conforme se extrai do artigo acima.

Desta forma ao analisar as operações com softwares, nota-se que há prestação de serviços nas operações de comercialização de programas de computador, inclusive dos “de prateleira”, sendo assim, há incidência do ISS, pelo fato de a cessão e o licenciamento de direito de uso de *software* estarem presentes na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116 (2003), a qual dispõe sobre o ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza), a saber:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

[...]Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação. (BRASIL, 2003, **grifos do autor**)

Contudo a jurisprudência tem considerado em vários casos a incidência de ICMS sobre o suporte físico ou sobre o valor total da operação. O que resultou no ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5659 (2017), pela Confederação Nacional de Serviços (CNS) que, de acordo com notícia publicada no site do STF (2017), “com o objetivo de excluir a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as operações com programas de computador.” (BRASÍLIA, 2017)

Ainda, segundo a CNS (2017):

[...] as operações com *software* jamais poderiam ser tributadas pelo ICMS, sobretudo em razão de já estarem arroladas no âmbito de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), conforme definido pela Lei Complementar 116/2003. De acordo com essa norma, explica a entidade, tanto a elaboração de programas de computador quanto seu licenciamento ou cessão de direito de uso são considerados serviços e, como tais, pertencem

ao campo de incidência do ISS, cuja competência para arrecadação é única e exclusiva dos municípios e do Distrito Federal.

Desta forma, fica claro o conflito entre ICMS e ISS, uma disputa entre Estados e Municípios pela tributação das empresas de *softwares* que, representam um segmento da economia em crescimento contínuo e acelerado.

De um lado os Estados apoiam-se na liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal que na análise da legislação do Mato Grosso na ADIN 1945, concedida em 2010, que entendeu pela incidência do ICMS sobre os softwares adquiridos por downloads.

Já os municípios defendem que tudo que não for mercadoria é passível de incidência de ISS, desde que esteja na lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 alterada posteriormente pela LC 157 (2016). Alegam ainda que, o imposto estadual somente poderia incidir sobre mercadorias que possam ser objeto de circulação, conforme determina o art. 155, II, da Constituição da República (1988):

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (BRASIL, 1988).

Sendo assim deve necessariamente ocorrer a transferência de titularidade, para que haja a incidência de ICMS. Porém como já analisado, no caso de *software* não há transferência de titularidade, o que ocorre é a cessão do direito de uso.

Na busca de ampliar fatos geradores a Lei Complementar nº 116/2003 que foi alterada pela Lei Complementar nº 157/2017, incluiu novos tipos de serviços. Da mesma forma os Estados, através do Convênio ICMS nº 106/17 editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) em 29 de setembro de 2017,

determinou as regras para incidência do ICMS sobre operações com “bens e mercadorias digitais”.

Tal convênio que passou a produzir efeitos em 1º de abril de 2018, foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (Brasscom). Na petição de ADI (2018, p. 48) a Brasscom afirma que:

Com efeito, o criativo contorcionismo vernacular estampado na expressão “bens e mercadorias digitais”, em associação à enumeração de suas espécies como “softwares, programas, [...] e congêneres”, além de representar uma *contradictio in terminis*, consubstancia, claramente, definição de fato gerador por meio de ato administrativo convenial – instrumento com total e cabal carência de competência jurídica para tanto – a partir de equivocada pressuposição de autorização a partir de lei complementar. Trata-se, na prática, de disposição inconstitucional e ilegal de hipótese de incidência tributária. (MEGOZZI, MOURA, 2018, p.48).

O assunto é controverso entre Estados e municípios, mas a Constituição da República, vem sanar esta dúvida em seu artigo 155, § 2º, inciso IX, a saber:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IX - incidirá também:

[...]

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

Desta forma a Constituição da República determina que o ICMS poderá incidir quando ocorrer uma prestação de serviço com fornecimento de mercadoria, inclusive sobre o valor total da operação, porém tal cobrança somente incidirá caso o serviço não esteja abrangido pela incidência do ISS.

Enquanto não se legisla sobre a matéria, de maneira clara, resta ao contribuinte proceder conforme os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

5.3. *Software de prateleira e por encomenda*

No RE 176.626-3/SP, o ministro Sepúlveda Pertence faz uma distinção entre “software de prateleira” e “software de encomenda”, (1998, p. 318/319)

[...] a circulação de cópias ou exemplares de programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, isto é, do chamado "software de prateleira [...] Já os programas "por encomenda" ou "à medida do cliente" são desenvolvidos a partir do zero para atender às necessidades específicas de um determinado usuário (BRASIL, 1998).

Os *softwares* de prateleira são aqueles desenvolvidos para o comércio e distribuição em larga escala, como por exemplo, os pacotes do Office e o Windows.

A Sefaz/MG – Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais – é o órgão que tem por finalidade planejar, coordenar, executar e avaliar a política tributária e fiscal do Estado. Em uma consulta de contribuinte, a Sefaz apresentou resposta esclarecendo sobre a incidência de ICMS sobre a comercialização de softwares de prateleira, inclusive aqueles adquiridos por meio de download.

Conforme a consulta de contribuinte nº 054 (2014):

Relativamente aos denominados softwares de prateleira, essa Diretoria já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que

a elaboração e comercialização do chamado “software de prateleira” é operação incluída no campo de incidência do ICMS, tendo por base de cálculo o valor correspondente a duas vezes o valor de mercado do suporte informático, devendo este ser objeto de apuração pelo contribuinte, conforme determinado no art. 43, inciso XV, alínea “b”, do RICMS/02. Cumpre salientar que pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.945, cujo acórdão foi publicado em 14/03/2011, restou assegurado que a condição de mercadoria do denominado software de prateleira independente de estar disponível em mídia física ou para “download” [...] (SEFAZ-MG, 2014).

No que se refere a comercialização de *softwares* de prateleira produzidos em grande escala, as operações realizadas são equiparadas às operações com mercadorias, mesmo quando adquiridos por meio de *download*, uma vez que a forma de aquisição não altera a natureza e a finalidade do produto.

Já os *softwares* “por encomenda”, são abrangidos pelo Decreto nº 7.708/12, que institui a NBS – Nomenclatura Brasileira de Serviços, Intangíveis e Outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio – que regula no Capítulo 15 os serviços de tecnologia da informação (BRASIL, 2012):

Capítulo 15 - Serviços de tecnologia da informação
Notas.

- 1) Na posição 1.1502:
- a) a expressão “programas não-personalizados (não customizados)” diz respeito aos programas para computadores adquiridos na forma que se apresentam e que, em regra, não permitem alterações com o intuito de atender necessidades particulares;
 - b) “aplicativos personalizados” são programas customizados, que atendem às necessidades específicas do seu adquirente ou usuário.
- [...]

1.1502	Serviços de projeto e desenvolvimento de aplicativos e programas em tecnologia da informação (TI)
--------	---

(BRASIL, 2012)

Tanto os programas não-personalizados, quanto aqueles programas que podem ser customizados, são *softwares* sob encomenda, cuja criação tem por objetivo satisfazer as necessidades de um usuário específico. E conforme determina a Lei Complementar 116/2003 alterada pela LC 157/16, tanto a cessão ou licenciamento do direito de uso de programas de computadores são considerados serviço, sendo assim, haverá a incidência de ISSQN.

5. Conclusão

Mesmo ciente de que a natureza jurídica do *software* no que tange as implicações tributárias que tal definição pode trazer, tem sido assunto altamente discutido hodiernamente em razão da problemática vivenciada pelas “empresas” nas ações para definirem a (não) incidência de tributos, tranquiliza saber que tais discussões têm gerado soluções, a fim de amenizar as preocupações dos criadores e usuários dos *softwares* nas questões relativas ao tema.

Sabe-se o quanto é necessário delimitar a natureza jurídica do *software* para se afastar a possibilidade de ineficácia da proteção jurídica. Verifica-se quanto a existência de confusão quanto à distinção entre software de prateleira e software sob encomenda, acarretando em conflito de competência na tributação de operações com softwares. E uma vez alcançado êxito na conceituação do tema, há que se impor critérios de incidência dos impostos.

Por todo o exposto, não basta analisar a natureza jurídica do *software* para determinar uma correta incidência de tributos, mister se faz a criação de uma legislação clara e específica que, possa definir e limitar a competência tributária dos entes políticos sobre programas de computador (*softwares*).

Referências

AFONSO, Otávio. **Direito Autoral**: conceitos essenciais. Barueri: Manole, 2010.

BONIATI, Bruno Batista; PREUSS, Evandro; FRANCISCATTO, Roberto. **Introdução à informática**. Santa Maria, Red e-Tec Brasil, 2014.

BRASIL. **Código Civil**: de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/10406.htm> Acesso em: 03 de jul. 2018.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**: de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

BRASÍLIA. **Convênio ICMS 106 de 29 de setembro de 2017**. Disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidentem nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV106_17>. Acesso em: 04 de jul. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 3.810 de 2 de maio de 2001**. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 7.708 de 2 de abril de 2012.** Institui a Nomenclatura Brasileira de Serviços, Intangíveis e Outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio - NBS e as Notas Explicativas da Nomenclatura Brasileira de Serviços, Intangíveis e Outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio - NEBS. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/decreto/d7708.htm>. Acesso em: 04 de jul. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 75.699 de 6 de maio de 1975.** Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n. 116 de 31 de julho de 2003.** Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp116.htm>. Acesso em: 04 de jul. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n. 157 de 29 de dezembro de 2016.** Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp157.htm>. Acesso em: 04 de jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.609 de 19 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 443119 / RJ. Relatora: Nancy Andrighi – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 jun. 2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200712817&dt_publicacao=30/06/2003. Acesso em: 03 de jul. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1945. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 mai. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>>. Acesso em: 04 de jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5659. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5659&processo=5659>>. Acesso em: 04 de jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 176626-3/SP. Relator Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 nov. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222535>>. Acesso em: 04 de jul. 2018.

CNS questiona incidência de ICMS sobre operações com software. **Notícias STF**, Brasília, 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338177>>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

CONVENÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO AUTOR. **Convenção de Genebra**: assinada em Genebra, Suíça, em 6 de setembro de 1952. Disponível em: <<http://www.casadoautorbrasileiro.com.br/direito-autoral/convencao-de-genebra>>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

FIDELI, Ricardo Daniel; POLLONI, Enrico Giulio Franco; PERES, Fernando Eduardo. **Introdução à Ciência da Computação**. 2. Ed. São Paulo: Cengage, 2010.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **A proteção jurídica dos programas de computador**. Repertório FGV de periódicos e revistas - Doutrina, Rio de Janeiro, v. 158, p. 1-14, 1984.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEGOZZI, Enzo Alfredo Pelegrina; MOURA, F. C. Alexandre. **Ação direta de Inconstitucionalidade**. Distrito Federal, 8 de junho de 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/entidade-regras-icms-sofware.pdf>>. Acesso em: 04 de jul. 2018.

MENDES, Guilherme. **O que é o Cloud Act – e como a lei americana pode refletir no Brasil?**: Aprovada em março, lei obriga apresentação de dados independente se servidores estejam fora de sua jurisdição. **Jota**, São Paulo, 19 mai. 2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/cloud-act-lei-acesso-dados-outros-paises-19052018>>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

MINAS GERAIS. **Consulta de Contribuinte n. 054/2014**. Ementa: ICMS – Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) – Preenchimento – Em relação ao produto sem classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul, conforme informação da Receita Federal do Brasil, deverá ser informado o código “00” no campo relativo à NCM constante na NF-e. Belo Horizonte, 13 mar. 2014. Disponível em: <http://www6.fazenda.mg.gov.br/sifweb/MontaPaginaPesquisa?pesqBanco=ok&login=false&caminho=/usr/sef/sifweb/www/empresas/legislacao_tributaria/consultas_contribuintes/cc054_2014.htm&searchWord=054/2014&tipoPesquisa=expressaoExata#ancora>. Acesso em: 04 jul. 2018.

PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO DE AUTOR. **Convenção de Berna para proteção das obras literárias e artísticas**: assinada na convenção da União de Berna, Berna, Suíça, em 9 de setembro de 1886. Disponível em: < http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

Direito, educação e escola: uma análise sobre o *homeschooling* (ensino domiciliar) no Brasil

*Camilla Ayala Felisberto Silva*¹

*Christlaine Aparecida de Souza*²

1. Introdução

Entre dois campos tão pertinentes de análises encontra-se um eixo de discussão a ser especificado neste trabalho, o espaço de aprendizagem, na linha tênue entre o lar e a escola, respaldado em polêmicas de legitimidade e ilegalidade. O *homeschooling*, traduzido para o português como ensino domiciliar, é o cerne da presente pesquisa, onde serão analisados os aspectos que envolvem esse fenômeno que possibilita aos pais ou responsáveis legais assumirem ou delegarem a terceiros a condução do processo de ensino e aprendizagem da educação básica, fundamental e média de crianças e adolescentes, sob uma crítica a respeito da obrigatoriedade da educação formal.

¹ Mestranda em Direito Privado pela PUC Minas; pós-graduada em Direito Civil Aplicado pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas; Bacharel em Direito pela PUC Minas; Advogada do Núcleo de Prática Jurídica – SAJ PUC Minas – E-mail: camilla.ayalaf@gmail.com.

² Mestranda em Educação pela PUC Minas; pós-graduada em Ensino de História pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas; pós-graduada em Neurociências Aplicada à Educação pelo Centro Universitário UNA; Licenciada em História pela PUC Minas; Professora da Educação Básica – E-mail: chris.historia25@gmail.com.

Internacionalmente a ideia encontra-se defendida e até mesmo regulamentada por alguns países. Entretanto, em se tratando do Brasil, verifica-se uma significativa discussão, tendo em vista a existência, dentro da legislação brasileira, de normas jurídicas que embasam os fundamentos de adeptos e contrários à temática, fazendo com que questionamentos a respeito dos limites de atuação do Estado e da família na educação de um menor sejam levantados.

O presente trabalho objetiva analisar as nuances que envolvem os argumentos dos defensores e opositores do *homeschooling*, mormente dentro da realidade brasileira, apresentando uma interlocução entre Direito e Educação, bem como analisando a importância do ambiente escolar para a formação do ser humano.

Para tanto, no que tange à metodologia utilizada, fora realizada uma pesquisa documental e análises interpretativas das legislações brasileiras e supralégais que envolvem a temática. Além de uma pesquisa bibliográfica desenvolvida a partir da leitura de livros e textos científicos de doutrinadores e pesquisadores que estudaram o assunto objeto deste trabalho.

A fim de abordar o conteúdo a partir dos elementos considerados indispensáveis à construção de uma análise crítica do objeto dessa pesquisa, o presente artigo se inicia com uma introdução sobre os métodos educacionais do século XVIII, apresentando a utilização da figura das preceptoras e suas contribuições no ensino daquela época. Passa-se, então, a um breve estudo sobre o conceito de *homeschooling*, a sua utilização em outros países e uma verificação legislativa que, diante da interpretação escolhida, legitima ou impede a aplicação do ensino domiciliar no Brasil.

Por fim, apresenta um diálogo interdisciplinar entre Direito e Educação, buscando demonstrar que a discussão necessita dessa transcendência de abordagem em ambas as áreas, a fim de alcançar uma solução que, acima de tudo, protege os direitos fundamentais

da criança e do adolescente e proporcione um desenvolvimento intelectual conforme as suas necessidades.

2. Uma educação no lar oitocentista brasileiro

Em ares imperiais brasileiros a educação dita como doméstica tornou-se uma constante nos lares abastados da sociedade, em alegação ao temor que os pais sentiam em relação ao preconceito, questões de saúde e a representação existente no status social diferenciado em que se encontravam. Tais fatores recorrem em uma tradição emergida da Europa Ocidental do século XVIII, saindo do campo de um privilégio das crianças nobres e emergindo tal prática aos filhos de comerciantes ricos, altos funcionários e as elites que refletiam os hábitos aristocráticos. Este movimento argumentava uma preparação mais adequada à vida adulta, convertido em um processo de progresso e ascensão social, e que já não partia de um pressuposto apenas das elites, mas aspirando-se em romper as outras camadas populacionais (VASCONCELOS, 2007).

No Brasil esta prática postula não só uma educação de caráter elementar, mas o ensino da leitura, escrita e as contas e uma formação mais específica para a juventude, traçando assim, uma tutela educacional ao poder privado que posteriormente causará divergências com as novas aspirações políticas e sociais advindas do governo imperial. Segundo Vasconcelos (2007):

Sob a tutela do Estado Imperial, a educação escolar se dá na esfera pública em contraponto à educação doméstica que, aplicada à esfera privada, permanece nas elites como forma de resistência à interferência do Estado na educação e como diferencial ao projeto de escolarização das classes populares, evidenciando a divergência entre as expectativas de educação desses segmentos. Se a educação popular estava sob a tutela estatal, a das elites iria se diferenciar na medida em que se conserva distante desta intervenção (VASCONCELOS, 2007, p.25).

Diante das peculiaridades emergidas na sociedade brasileira imperial caracterizadas em linha tênue entre os hábitos rurais e urbanos, este último ditava um status social, gerando reflexos ao acesso as escolas existentes naquele contexto. Uma realidade em que um lado havia um desconhecimento da mesma, pois a prioridade pautava-se na luta pela sobrevivência diante das desigualdades que eram postas de forma precária e desumana. E de outro lado se beneficiava de uma educação doméstica que a cada dia tornava-se majoritária naquele contexto, permanecendo com um reconhecimento até o alvorecer da República, mesmo em uma postulação da existência de escolas em sua forma legítima, a educação doméstica prosseguia como um diferencial entre as classes mais abastadas brasileiras (VASCONCELOS, 2007).

2.1. As preceptoras e os seus ensinamentos

Neste universo em que o lar se denotava o cenário escolar, surgiram figuras denominadas preceptoras, com a função de reger o ensino das crianças. Esta figura em sua forma histórica coexiste em diversas dominações como: aia, governanta, tutora. Em uma definição de caráter sucinto, “a preceptora” caracteriza-se como uma mulher que ensina em âmbito domiciliar ou reside com uma família e tem a tarefa de fazer companhia e dar aulas às crianças. (LOPES, FARIA, VEIGA, 2003). Uma tradição emergida na Europa e que se expande no século XIX, chegando às terras brasileiras, engendrando-se ao cotidiano das elites brasileiras. (RITZKAT, 2003).

Quanto aos ensinamentos proferidos, estes vinham arraigados de muita rigidez em seus métodos profundos em disciplina e postura, adiante afirmado por Vasconcelos (2007):

Quanto aos métodos e conteúdos ensinados pelos preceptores, principalmente nas casas mais abastadas, havia um constante exagero de exigências, que aumentava, à medida que também eram maiores as expectativas em relação às crianças ou jovens. Em algumas casas, os mestres eram tão numerosos que se sucediam

de oito horas da manhã até oito horas da noite. Nenhuma surpresa se uma pequena criança de 11 anos respondesse em inglês ou francês a adultos quando solicitada (VASCONCELOS, 2007, p.167).

Em mais critérios de qualificação das preceptoras,

Às vezes, estrangeiras, contratadas para a educação das crianças e jovens da casa (filhos, sobrinhos, irmãos menores). Por vezes, encontram-se preceptoras denominados de aios ou amas, principalmente quando se trata da nobreza portuguesa. Ainda encontramos preceptoras atuando como governantas da casa, ou seja, não só administrando a educação das crianças, como administrando também a casa (VASCONCELOS, 2007, p. 39).

No que tangia às questões de especificidades femininas no contexto, as preceptoras ensinavam a costurar, fazer bainhas, pregar botões e tecer enxovais de bebês para doações, decorar trechos dos Evangelhos, aprender posturas sociais para a socialização com os adultos e responder cartas, dentre outras funções.

O modelo de família patriarcal da época era caracterizado pelo “pátrio poder”, onde cabia exclusivamente ao pater a administração completa da família, incluindo a forma de educar os filhos, podendo ser em ambiente escolar ou dentro do próprio lar.

Neste prisma de análise indaga-se qual o papel da educação no desenvolvimento da sociedade? Será apenas para alavancar mais abismos ou efetuar pontes entre as disparidades que assolam o meio em que vivemos? A educação doméstica em pleno século XIX brasileiro propiciou-se de privilégios colocou em evidência o papel de se educar e formar os filhos em um cenário privado, rodeado de preceptores, que elencavam uma educação para a manutenção de um *status quo* postulado na sociedade imperial.

3. O *homeschooling* do século XXI

O *homeschooling*, como é chamado o ensino domiciliar em grande parte do mundo, atualmente possui um forte número de

adeptos e, até mesmo regulamentação própria em países como Austrália, Japão, Nova Zelândia, Canadá, África do Sul, Reino Unido e Estados Unidos. Numa contagem geral, em média 63 países atualmente ou já autorizaram expressamente ou não proíbem o ensino domiciliar, mesmo apresentando uma legislação por vezes omissa ou contraditória (VIEIRA, 2012).

Conforme já aduzido, o *homeschooling* consiste no fenômeno em que pais ou responsáveis optam por trocar o ensino escolar pela educação dentro da própria casa, seja por eles mesmos ou por terceiros por eles contratados, sendo que tal ensino não alcança a educação superior, limitando-se ao ensino infantil, fundamental e médio. Essa escolha não se vincula necessariamente a uma adesão a programas e currículos advindos do sistema de ensino padronizado:

A modalidade em questão, no Brasil, é genérica quanto à metodologia aplicada, sobretudo pelo fato de não haver uma regulamentação, bastando defini-la como uma forma de educação em que os pais ou terceiros executam papel similar àquele exercido pelos professores nas escolas (GONÇALVES; ANDRADE, 2017, p. 111).

Conforme afirma Vieira (2012), nos anos sessenta e setenta filósofos da contracultura e educadores como Paul Goodman, Ivan Illich e John Holt – todos dos Estados Unidos – trouxeram questionamentos a respeito da eficácia das escolas modernas para alcançar os objetivos educacionais nas crianças e adolescentes e inspiraram um resistente movimento pela “*home education*” (outra nomenclatura para *homeschooling*), que resultou na retomada da adoção pela regulamentação do ensino domiciliar por diversas nações em seus ordenamentos jurídicos.

O ressurgimento da ideia no último século fez nascer um embate significativo no âmbito legal contrapondo o direito dos pais, ante a proteção da sua autonomia privada em escolher a forma de ensino e educação a serem aplicados a seus filhos, e a importância

do ambiente escolar para a formação do ser humano desde os seus aprendizados iniciais.

Em âmbito internacional, o *National Education Research Institute* (NHERI) é o maior instituto hoje responsável pelas estatísticas dos resultados provenientes das experiências dos países que já regulamentaram o *homeschooling* ou que, apesar de não regulamentarem, não proíbem o movimento. A pesquisa aponta que hodiernamente o país com maior número de crianças e adolescentes submetidas ao ensino domiciliar encontram-se nos Estados Unidos, chegando esse número há mais de 2 milhões de alunos.

No Brasil, paulatinamente a ideia ganha apoio, sendo hoje defendida e propagada, principalmente, pela Associação Nacional de Ensino Domiciliar (ANED), uma instituição sem fins lucrativos fundada em 2010, que busca a regulamentação do ensino domiciliar no país:

A principal causa defendida pela ANED é a autonomia educacional da família. Não nos posicionamos contra a escola, mas entendemos que, assim como os pais têm o dever de educar, têm também o direito de fazer a opção pela modalidade de educação dos filhos. Defendemos, portanto, a prioridade da família no direito de escolher o gênero de instrução a ser ministrado aos seus filhos. Esse direito está bem descrito na Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo XXVI, e no Código Civil Brasileiro, artigo 1.634 (ANED, 2010).

Segundo a ANED, após o reconhecimento pelo MEC (Ministério da Educação) da utilização do desempenho no ENEM como certificação de conclusão de ensino médio, em 2012, o número de adeptos do *homeschooling* no Brasil dobrou e atinge cada vez mais famílias.

Os motivos que geralmente levam os pais ou responsáveis a optarem pelo ensino domiciliar variam entre críticas ao sistema de ensino e às defasagens estruturais principalmente no ensino público brasileiro, além de questões relativas à violência, drogas, *bullying* e, até mesmo, argumentos de foro religioso e moral (BOTO, 2018).

Entretanto, por não haver consenso sobre a possibilidade de aplicação do *homeschooling* no Brasil, constantemente surgem debates acerca do assunto, tendo alguns casos chegado ao Poder Judiciário, sendo julgados por decisões antagônicas: de um lado os que encontram lacunas na legislação e defendem a liberdade de escolha dos pais; e de outro os que se reportam à dimensão socializadora da escola.

4. Uma análise sobre a (im)possibilidade da legalização do ensino domiciliar no Brasil

Por certo que, diante da constante difusão da retomada dessa ideia, em algum momento o assunto ganharia a dimensão necessária no judiciário brasileiro, como ocorreu em vários tribunais de justiça do país, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendesse a tramitação de todos esses processos em razão de um caso advindo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que chegou ao STF pelo Recurso Extraordinário 888815, sendo reconhecida a repercussão geral sobre o assunto nos seguintes termos:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 888815 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 04/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 12-06-2015 PUBLIC 15-06-2015).

De acordo com o ministro Luís Roberto Barroso a repercussão geral existe, pois envolve questões do ponto de vista social, jurídico e econômico, em razão da natureza do que é pleiteado, do alcance e interpretação das normas constitucionais referentes ao assunto,

além do impacto nos gastos públicos se reconhecido e legalizado o ensino domiciliar.

A Constituição da República de 1988 (CR/88) traz expresso em seu texto que a educação é direito fundamental da pessoa humana (art. 6º), estando inclusive elencado nos direitos sociais, justamente em razão da relevância do tema.

O artigo 205 da CC/88 dispõe que:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

O referido dispositivo serve de fundamento tanto para os defensores do ensino domiciliar quanto para os críticos: para aqueles, a obrigação do Estado é suplementar à família, cabendo a esta o dever primordial de decidir e optar pela forma de ensino que melhor entender aplicável; para os adeptos da educação convencional escolar, o aludido artigo deixa claro que o dever do Estado precede ao da família no que tange ao tema, comprovando-se o intuito do legislador pelo fato do termo “Estado” ser mencionado antes do termo “família”.

O debate também ocorre com o artigo 206 da CR/88, mormente a respeito do inciso III:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
 - II - Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
 - III - Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
 - IV - Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- [...] (BRASIL, 1988).

De um lado os intérpretes que defendem que “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas” dizem respeito à possibilidade de escolha pela família do método de ensino a ser aplicado. E, de outro, os que fazem uma leitura diversa, afirmando que o trecho em questão na realidade refere-se à escolha da família pela instituição de ensino que melhor se adequa ao menor, respeitando suas concepções morais e religiosas do núcleo familiar. “Além disso, para os tradicionalistas, o mesmo inciso faz menção ao princípio da coexistência entre as instituições escolares públicas e privadas, o que explicitamente demonstra a necessidade da instituição no meio social” (GONÇALVES; ANDRADE, 2017, p. 112).

Ainda dentro do texto constitucional, os defensores do *homeschooling* no Brasil se utilizam do disposto no artigo 229, que aduz ser dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores. Em contrapartida, o artigo 208 dispõe sobre o dever do Estado com a educação, impondo, inclusive, sanção à autoridade competente caso não haja oferta de ensino obrigatório:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

[...]

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (BRASIL, 1988).

Numa análise sobre deveres e obrigações no que diz respeito à educação, imperioso se faz mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trazem dois dispositivos (artigos 55 e 129, V) que deixam clara a obrigação dos pais de matricularem sua prole na rede regular de ensino, bem como acompanhar o desenvolvimento

escolar como frequência e aproveitamento. Dessa forma, conforme constataam Vieira e Silva (2017), resta notória a prevalência do Estado no que tange à oferta da educação.

Permanecendo a análise sobre as normas infraconstitucionais brasileiras, cabe ressaltar que o Código Penal em seu artigo 246 aduz ser crime o abandono intelectual: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa” (BRASIL, 1940).

No âmbito internacional, os tratados dos quais o Brasil é signatário também são fontes de fundamentação das discussões acerca da legitimidade do ensino domiciliar no país. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) traz em seu artigo 26 a obrigatoriedade do ensino básico e afirma que cabe aos pais escolher o gênero de educação que pretende dar a seus filhos:

Artigo 26

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (ONU, 1948).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, 1969), em seu artigo 12, permite aos pais ter direito à liberdade de educar seus filhos conforme suas concepções morais e religiosas:

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas

crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções (CADH, 1969).

De extrema e fundamental importância está a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), que regulariza a organização da educação nacional, com base no texto constitucional. Promulgada em 20 de dezembro de 1996, tem como base o direito universal da educação para todos, tendo trazido mudanças em relação a leis anteriores, incluindo, por exemplo, a educação infantil como a primeira etapa da educação básica:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (LDB, 1996).

Destacam-se, outrossim, os artigos 4º e 6º da LDB (1996), que reiteram as disposições da Constituição da República (1988), aduzindo ser dever do Estado garantir educação escolar pública gratuita à crianças e adolescentes dos 4 (quatro) a 17 (dezesete) anos, correspondendo à pré-escola, ensino fundamental e ensino médio. Além de estabelecer como obrigatoriedade aos pais ou responsáveis o dever de efetuar a matrícula de crianças no ensino formal a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

Diante de todo esse debate acerca da legislação vigente que envolve os questionamentos acerca do modelo educacional pátrio, percebe-se que de fato existem lacunas na legislação que permitem tanto os favoráveis quanto os opositores da ideia do *homeschooling* se basearem e fundamentarem suas ideologias.

Essas discussões fizeram surgir projetos de lei no país, todos dispondo de alternativas legislativas para legalizar o ensino domiciliar no Brasil, podendo citar: PL n. 3.179/2012, que se encontra em pauta na Comissão de Educação; o PL 3.179/2012 que está apensado ao anterior; o PL 490/2017 e o 28/2018, ambos aguardando tramitação.

Fato é que o tema possui uma complexidade além da discussão existente entre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de sua autorização. Faz-se necessário uma interlocução interdisciplinar, de modo a compreender as demais nuances que permeiam a temática, principalmente uma análise com a própria área da Educação. É o que se pretende na abordagem seguinte, no intuito de demonstrar que as preocupações acerca do assunto transpassam o viés jurídico e necessitam desse diálogo entre Direito e Educação trazendo, principalmente, um breve exame sobre as consequências práticas do ambiente escolar para a formação intelectual do ser humano em seu processo de formação.

5. Direito e educação: um diálogo interdisciplinar necessário

A Constituição da República de 1988 ao estabelecer que a educação seja um direito social do qual todo e qualquer indivíduo possui, pretende garantir à sociedade o mínimo para a construção de uma cidadania digna, que promove o desenvolvimento humanístico desde os primeiros anos de vida. Conforme aduz Vieira (2011), “a educação é, portanto, um ramo complexo dos direitos fundamentais que deve ser trabalhado juntamente aos demais ramos, tão importantes também à concretização desse direito” (VIEIRA, 2011, p. 155).

Estabelecer essa conexão entre Direito e Educação é de fundamental importância para se avaliar dentro de uma sociedade democrática as consequências de uma relativização do sistema de ensino formal existente atualmente.

A escola evoca-se um espaço de aprendizado, mas *à priori* revela-se um espaço de socialização, de experiências compartilhadas, retratando vitórias, fracassos ao longo do percurso e deixando marcas para a construção da vivência de um indivíduo. Nesta pertinência, Cury (2006, p. 670) aduz:

A família não dá conta das inúmeras formas de vivência de que todo o cidadão participa e há de participar para além dessa primeira socialização. Na consolidação de formas coletivas de convivência democrática a educação escolar dada em instituições próprias de ensino torna-se uma importante agência de socialização secundária para a vida social e formação da personalidade.

No espaço escolar experimentam-se, em premissa, formas de relacionar-se, de fazer amizades, de afirmação e de estranhamento, caracteres diversos que acumulam em memórias e desvela-se na essência de uma formação social e humana (ARROYO, 2014). E afirmando neste prisma analítico da socialização no espaço escolar, Daryell revela:

O cotidiano na sala de aula reflete uma experiência de convivência com a diferença. Independente dos conteúdos ministrados, da postura metodológica dos professores, é um espaço potencial de debate de ideias, confronto de valores e visões de mundo, que interfere no processo de formação e educação dos alunos. Ao mesmo tempo, é (mas poderia ser muito mais) um momento de aprendizagem de convivência grupal, onde as pessoas estão lidando constantemente com as normas, os limites e a transgressão (DARYELL, 1996, p.9).

Sob a ótica da interferência na formação dos alunos em uma ambientação de diversidade propiciado no espaço escolar, quanto

mais ocorre a exposição de experiências diversificadas, quanto mais tiver de dar conta de *ethos* e visões de mundo contrastantes, quanto menos limitar sua rede de relações em seus aspectos cotidianos, emergirá de forma marcante a sua autopercepção de individualidade singular, haja vista essa consciência da individualidade, transformando em uma fabricação de uma experiência cultural específica, culminando-se em uma maior elaboração de um projeto (VELHO, 1987). Em visão sobre a instituição escolar Cury debruça-se na análise de

Uma agência socializante, a instituição escolar propicia tanto a transmissão do acúmulo de conhecimentos por meio do desenvolvimento de capacidades cognoscitivas quanto a transmissão de normas, valores, atitudes relativas a vida social. O amadurecimento da cidadania só se dá quando a pessoa se vê confrontada por situações nas quais o respeito de seus direitos se põe perante o respeito pelo direito dos outros (CURY, 2013, p. 671).

Corroborando nesta análise, no prisma da Neurociência aplicada à Educação, diferentes ambientes culturais estimulam o desenvolvimento de diferentes habilidades (BERRY, 1983 *apud* ARDILA & ROSSELLI, 1989). Tais fatores, como os culturais e ecológicos desempenham um papel de forma relevante dos diversos estilos cognitivos, e neste pressuposto, devem ser considerados durante uma avaliação neuropsicológica. (MEDEIROS, 2014).

Retomando o aspecto da memória, o espaço escolar pode desencadeá-la em diferentes circunstâncias de tempo e espaço aos envolvidos ocasionando, assim, diversos sentimentos e posturas ao longo da trajetória de formação de um indivíduo, conforme aponta Arroyo:

Nesse exercício de memória foi se revelando que as lembranças da escola eram diferentes em cada um dos tempos de vida. De quando crianças a memória guarda lembranças mais positivas, mais lúdicas, mais cuidadosas e afetivas da escola e das professoras. De quando adolescentes e jovens as lembranças são

mais misturadas, às vezes predominando tratos duros, incompreensões, reprovações. A escola, a relação com as disciplinas, conhecimento e os mestres, toda essa experiência tão intensa é vivenciada de maneiras bastante diferentes de acordo com os tempos de vida por que passamos. A própria lógica escolar trata de maneira bastante diferenciada os educandos na diversidade de seus tempos de vida (ARROYO, 2014, p.243).

Diante dessa demonstração da pertinência do ambiente escolar para a formação intelectual, psíquica e relacional do indivíduo, resta indubitável o quanto a educação é relevante para a construção social de uma sociedade consciente e liberta para a absorção do aprendizado. “A educação é a forma de o Estado propiciar a seu povo liberdade de pensamento e de consciência” (VIEIRA, 2011). A oferta de práticas educativas pelo Estado deve estar em conformidade com os princípios fundamentais basilares para uma vida digna dentro de uma sociedade democrática. Resta clara o quão fundamental é a educação para a concretização da liberdade do indivíduo e para a construção de integrantes que são, acima de tudo, parte desse Estado. Mais relevante ainda, é o espaço escolar enquanto integrante da socialização pelo qual cada sujeito perpassa, conforme alude Cury (2013): “Como uma agência socializante, a instituição escolar propicia tanto a transmissão do acúmulo de conhecimentos por meio do desenvolvimento de capacidades cognoscitivas quanto a transmissão de normas, valores, atitudes relativas à vida social” (CURY, 2013, p. 33).

Por certo que o espaço escolar não está isento de propagação de vícios sociais ou preconceitos (VIEIRA, 2012). Afinal, toda e qualquer instituição social apresenta imperfeições, fazendo com que a cooperação entre Estado e família se torne indispensável, no intuito de que haja um assíduo acompanhamento na educação transmitida no meio.

Limitar o ensino da criança e do adolescente apenas no âmbito familiar, conforme almejam os defensores do *homeschooling*, reduz o campo de um pertencimento social mais amplo e enrijece a

interiorização de normas (CURY, 2013). É preciso compreender que defender o ensino domiciliar sob o argumento da pretensão de se manter os valores morais familiares ou se evitar consequências advindas de alguma falha no sistema tradicional não se sustenta, na medida em que a criança e o adolescente, por um percurso natural da vida, em algum momento será inserido no meio social onde se depararão com diferentes situações que confrontarão suas concepções. E dentro do âmbito escolar formal existem pessoas instruídas e capacitadas – inobstante as críticas quanto à prática e formação desses profissionais que geraria um estudo à parte - para conseguirem lidar com esse choque em que um menor é submetido quando da sua inclusão social nos primeiros anos de vida.

Ademais, o ambiente escolar também proporciona, em certa medida, como um segundo local de proteção da criança e do adolescente, conforme especifica Boto (2018, p. 1): “Em alguma medida, a escola se impõe na sociedade como um anteparo da família. Se alguma coisa corre mal na família, a escola está lá. E vice-versa. Deixar sob encargo exclusivo das famílias todas as oportunidades de educação parece, no mínimo, tarefa temerária”.

A instituição escolar precisa ser o primeiro espaço de reflexão de valores da cidadania e da democracia. Nessa medida entende-se que não basta simplesmente limitar a educação basilar no ambiente familiar. Mister se faz, antes de tudo, perceber o papel socializante da escola, um espaço onde se busca constantemente eliminar ou, ao menos, minimizar as diferenças, lutando pela inclusão e desenvolvendo não apenas o aprendizado, como também as demais necessidades sociais.

6. Conclusão

Que a educação é primordial e fundamental para o desenvolvimento dos ideais humanos é consenso para qualquer indivíduo. Árdua é a tarefa de avaliar qual o melhor espaço para

concretizar a formação de crianças e adolescentes a fim de garantir o respeito à democracia e a construção da cidadania.

Constatou-se nessa pesquisa que, ao longo da história a educação familiar postulada no cenário oitocentista brasileiro pautou-se em uma manutenção de privilégios a um *status quo*, ocasionando disparidades ao seu acesso e corroborando para a construção de um meio social segregado, haja vista, deixando resquícios em nossa contemporaneidade.

Hoje, retoma-se mundialmente a ideia de se educar crianças e adolescentes dentro do próprio lar, sob completa supervisão e orientação dos pais ou de terceiros por eles contratados, encontrando o referido ideário óbices na obrigatoriedade escolar estabelecida pelo Estado. No Brasil, percebe-se que a legislação não proíbe, mas também não permite o ensino escolar, o que provoca insegurança tanto para as famílias que já mantêm o ensino domiciliar, quanto para os defensores do ensino escolar formal. O assunto vem tomando pautas significativas no Judiciário Pátrio, tendo sido reconhecida a repercussão geral do assunto, demonstrando que é necessário abrir a discussão sobre o tema interligando as diversas áreas que influem a matéria.

Quando o Estado toma para si a responsabilidade de garantir e desenvolver formas de transmissão do conhecimento dentro das escolas, colocando como regra a obrigação dos pais em matricular seus filhos no sistema de ensino convencional, está na verdade obedecendo a princípios constitucionais amplos, com o objetivo de construir a própria democracia dentro do país. Busca-se a garantia de um desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, desenvolvendo, dentro do ambiente escolar, a transmissão do saber formal e a preparação dos sujeitos para a sua inserção no meio social.

Assegurar que é do Estado o papel de garantir o meio educacional através do sistema de ensino escolar não deve ser visto como limitador da autonomia privada da família. Mas sim, como uma exigência ao pleno desenvolvimento do ser humano, uma vez que é dever do Estado incumbir-se da formação de seus membros

permitindo que a cada um seja oportunizado exercitar a importância do outro no meio social

Ainda nos debruçamos em muitas particularidades que envolvem os fatores citados acima; mergulhamos em um universo de intensas variáveis ao universo escolar e do lar, e neste pressuposto, indagamos qual o espaço ideal de aprendizagem? Aquele munido da figura maternal ou paternal firmado em seu próprio lar, regido de um conhecimento isolado de uma socialização e aprendizagem de âmbito escolar e de uma convivência imediata e cotidiana com as demais pessoas? Ou um espaço escolar que reverbera conquistas, aprendizado, socialização, memórias, mas contrasta com situações conflitantes, na linha tênue do fracasso a vitória.

Diante de todas essas variáveis imperioso se faz afirmar que tanto o Estado quanto a família têm seu papel na formação educacional de crianças e adolescentes a fim de efetivar as garantias constitucionais e o bem-estar de cada indivíduo a partir de seus primeiros anos de vida. O trabalho precisa ser em conjunto, cada qual em seu espaço de obrigação, cada qual contribuindo com aquilo que possa ser capaz de preparar os sujeitos para a construção da cidadania respeitando as diferenças e trabalhando na valorização dos mecanismos democráticos.

Referências

- ARDILA, A., ROSSELLI, M & ROSAS, P. Neuropsychological assessment in illiterates: visuospatial and memory abilities. *Brian and Cognition*, 11: 147-166, 1989.
- ARROYO, Miguel González. **Imagens quebradas: trajetórias e tempos de alunos e mestres**. Petrópolis: Vozes, 2014.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENSINO DOMICILIAR. [s.l.]. Disponível em: <<http://www.educacao-domiciliar.com>> Acesso em: 10 jun. 2018.

BOTO, Carlota. **Jornal da USP**. 16 maio 2018. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/homeschooling-a-pratica-de-educar-em-casa/>> Acesso em: 22 jun. 2018.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal (de 7 de dezembro de 1940). **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (de 5 de outubro de 1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. (de 13 de julho de 1990). **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm> Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. (de 20 de dezembro de 1996) **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil (de 10 de janeiro de 2002). **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 888815/RS. Relator: Luís Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 mai. 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4774632>> Acesso em: 15 jun. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em: 22 de jun. 2018.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Educação escolar e educação do lar (homeschooling)**. In: VIDAL, Diana Gonçalves; SÁ, Elizabeth Figueiredo, SILVA, Vera Lucia Gaspar. (Orgs). Obrigatoriedade escolar no Brasil. Cuiabá: UFMT, 2013.

DARYELL, Juarez Tarcisio. **A escola como espaço sócio-cultural**. In: DAYRELL, J. (org.): Múltiplos Olhares: sobre educação e cultura. Belo Horizonte: UFMG, 1996.

GONÇALVES, Janaina Luisa Gonçalves; ANDRADE, Tatiane Garcia de Souza Andrade. **“Os filhos não são dos pais”: uma crítica ao Homeschooling no Brasil**. In. SILVA, Camilla Ayala Felisberto; ZANETTI, Matheus Felipe Moreira; CARVALHO, Newton Teixeira. (Orgs.) Direito Civil: temas da atualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MEDEIROS, Luciano Bicchieri. **A influência da Escolaridade na Avaliação Neuropsicológica**. In. Que cérebro é esse que chegou à escola? as bases neurocientíficas da aprendizagem/Carolina Relvas Chaves... [et al.]; Marta Pires Relvas (organizadora) – 2 ed. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2014. 260p.

NHERI, **National Education Research Institute**. Disponível em: <<https://www.nheri.org/>> Acesso em: 5 de jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000.

RITZKAT, Marly Gonçalves Bicalho. **A vida privada no Segundo Império**: pelas cartas de Ina von Binzer (1881-1883). São Paulo: Atual, 1999.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. **A Casa e os seus mestres: a educação no Brasil de Oitocentos**. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

VELHO, Gilberto. **Individualismo e Cultura**: notas para uma Antropologia da Sociedade Contemporânea. RJ: Zahar 1987.

VIEIRA, André de Holanda Padilha. **“Escola? Não, obrigado”: a educação da homeschooling no Brasil**. Monografia (Conclusão de curso) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Brasília, 2012.

VIEIRA, Carla Eduarda de Almeida; SILVA, Danielle Carolina. Poder do Estado x Autonomia Familiar: considerações sobre o homeschooling. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: 2017, p. 202-212.

VIERA, Gláucia Maria Pinto. **Limitação à autonomia privada parental na educação dos filhos**. 2011. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VieiraGM_1.pdf> Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. Preceptoras alemãs no Brasil. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive (Organização). **500 anos de educação no Brasil**. Belo Horizonte: Autêntica, 2003. p. 269-290 (Coleção Historial, 6).

A teoria da vida útil do bem e o contrato de garantia estendida no direito do consumidor

Bruno Mendes Fernandes¹

1. Introdução

Diversos produtos são disponibilizados no mercado de consumo diariamente, motivo pelo qual as relações entre fornecedor e consumidor ganham cada vez mais importância. Imprescindível, pois, que o ordenamento jurídico delineie bem os contornos dessas relações para que, dessa forma, ambas as partes possam ser efetivamente protegidas. Com esse objetivo, o Código de Defesa do Consumidor trouxe significativas mudanças para a seara consumerista, como, por exemplo, a atribuição de responsabilidade objetiva para o fornecedor de produtos ou serviços. Todavia, inerente a qualquer sistema de desenvolvimento, existem certos pontos no sistema consumerista que carecem de maior atenção.

As garantias conferidas ao consumidor frente aos vícios de um produto constituem importante ferramenta para a preservação dos direitos do mesmo. Diante disso, esse trabalho objetiva investigar como a teoria da vida útil dos bens protege o consumidor quando do surgimento de um vício oculto e como que, através da aplicação da referida teoria, o contrato de garantia estendida acaba

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. E-mail: brunomendesf@outlook.com.br

por consistir em uma prática abusiva, resultando em clara violação ao Código de Defesa do Consumidor. Percebe-se, através dessa teoria, que o consumidor tem direito a ter um produto íntegro até o final da vida útil esperada desse produto, sem qualquer necessidade de pagamento de valor adicional. Assim sendo, o objetivo geral dessa pesquisa é realizar um estudo acerca da teoria da vida útil dos bens e suas implicações no direito consumerista, especialmente no que diz respeito ao contrato de garantia estendida.

O presente trabalho se desenvolveu através de uma pesquisa explicativa. Para tal, foi feito o exame de bibliografias pertinentes ao tema e, além disso, de diplomas legais, tais como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Quanto aos resultados oriundos da pesquisa, serão demonstrados de forma qualitativa.

Para que os objetivos propostos sejam atingidos, é feita análise, em um primeiro momento, acerca do conceito de bens de consumo e suas implicações no ordenamento jurídico. Posteriormente, são examinados alguns pontos importantes tratados pelo CDC, como as garantias e a responsabilidade do fornecedor. Por fim, é demonstrada a abusividade do contrato de garantia estendida.

2. Bens de consumo

Inicialmente, é imprescindível realizar uma análise dos bens de consumo, ou seja, aqueles bens destinados ao consumo humano propriamente dito, diferentemente do nome ou da personalidade, que não são bens de consumo.

Existem coisas que estão no comércio – *res is commercio* - e coisas que estão fora do comércio – *res extra commercium*. A esse respeito, Orlando Gomes destaca o seguinte:

As coisas fora do comércio não admitem relação jurídica entre particulares, porque são inapropriáveis e inalienáveis. Trata-se de inalienabilidade real, objetiva, declarada em lei, como a dos bens públicos. A inalienabilidade pessoal ou subjetiva, que melhor se

chama indisponibilidade, e é, por natureza e essência, transitória, não atribui ao bem a condição de *res extra commercium*, porque, em última análise, consiste numa limitação de dispor.

Os bens estão fora do comércio, por sua própria natureza e por disposição de lei. Os primeiros são os insuscetíveis de apropriação, como, por exemplo, o ar, os quais a rigor não são coisas, porque existem em quantidade superior às necessidades humanas, mas, quando raras, se tornam objeto de direito, como a água profluens. Não comerciável por disposição da lei são as declaradas inalienáveis, como os bens públicos de uso. Os *bens extra commercium* são inidôneos para integrar qualquer patrimônio (GOMES, 1996, p. 207).

Diante de tal distinção, nos é forçoso concluir que os bens de consumo se tratam de *res in commercio*, ou seja, são aqueles bens que, por não serem proibidos por lei ou devido sua própria natureza, podem ser comercializados. Os órgãos humanos, por exemplo, não são bens de consumo devido a uma limitação declarada em lei, consistindo, pois, em *res extra commercium*. Tal distinção é de fundamental importância, uma vez que, conforme demonstrado acima por Orlando Gomes, os *bens extra commercium*, por não serem bens de consumo, não poderão compor o patrimônio de qualquer pessoa.

Importante se faz também a análise jurídica do termo ‘patrimônio’, pois, conforme será demonstrado a seguir, os bens de consumo irão integrar o patrimônio da pessoa. Importante esclarecer, entretanto, que a conceituação do termo não é pacífica na doutrina, encontrando inúmeras divergências.

Tratando do tema, Clovis Bevilacqua afirma que patrimônio é:

O complexo de relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico. Assim, compreendem-se no patrimônio tanto os elementos activos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas. É a actividade econômica de uma pessoa, sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil (BEVILACQUA, 1953, p. 209-210).

Caio Mário, por sua vez, diz o seguinte:

Todo homem em sociedade efetua negócios e participa de relações jurídicas de expressão econômica, todo indivíduo há de ter patrimônio, que traduz aquelas relações jurídicas. Só em estado de natureza, com abstração da vida social, é possível conceber-se o indivíduo sem patrimônio. Em sociedade, não (PEREIRA, 2005, p. 393).

Conforme visto, a noção de patrimônio é muito abrangente e está diretamente atrelada à própria condição humana, consistindo, portanto, em um vasto número de bens. Após determinar que patrimônio é um conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente, Caio Mário demonstra quais bens integram o patrimônio da pessoa. Para ele, apenas aquelas relações jurídicas dotadas de expressão pecuniária podem integrar o patrimônio. Dessa forma, o poder familiar, o nome, a honra, dentre outros, não são economicamente apreciáveis, sendo, portanto, direitos não patrimoniais, não integrando o patrimônio da pessoa (2005, p. 397).

Ratificando a ideia de que o patrimônio é composto pelos direitos e obrigações suscetíveis de apreciação pecuniária, Bevilacqua (1953, p. 213-214) elenca quais são os bens que compõem o patrimônio, e quais são os bens que não o compõem. Para ele, não compõem o patrimônio os direitos sobre a própria pessoa, tais como os referentes à honra e à liberdade; os direitos da família; e os direitos políticos. Compõem o patrimônio a posse; os direitos reais; os direitos intelectuais; as obrigações; as relações econômicas do direito de família; e as ações oriundas desses direitos.

Examinando os conceitos de patrimônios trabalhados acima e suas delimitações, é possível concluir que os bens de consumo estão contidos no patrimônio da pessoa, ou seja, fazem parte dele. Diante de uma universalidade de bens aptos a compor o patrimônio da pessoa, os bens de consumo são parte desses bens. De acordo com a classificação apresentada por Bevilacqua, infere-se que os bens de

consumo integram o patrimônio, visto que podem perfeitamente ser compreendidos como posse ou direitos reais.

Verificamos até aqui, portanto, que os bens de consumo possuem duas características, quais sejam são *res in commercio*, ou seja, podem ser comercializados, e, além disso, fazem parte do patrimônio da pessoa. Resta agora, portanto, compreender o que seriam bens de consumo.

Sobre o tema, Marcelo Kokke Gomes estabelece o seguinte: “bens de consumo são bens econômicos com destinação final, consumíveis, móveis ou imóveis, ou consistentes em atividades, escassos e em disponibilidade para aquisição” (GOMES, 2001, p. 155). Ademais, Gomes afirma que bens de consumo são “aqueles que o indivíduo adquire visando a uma utilização para satisfazer necessidades próprias”. Além disso, os bens de consumo possuem como característica a escassez, ou seja, existem em quantidades limitadas. (GOMES, 2001, p. 152).

O Código de Defesa do Consumidor, na tentativa de se esquivar da celeuma existente acerca da noção de bem, adotou o termo produto, ao invés de bem de consumo. Sobre o conceito de produto, o art. 3º, §1º do CDC estabelece o seguinte: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (BRASIL, 1990). A esse respeito, Rizzatto Nunes afirma o seguinte:

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.) (NUNES, 2012, p. 139).

Trabalhada as noções acerca de bens, bens jurídicos, coisa e bens de consumo, resta agora adentrar no exame da teoria da vida útil do bem.

3. A teoria da vida útil do bem no direito do consumidor produto

Após a análise da conceituação e da proteção jurídica que é conferida aos bens de consumo, resta agora demonstrar como o Direito do Consumidor, através da teoria da vida útil do bem, buscou proteger o consumidor quando da aquisição de determinado produto. Para isso, imprescindível estudar o Código de Defesa do Consumidor, especialmente acerca das garantias e da responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto. Assim sendo, os próximos tópicos tratam dos referidos temas para, posteriormente, se demonstrar como a aplicação da teoria em questão reflete diretamente na proteção ao consumidor quando da aquisição de um produto eivado de vícios ocultos.

3.1. A responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto

O Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990, trouxe, sem dúvidas, significativas mudanças no que tange a regulamentação das relações de consumo. Há muito a proteção ao consumidor se mostra como uma das maiores preocupações dos juristas, motivo pelo qual o CDC ganhou especial importância quando do seu surgimento. Conforme bem destaca Júlio Moraes Oliveira, diversas leis tratavam do assunto, mas não com a mesma especificidade. Dentre elas, “podem-se apontar o Decreto n. 22.626 de 1933, a chamada Lei de Usura, o Decreto-Lei n. 869 de 1938, bem como o Decreto n. 9.840 de 1946, acerca dos Crimes contra a economia popular [...]” (OLIVEIRA, 2016, p.37). Dessa forma, o CDC, além de compilar os principais direitos dos consumidores, solidificou uma construção que há muito já estava sendo feita.

Dentre os diversos assuntos tratados pelo CDC, a responsabilidade civil do fornecedor tem importância fundamental. Para que fosse feita uma efetiva proteção ao consumidor, o CDC utilizou-se da responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos produtos ou serviços oferecidos no mercado, ou seja, aquela que

independe de dolo ou culpa, bastando que exista o dano e o nexo de causalidade. Tal utilização se deve ao fato de que o consumidor ficava, quando da aplicação da responsabilidade subjetiva, notadamente desprotegido, uma vez que, para a aplicação da mesma, imprescindível a comprovação do dolo ou da culpa. É nesse sentido a explicação de Cavalieri Filho:

Até o advento do Código do Consumidor não havia legislação eficiente para enfrentar a problemática dos acidentes de consumo e proteger os consumidores. Os riscos de consumo corriam por conta do consumidor, porquanto o fornecedor só respondia no caso de dolo ou culpa, cuja prova era praticamente impossível. O Código do Consumidor deu uma guinada de 180 graus na disciplina jurídica até então existente na medida em que transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 241).

Assim sendo, percebe-se que o CDC adotou a teoria do risco do empreendimento, em que toda e qualquer pessoa que exerça alguma atividade no mercado de consumo irá responder pelo fato ou vício do produto ou serviço, ainda que inexistente a culpa (CAVALIERI FILHO, 2008, p.240). De acordo com Oliveira (2014, p. 142), a teoria do risco se divide em outras quatro teorias, sendo elas: a teoria do risco-criado, em que o sujeito responde devido ao fato de criar um perigo à sociedade através da atividade por ele exercida; teoria do risco-proveito, na qual o sujeito cria uma atividade em seu proveito e, com isso, gera consequências à sociedade, devendo, pelo fato de auferir o bônus, suportar o ônus; teoria do risco-profissional, em que o dever indenizatório surge em razão da profissão exercida pelo lesado; e, por fim, a teoria do risco integral, que é a modalidade extrema da teoria do risco, atribuindo a obrigação de reparação do dano ainda que inexistente o nexo causal.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu fundamental distinção em sua sistemática acerca da “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço” e acerca da “responsabilidade por vício do produto e do serviço”, sendo a primeira tratada nos artigos 12 ao 17

e a segunda, por sua vez, tratada nos artigos 18 a 25. Para examinar a distinção entre fato e vício do produto, fundamental distinguir, também, a noção de defeito e vício. A esse respeito, Cavalieri Filho diz o seguinte:

Ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no *fato do produto* ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço. *Vício*, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não-funcionamento (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 241)

Assim sendo, percebe-se que os defeitos são responsáveis por criar situações que extrapolam a órbita do próprio produto, como, por exemplo, acidentes, enquanto os vícios permanecem na órbita do próprio produto, não externalizando seus efeitos, apenas causando ao mesmo redução ou anulação de seu funcionamento. Devido ao objetivo do presente trabalho, importante se fazer uma análise mais detalhada acerca da responsabilidade pelos vícios dos produtos. De acordo com Gomes:

Vício do produto ou serviço é a imperfeição que repercute essencialmente na qualidade ou quantidade do produto ou serviço fazendo decair seu valor econômico, mas sem lesar a saúde ou segurança do consumidor (GOMES, 2001, p. 70).

O *caput* do artigo 18 do CDC define que os vícios podem ser de qualidade ou de quantidade. Segundo Oliveira (2014, p. 142), “o vício de qualidade do produto ou serviço decorre da ausência de adequação do produto ou serviço às suas finalidades”. Quanto aos vícios de quantidade, o artigo 19 do CDC nos mostra que ele ocorre quando o produto, respeitada suas variações naturais, tiver o conteúdo líquido inferior àquele informado pelo fornecedor.

Analisando o artigo 20 do mesmo diploma legal, podemos perceber que existem três espécies de vícios, a saber: vícios que tornem o produto impróprio para consumo; vícios que diminuam o valor do produto; e vício decorrente da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária.

A proteção face aos vícios dos produtos se faz tanto quanto aos vícios ocultos, como quanto aos vícios aparentes e de fácil constatação, além daqueles referentes a produtos em desacordo com normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. De acordo com Oliveira, “o vício aparente ou de fácil constatação é aquele vício percebido facilmente pelo consumidor por uma simples análise ou tentativa de uso do produto”. Ademais, continua o mesmo autor, existe também o vício de informação, que “caracteriza-se como aquele originário do direito à informação que todo consumidor espera na compra de um produto ou serviço” (OLIVEIRA, 2014, p.165).

O Código de Defesa do Consumidor apresenta em seu artigo 18, §1º, no que diz respeito aos vícios de qualidade, as opções que o consumidor possui caso o vício apresentado não seja sanado no prazo de 30 dias, sendo elas:

- I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço (BRASIL, 1990).

Cabe destacar, também, que o referido prazo poderá ser reduzido para 7 ou 180 dias, a depender do que for convencionado entre o fornecedor e o consumidor, conforme o parágrafo 2º do mesmo artigo. O parágrafo 3º traz, ainda, a previsão de uso imediato das alternativas elencadas no parágrafo 1º, sempre que houver comprometimento da qualidade ou características do produto, diminuição do valor ou se tratar de produto essencial.

Quando houver um vício de quantidade no produto, o consumidor poderá pleitear qualquer das opções previstas nos incisos do artigo 19, sendo elas:

- I - o abatimento proporcional do preço;
- II - complementação do peso ou medida;
- III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;
- IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (BRASIL, 1990).

Feita análise da responsabilidade do fornecedor pelos vícios e as consequências provenientes disso, cabe agora analisar as garantias legal e contratual que protegem o consumidor quando do surgimento do vício.

3.2 A garantia legal e a garantia contratual

O Código de defesa do consumidor fez previsão de duas garantias, quais sejam a garantia legal e contratual. A garantia contratual está expressa no artigo 50 do referido código nos seguintes termos:

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações (BRASIL, 1990).

De acordo com Oliveira:

A garantia contratual é uma faculdade do fornecedor. Para ser efetivada, o fornecedor deve apresentar um termo de garantia padronizado, estabelecer o modo, o lugar e a forma de exercício de seu direito. Ademais, como a garantia contratual é facultativa, ela pode ser dada somente sobre partes do produto (OLIVEIRA, 2014, p. 178).

Percebe-se, portanto, que a garantia contratual será concedida caso o fornecedor assim pretenda, não se tratando de uma espécie de imposição legal, mas mera faculdade. No mesmo sentido é o entendimento de Marques, Benjamin e Miragem. Os mencionados autores afirmam que a garantia contratual é um ato voluntário do fornecedor, constituindo um *plus* à aquisição do produto. Ademais, afirmam que ela poderá ser total ou parcial e, além disso, condicionada a determinadas hipóteses (BENJAMIN; MARQUES; MIRAGEM, 2006, p. 49).

A garantia legal, por sua vez, conforme preceitua o artigo 24 do CDC, independe de termo expresso, sendo vedada a exoneração contratual do fornecedor. A esse respeito, Benjamin, Marques e Miragem informam que a garantia legal se refere ao funcionamento do produto e a adequação do mesmo ao fim que ele se propõe, sendo, por esse motivo, uma garantia total, diferentemente da garantia contratual, que poderá ser parcial. Ademais, asseveram os mesmos autores que “a garantia legal nasce potencialmente junto com o vínculo contratual original, junto à entrega efetiva do produto ou à execução do serviço” (BENJAMIN; MARQUES; MIRAGEM, 2006, p. 50).

O artigo 26 do CDC determina que o consumidor poderá reclamar pelos vícios pelo prazo de 30 ou 90 dias, a depender se o produto é durável ou não durável. Caso trate-se de vício oculto, conforme preceitua o parágrafo 3º do mesmo artigo, o prazo para contagem de bem se inicia a partir do momento em que o mesmo ficar evidenciado. Ao tratar sobre garantia legal Oliveira afirma o seguinte:

É uma obrigação imposta por lei ao fornecedor. Muitos estabelecimentos utilizam a publicidade “90 dias de garantia”, como se fosse uma benesse, mas não passa de uma imposição legal prevista no CDC, que é norma de ordem pública. A garantia legal não pode ser afastada nem por convenção entre as partes (OLIVEIRA, 2014, p. 178)

Feito o estudo das garantias previstas no CDC, resta agora demonstrar como o critério de vida útil do bem busca superar o prazo legal e contratual de garantia do produto.

3.3 A teoria da vida útil do bem

Conforme examinado em tópico anterior, não restam dúvidas no que diz respeito aos prazos para reclamação dos vícios aparentes ou de fácil constatação, uma vez que o artigo 26, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor definiu de forma clara tais prazos, sendo de 30 dias para os produtos duráveis e noventa dias para os produtos não duráveis. A celeuma se instala, portanto, no que diz respeito aos vícios ocultos, uma vez que, conforme o parágrafo 3º do mencionado artigo, se tratando de vício oculto o prazo decadencial terá início no momento em que o vício ficar evidenciado. Nota-se que, tratando de vício oculto, em momento algum o CDC dispôs qual seria o prazo máximo para o surgimento do vício, ou seja, até quanto tempo após a aquisição do produto o vício poderia surgir, mas tão somente determinou o prazo máximo para a reclamação do vício após seu surgimento. Além disso, há que se compreender que, obviamente, é inconcebível a atribuição de responsabilidade eterna ao fornecedor pelo surgimento de vícios, uma vez que há se considerar o desgaste natural inerente a todo e qualquer produto, devendo haver, portanto, um prazo máximo para tal responsabilidade. Diante desse quadro, em que ausente um dispositivo no CDC que determine o prazo máximo para surgimento do vício e impossível a responsabilidade eterna do fornecedor pelos vícios, é que se aplica a teoria da vida útil do bem, objetivando a

superação de tal questão e garantindo ao consumidor uma efetiva proteção quando da aquisição de determinado produto.

A aplicação da teoria da vida útil do bem ocorre quando do surgimento de vícios ocultos, que para Nunes “são aqueles que só aparecem algum ou muito tempo após o uso e/ou que, por estarem inacessíveis ao consumidor, não podem ser detectados na utilização ordinária (NUNES, 2012 p.233). Trabalhando sobre a teoria em análise, Leonardo Roscoe Bessa afirma o seguinte:

Um dos maiores avanços concedidos pelo CDC em relação ao CC/1916 – nem sempre percebido pela doutrina – foi conferido pelo disposto no §3º do art. 26 da Lei 8.078/90, ao se estabelecer, sem fixar previamente um limite temporal, que, “tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito”.

O dispositivo possibilita que a garantia legal se estenda, conforme o caso, a três, quatro ou cinco anos após a aquisição. Isso é possível porque não há – propositalmente – expressa indicação do prazo máximo para aparecimento do vício oculto, a exemplo da disciplina do Código Civil (§1º do art. 445).

Desse modo, o critério para delimitação do prazo máximo de aparecimento do vício oculto passa a ser o da *vida útil* do bem, o que, além de conferir ampla flexibilidade ao julgador, revela a importância da análise do caso concreto em que o fator tempo é apenas um dos elementos a ser apreciado. Autorizada doutrina sustenta a aplicação do critério da vida útil como limite temporal para o surgimento do vício oculto (BESSA, 2009, p. 163).

Oliveira, ao tratar do tema, estabelece o seguinte:

O CDC, com relação aos vícios ocultos, não fixa previamente um prazo para a reclamação dos mesmos. Desse modo, o critério para delimitação do prazo máximo de aparecimento do vício oculto passa a ser o prazo de vida útil do bem, que pode variar de acordo com o caso concreto (OLIVEIRA, 2014, p. 174).

A opção legislativa por não fixar um prazo determinado para que o vício possa aparecer, ou seja, em até quantos meses ou anos o

fornecedor deverá se responsabilizar pelos vícios ocultos do produto foi, de fato, muito acertada. Embora alguns autores compreendam que a ausência de tal prazo seja uma omissão legislativa, o presente trabalho fixa seu entendimento no mesmo sentido de Cláudia Lima Marques, compreendendo se tratar de um prazo em aberto. Há que se considerar, para proteção plena do consumidor no que se refere às garantias dos produtos, as particularidades do bem que foi adquirido. Um celular, por exemplo, não possui o mesmo tempo de vida útil que um veículo, motivo pelo qual a proteção legal deve ser diferente para cada tipo de bem, o que se torna possível apenas com a aferição da vida útil esperada de cada produto.

Percebe-se que a decisão legislativa em deixar o prazo em aberta foi coerente, todavia, faltou, posteriormente, a elaboração de norma para fixar o prazo de vida útil dos bens, para que, dessa forma, o consumidor pudesse ser efetivamente protegido. Frente a ausência de fixação de um critério objetivo para aferição da vida útil do produto, fica a cargo do magistrado decidir, perante o caso concreto, se o prazo mínimo de duração do produto foi alcançado ou não. Com isso, ficando exclusivamente por conta do julgador tal circunstância, uma vez que não há fixação legal do prazo mínimo, o consumidor fica parcialmente desprotegido, pois, como cediço, nem todas as decisões proferidas atingem a razoabilidade esperada.

O Projeto de Lei nº 5.367/2013, de autoria da então deputada Andreia Zito do PSDB-RJ, tem como objetivo exatamente superar a questão analisada, trazendo a obrigatoriedade de o fornecedor informar de forma inequívoca qual o prazo de vida útil do bem por ele disponibilizado no mercado. Os artigos 1º e 2º do referido projeto determinam o seguinte:

Art. 1º Esta lei obriga o fornecedor de produtos a prestar informação ao consumidor sobre o tempo de vida útil de bens de consumo duráveis.

Art. 2º Todo fornecedor de produtos comercializados no país deve informar de modo claro, preciso, ostensivo e em língua portuguesa,

sobre o tempo previsto de vida útil dos bens de consumo duráveis que ofertar no mercado de consumo (ZITO, 2013).

Embora seria de fundamental importância a aprovação do projeto mencionado, o mesmo encontra-se arquivado na Câmara dos Deputados sem qualquer perspectiva de aprovação, perpetuando, dessa forma, a parcial desproteção a que o consumidor está exposto, uma vez que, de um lado, possui a teoria da vida útil do bem como ferramenta para aplicação de uma garantia razoável ao produto, mas, de outro, quando ausente a informação do fornecedor acerca da vida útil, possui como critério único e exclusivo o entendimento do juiz acerca de qual seria esse prazo, já que inexistente norma que contribua para a fixação do prazo. Percebe-se, pois, que informar ao consumidor acerca da vida útil do produto trata-se de mera liberalidade do fornecedor.

A Instrução Normativa RFB nº 1700, de 14 de março de 2017, em seu anexo III, traz a avaliação do prazo de vida útil de diversos bens para fins tributários. Trata-se tão somente de avaliação do prazo para fins tributários, em nada possuindo vinculação com o direito consumerista. Alternativamente à criação de uma lei capaz de obrigar o fornecedor a informar o prazo de vida útil do produto, seria a fixação, pelos órgãos de proteção ao consumidor, por exemplo, da vida útil dos produtos, tal como delineado pela Receita Federal em matéria tributária.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 984.106/SC, criou precedente emblemático acerca da teoria em análise e fundamental para a solidificação da mesma. O mencionado caso versa sobre uma ação de cobrança ajuizada por um agricultor em face do fornecedor das máquinas. O agricultor objetivava reaver os valores gastos com a manutenção da máquina em razão do aparecimento, após o prazo de três anos, de vícios ocultos. Em defesa, o fornecedor informou que o prazo de garantia já havia passado e que, além disso, não havia vício oculto, mas tão somente desgastes naturais do produto. A referida turma

entendeu que o prazo estipulado no §3º, do artigo 26 do CDC, estabelece apenas até quando o consumidor poderá reclamar o surgimento do vício, sem, contudo, dizer até quando poderá surgir o vício. Considerou-se que o fornecedor não fica eternamente responsável pela reparação dos vícios, mas que o prazo estipulado por ele de forma unilateral não faz cessar sua responsabilidade. Ademais, definiu-se que há que se observar um tempo mínimo em que se espera que o produto sobreviva, sem que ele se deteriore. Por fim, esclareceu-se que, tal como já compreendido pela doutrina, o Código de Defesa do Consumidor, no que concerne aos vícios ocultos, adotou o critério da vida útil do bem, de forma que o fornecedor fica responsável, em condições normais de uso, pela integridade do produto ainda que findada a garantia contratual (STJ, 2012).

Em exame sobre o referido caso, Miragem afirma o seguinte:

A identificação do vício oculto e da extensão da responsabilidade do fornecedor é tema sobre o qual não há entendimento unívoco, mesmo na doutrina e jurisprudência de direito do consumidor. O próprio voto do Ministro relator transcreve lição doutrinária que, ademais, se esforça no sentido de limitar no tempo a extensão da responsabilidade do fornecedor, sob o argumento de que não pode ser eterna. Por outro lado, há evidente distinção na disciplina da responsabilidade do fornecedor por vícios aparentes e/ou ocultos, o que se reflete na extensão temporal da garantia (MIRAGEM, 2013, p. 343).

Diante desse cenário, observa-se que resta superada, quando da aplicação da teoria, qualquer espécie de divergência no que diz respeito à garantia legal ou contratual. Compreende-se, pois, que os produtos deverão possuir um prazo mínimo e razoável de duração quando da sua utilização normal, de forma ainda que o fornecedor conceda uma garantia inferior àquela do tempo de vida útil do produto, ele deverá ser responsabilizado pelo surgimento dos vícios ocultos. Com isso, a garantia pelo produto poderá superar em muito àquele prazo estipulado pelo fornecedor. A esse respeito, importante conferir o texto de Yuri Bezerra de Oliveira:

Ressalte-se, por oportuno, que em se tratando de vício oculto – aquele que se manifesta somente com o uso, experimentação do produto ou porque se evidenciará muito tempo após a tradição – o prazo só passa a fluir do momento em que o consumidor toma ciência do vício, conforme disciplina o parágrafo terceiro do artigo 26. Desse modo, possibilita-se que a garantia legal estenda-se, conforme o caso, a três, quatro ou cinco anos. Não se trata de uma garantia eterna, pois o critério para delimitar a extensão da garantia contratual será o da vida útil do bem. Assim, será exigido do juiz que atue casuisticamente para determinar o limite temporal do direito de reclamar do consumidor, uma vez que a vida útil de um carro, por exemplo, difere da de um liquidificador (OLIVEIRA, 2012, p. 54).

Na sociedade contemporânea, é evidente que as relações de consumo ganham papel importantíssimo. Diante disso, diversos produtos são, diuturnamente, disponibilizados para o consumidor. Em um mercado globalizado e cada vez mais competitivo, é fundamental que o fornecedor de determinado produto, para obter o êxito empresarial, venda cada vez mais em maiores proporções. Todavia, ocorre que, por vezes, isso se torna prejudicial ao consumidor, tendo em vista a ocorrência da famigerada obsolescência programada.

Através de tal prática, o fornecedor reduz o tempo de vida útil do produto, objetivando, com isso, que o produto possa se deteriorar de forma mais rápida e o consumidor, conseqüentemente, fique obrigado a adquirir outro produto.

De acordo com Vio, obsolescência programada é:

A redução artificial da durabilidade de um bem de consumo, de modo a induzir os consumidores a adquirirem produtos substitutos dentro de um prazo menor e, conseqüentemente, com uma maior frequência, do que usualmente fariam (VIO, 2004, p.193).

Além disso, Cabral e Rodrigues informam que essa redução de durabilidade do produto “não se resume apenas a uma menor

duração de um produto, mas também a perda ou redução de sua utilidade depois de determinado período de tempo” (CABRAL; RODRIGUES, 2012, s/p)

Em matéria veiculada no jornal O Globo acerca da obsolescência programada, Daiane Costa afirma o seguinte:

A pouca durabilidade dos produtos e a dificuldade de consertá-los não acontecem por acaso. A troca rápida, segundo organizações, define um padrão de produção praticado há quase um século pela indústria: a obsolescência programada. O conceito consiste em reduzir a vida útil e dificultar o conserto de produtos, modificando os projetos e peças com mais frequência, principalmente eletrodomésticos e eletroeletrônicos, para garantir que sejam usados pelo menor tempo possível, acelerando o ciclo de consumo (COSTA, 2012, s/p).

Ademais, Costa demonstra a ausência de um marco regulatório capaz de combater a obsolescência programada. Inexiste uma fixação legal da vida útil dos produtos, facilitando, com isso, a prática da obsolescência programada. Do mesmo modo, não há obrigatoriedade de os fabricantes informarem qual é a vida útil dos produtos disponibilizados no mercado de consumo. Assim sendo, a prática em questão é realizada de diversas formas como, por exemplo, retirando-se do mercado as peças de reposição ou modificando-as, ou inviabilizando por completo a manutenção do produto, além da própria redução programada da vida do produto, fazendo com que, dessa forma, o consumo seja realizado desenfreado e desnecessariamente (COSTA, 2012, s/p).

Observa-se, pois, que a prática da obsolescência programada tem cunho exclusivamente financeiro, que, quando utilizada de forma desmedida e abusiva, resulta em enorme prejuízo ao consumidor. Todavia, há que se considerar a necessidade de que os produtos se deteriorem, uma vez que, caso os fornecedores não continuem a vender seus produtos em razão de eles possuírem uma vida útil demasiadamente prolongada, eles irão, inevitavelmente, à falência.

Diante disso, a utilização comedida do critério da vida útil vai obstaculizar a realização abusiva da obsolescência programada, visto que, através dela busca-se alcançar um prazo razoável de durabilidade dos produtos disponibilizados no mercado. Dessa forma, aplicada a teoria da vida útil, o consumidor, além de protegido quanto a uma possível garantia contratual insuficiente, fica protegido também quanto a obsolescência programada.

Feita a análise da teoria da vida útil do bem e das diversas peculiaridades que a atingem, resta agora demonstrar quão abusivo é o contrato de garantia estendida, tendo em vista a aplicação da mencionada teoria quando do surgimento de um vício oculto.

4. O contrato de garantia estendida

Cada vez mais comum no mercado de consumo, o contrato de garantia estendida é oferecido aos consumidores quando da aquisição de determinado produto, em especial com relação a produtos eletrônicos. Em verdade, não se trata efetivamente de uma garantia, mas de um seguro previsto e regulamentado pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). De acordo com o artigo 2º da Resolução CNSP nº 122, de 2005, o contrato de garantia estendida tem como objetivo “propiciar ao segurado, facultativamente e mediante o pagamento de prêmio, a extensão temporal da garantia do fornecedor de um bem adquirido e, quando prevista, sua complementação” (CNSP, 2005).

Todavia, ocorre que tal seguro é completamente desnecessário, uma vez que, conforme visto, a vida útil do produto é o critério determinante para estabelecer uma razoável duração do mesmo. A garantia estendida objetiva fornecer ao consumidor um prazo de garantia além do legal e do contratual, estendendo a proteção ao produto por dois ou três anos, por exemplo. Ocorre que, ao se aplicar a teoria da vida útil do produto, a proteção fornecida ao consumidor é exatamente a mesma daquela fornecida pelo contrato de garantia estendida, sem a necessidade do pagamento de

qualquer valor adicional ou contratação de qualquer tipo de seguro, uma vez que, através da referida teoria, prolonga-se o prazo de duração do produto para além do legal e do contratual. Verifica-se, portanto, que a contratação da garantia estendida não traz qualquer vantagem para o consumidor, uma vez que, através da venda do seguro, a companhia seguradora vende ao consumidor algo que já lhe é de direito, sendo, portanto, inconcebível tal prática. Nesse sentido, importante conferir o entendimento de Roscoe Bessa:

Ora, justamente em razão do *critério da vida útil*, a garantia legal, ou seja, aquela que decorre diretamente do CDC, pode chegar a dois ou três anos após a data de aquisição do bem, sem necessidade de pagamento de qualquer valor adicional.

Portanto, não se vê qualquer vantagem em adquirir a garantia estendida. Se a contagem do prazo para reclamar dos vícios do produto for realizada corretamente – considerando o critério de vida útil –, o CDC já oferece proteção adequada e suficiente aos interesses do consumidor (BESSA, 2009, p. 173).

No mesmo sentido é o entendimento de Oliveira:

Tal garantia estendida não traz nenhuma vantagem para o consumidor, tendo em vista o critério de vida útil do bem. Com esse critério, o vício oculto pode surgir 2 ou 3 anos depois de adquirido o produto e, mesmo assim, o consumidor terá direito de reclamar sobre o problema. O CDC já oferece proteção adequada a esses casos (OLIVEIRA, 2014, p. 178).

Cerqueira tratando sobre a garantia estendida afirma, também, que, em razão da teoria da vida útil, o contrato de garantia estendida mostra-se completamente desnecessário, uma vez que, através da referida teoria, o termo final para o aparecimento dos vícios se dará em razão da durabilidade do produto (CERQUEIRA, 2012, p. 142).

Percebe-se, dessa forma, que é desnecessária a celebração do contrato de seguro quando da aquisição de um produto. Contudo, ocorre que tal prática é amplamente utilizada pelos fornecedores de

produtos, que insistem para que o consumidor adquira a garantia estendida no ato da compra. O consumidor, desconhecendo seu direito a ter um produto íntegro até o fim da vida útil do mesmo e acreditando nas supostas vantagens do contrato, acaba por, desnecessariamente, pactuar o acordo.

O exercício da referida prática no mercado de consumo se mostra, claramente, como abusivo. Como dito, o consumidor acaba por comprar algo que já lhe é de direito, uma vez que amparado pela teoria da vida útil do produto. Sobre prática abusiva, Antônio Herman V. Benjamin afirma que “é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor” (BENJAMIN, 2009, p. 216). Ainda sobre tais práticas, Benjamin assevera o seguinte:

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las (BENJAMIN, 2009, p. 217).

As práticas abusivas estão elencadas no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor em rol exemplificativo, ou seja, admite-se também como abusivas outras práticas além das dispostas no referido artigo. A esse respeito, Oliveira afirma o seguinte:

O elenco de práticas abusivas do art. 39 do CDC é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), pois o legislador não teria a capacidade de elencar todas as práticas abusivas possíveis. Ao utilizar a expressão “dentre outras” no art. 39, o legislador deixou claro esse intuito (OLIVEIRA, 2014, p. 214).

Examinando o contrato de garantia estendida sob a perspectiva da teoria da vida útil do bem, percebe-se que tal contrato, travestido

de benefícios ao consumidor, consiste, em verdade, na prática abusiva prevista no inciso IV do artigo 39 do CDC, qual seja “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (BRASIL, 1990). A esse respeito, importante conferir a lição de Benjamin:

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com este dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente. A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoa, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade –, mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática (BENJAMIN, 2009, p. 222).

O contrato de garantia estendida se adequa, pois, a essa prática. Conforme visto, não há razão alguma para a existência do contrato de garantia estendida, uma vez que o consumidor está amparado pela teoria da vida útil do bem, possuindo, com isso, a garantia de uma duração razoável do produto adquirido, sem a necessidade de, para tal, ter que custear com qualquer valor adicional. O fornecedor do produto, sabendo do desconhecimento do consumidor acerca de seus direitos, acaba por vender-lhe algo que, de forma alguma, ele necessitaria adquirir. Imprescindível, portanto, que o consumidor seja informado acerca de seus direitos para que, dessa forma, a prática abusiva em questão não continue a se perpetuar pelo mercado de consumo.

5. Conclusão

O presente trabalho teve como escopo analisar como a teoria da vida útil do bem pode servir como mecanismo de defesa do consumidor quando da aquisição de determinado produto, refletindo diretamente nas garantias legal e contratual. Para isso, foi trabalhado o conceito bens de consumo e, posteriormente, demonstrado como a teoria se desenvolve no sentido de proteger o consumidor e como isso implica diretamente nos contratos de garantia estendida.

A sociedade em que vivemos demanda, cada dia mais, uma gama maior de produtos. Diante do consumo desenfreado e a necessidade em se adquirir algo em que, boa parte das vezes, é desnecessário, os fornecedores disponibilizam no mercado uma série de produtos. Ao lançar esses produtos, os fornecedores, notoriamente, reduzem o prazo natural de vida útil que os mesmos teriam, fato conhecido como obsolescência programada. Tal redução se faz de diversas formas, como utilização de componentes de baixa qualidade ou não disponibilizando peças para troca no mercado, por exemplo.

Diante desse cenário, a teoria da vida útil tem papel importante, uma vez que poderá coibir ou, pelo menos, mitigar tal prática. Como demonstrado, a mencionada teoria tem como escopo garantir uma duração mínima dos produtos, de forma que ficam superados quaisquer possíveis problemas no que tange as garantias legal e contratual.

Entretanto, embora tal teoria seja de grande valia e de importante aplicação, percebe-se que não há um critério objetivo de fixação da vida útil dos bens, ficando, por esse motivo, exclusivamente a cargo do magistrado a conclusão se o produto cumpriu ou não seu prazo de vida útil. Não há obrigatoriedade de que o fabricante informe qual a vida útil do produto por ele

disponibilizado no mercado, do mesmo modo, não há norma que fixe tal prazo.

Diante desse cenário, percebe-se que seria de especial importância a criação de uma norma capaz de obrigar os fornecedores a informarem o prazo de vida útil de seus produtos, tal como objetivado no Projeto de Lei 5367 de 2013. Dessa forma, tal obrigatoriedade funcionaria como desestímulo à obsolescência programada e, além disso, protegeria o consumidor de forma efetiva.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BEVILACQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1953.

BRASIL. Código Civil de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Nacional de Seguros Privados. Resolução nº 122, de 2005 que regulamenta a oferta de seguro de garantia estendida, quando da aquisição de bens ou durante a vigência de sua garantia original de fábrica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 mai. 2005. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=2&codigo=18499>>. Acesso em 11 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Instrução Normativa RFB nº 1700, de 14 de março de 2017 que dispõe sobre a determinação e o pagamento do imposto sobre a renda e da contribuição social.... **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=81268>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 984.106/SC. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+vida+util+produto+&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

CABRAL, Hildeliza Lacerca Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e a tutela do consumidor. Lex Magister. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_22860424_A_OBSOLENCIA_PROGRAMADA_NA_PERSPECTIVA_DA_PRATICA_ABUSIVA_E_A_TUTELA_DO_CONSUMIDOR.aspx>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Daiane. Produtos feitos (de propósito) para durar pouco – Especialistas cobram marco regulatório sobre obsolescência programada. **Jornal O Globo**. 6 out. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/produtos-feitos-de-proposito-para-durar-pouco-6310709>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KOKKE, Marcelo Gomes. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MIRAGEM, Bruno. **Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor**: comentários à decisão do REsp 984.106/SC, do STJ. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.22, n. 85, p. 325-353, jan. 2013.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Direito do Consumidor Completo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. (org). **Garantias legal e contratual dos bens de consumo**. Salvador: Paginae, 2012.

VIO, Daniel de Ávila. **O poder econômico e a obsolescência programada de produtos**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, ano XLIII, v. 133, p. 193-202, jan./mar. 2004.

ZITO, Andreia. **Projeto de Lei nº 5367, de 2013**. Obriga o fornecedor de produtos a prestar informação ao consumidor sobre o tempo de vida útil de bens de consumo duráveis e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=571612>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

A ação de dissolução parcial da sociedade trazida pelo código de processo civil - lei 13.105/15.

Ana Karen Barbosa Nunes¹

1. Introdução

As sociedades empresárias originam-se da vontade de uma ou mais pessoas, que se reúnem a fim de firmarem um negócio, denominado *affectio societatis*, consistente justamente nessa vontade dos sócios em estarem juntos para constituição e para realização do objeto social.

Porém, por conflitos de interesses, falecimento do sócio e/ou motivos outros, a vontade que inicialmente existia poderá ser quebrada levando a dissolução da sociedade.

Pensando justamente nesses impasses que pudesse surgir nas relações societárias, a legislação brasileira trouxe em seu Código Comercial de 1850 o instituto da dissolução da sociedade pautada na ideia de que “com a dissolução da sociedade, encerra-se sua fase ativa, que, a partir daí, entra em liquidação, que é uma espécie de preparação para morte” (BORBA, 2004).

Cabe salientar que a Dissolução de Sociedade, fora dissertada pelo Código Comercial de forma generalizada. Seguindo esse

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Civil Aplicado pelo Instituto de Educação continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: anakarenunes@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4525221881586977>.

raciocínio, o Código Civil de 2002, a fim de evitar a “morte” total da sociedade, trouxe em seus artigos 1.028 a 1.032 a possibilidade de dissolução parcial da sociedade retirando apenas um sócio do seu quadro societário sem a necessidade de dissolvê-la totalmente.

Ao tratar desse assunto, o Código de Processo Civil trouxe em seu capítulo V o procedimento especial da Ação de Dissolução Parcial da Sociedade, justamente para reger a Dissolução parcial, antes esquecida pelo nosso ordenamento. Para aprofundar esse tema será necessária, junto a entendimento histórico e doutrinário uma interpretação e análise dos artigos trazidos pela Lei 13.105/15.

Assim sendo, o objetivo do presente trabalho é dar destaque aos principais pontos trazidos pela Lei 13.105/15 no que se refere à Ação de Dissolução Parcial de Sociedade, procedimento especial abarcado pelo Código de Processo Civil em seu Capítulo V, através de um estudo histórico e doutrinário.

O estudo em questão demonstrará a relação entre o Código de Processo Civil em vigor com o Código Comercial de 1.850, o Código Civil de 2002, o Código de processo civil de 1939 e o de 1973 no que tange a Dissolução de Sociedade.

Conclui-se que, amparado em direito anterior, a Ação de Dissolução Parcial de Sociedade, apesar de algumas lacunas e contradições que serão supridas com o tempo, por meio de jurisprudências que irão ser construídas, refletirá diretamente nos atos das sociedades e dos sócios, para que com maior agilidade, eficiência e segurança jurídica, possam solucionar os problemas havidos entre estes, diante de litígios que geralmente ocorrem, evitando a extinção da atividade empresarial, conforme veremos a seguir.

2. Dissolução parcial da sociedade – evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, antes de tratar do procedimento especial trazido pelo CPC/2015 no que tange a dissolução parcial de sociedade, faz-se necessário entender seu conceito, assim como seu surgimento.

Nas relações comerciais estabelecidas na Idade Média já era possível identificar a reunião de comerciantes com um mesmo objetivo e ideias comuns a fim de constituírem uma sociedade.

Porém, nos contratos firmados entre os sócios, estipulava-se a indissolubilidade da sociedade ali estabelecida, mesmo diante da saída de algum de seus sócios, independente de qualquer motivo.

Já nessa época se fazia presente o conceito da *affectio societatis* baseado na vontade de várias pessoas em constituir uma sociedade com deveres comuns e recíprocos entre os sócios, para efetivo desenvolvimento da atividade da sociedade, almejando a chegar-se ao seu fim comum.

Nas palavras de Tomazetti:

O traço mais específico de uma sociedade é a chamada *affectio societatis*, a vontade de cooperação ativa dos sócios, a vontade de atingir um fim comum. Não se trata do simples consenso comum aos contratos em geral, mas de uma manifestação expressa de vontade no sentido do ingresso na sociedade e na consecução de um fim comum. Exige-se um plus em relação à simples vontade de conclusão do contrato (TOMAZETTE, 2014, p. 2012).

Com base no Código de Comércio de Portugal, França e Espanha, em 1850 foi criado o primeiro Código Comercial Brasileiro. Porém, este não previa a dissolução parcial da sociedade, pois nessa época as normas eram formuladas diretamente com a pessoa individual, em detrimento da preservação da sociedade, predominando a Teoria Contratualista.

Segundo Requião:

O código Comercial regulou a dissolução das sociedades comerciais sob o império da doutrina individualista que denominava o pensamento jurídico do século XIX. O instituto da dissolução da sociedade tinha por precípua finalidade proporcionar a libertação do sócio de seus compromissos sociais (REQUIÃO, 2012, p. 411).

O Código de Processo Civil de 1939 disciplinava a respeito da dissolução parcial, inclusive quanto a Ação de Dissolução e liquidação de sociedades em seus artigos 655 a 729, artigos estes que ainda mantém-se em vigor, já que são mencionados em ressalva no artigo 1.218, inciso VII no Código de Processo Civil de 1973. Já este último, apenas algumas medidas no que se refere à dissolução de empresas foram mantidas, deixando um vazio quanto ao procedimento a ser adotado para a dissolução.

A partir do ano de 1970, diante os movimentos e pensamentos sociais que começaram a surgir, no cenário brasileiro culminado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, um conflito de interesses onde o interesse individual começa a contrapor com o coletivo.

Nessa época o interesse social estava presente para o exercício da atividade desenvolvida pela sociedade, não restringindo apenas aos interesses dos sócios que dela compõe, mas igualmente aos demais elementos da sociedade civil que dela se beneficiam.

Além do mais, a retirada de qualquer sócio resultava na dissolução total da sociedade, com o argumento de que o caráter pessoal que fazia parte das relações societárias, não permitia flexibilidade em seu quadro social, colocando fim à personalidade jurídica e consequentemente ao contrato social, o que atingia diretamente a atividade em sua totalidade.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, passa-se a tratar da dissolução da sociedade com relação a um único sócio, sem atingir a personalidade jurídica num todo, permitindo que a sociedade permanecesse a fim de dar continuidade às atividades empresariais pois, como mencionado alhures, anteriormente só

existia hipótese da liquidação e extinção, nos termos dos artigos 335 e 336 do Código Comercial e artigo 1.399 do Código Civil de 1917.

Verçosa assevera que:

A possibilidade da dissolução parcial está na natureza jurídica da sociedade como modalidade de contrato associativo, plurilateral ou aberto. Disto decorre que o rompimento do ele contratual em relação a um ou alguns sócios não determina a extinção da sociedade, que poderá continuar com os demais (VERÇOSA, 2010, p. 254).

Diferente da visão liberal e contratualista do Código Civil de 1916, assim como o Código Comercial de 1850, o Código Civil de 2002, trouxe com a dissolução parcial da sociedade, o princípio da preservação da empresa, princípio este que ganha força na Lei 11.101/2005.

O referido princípio trata a sociedade como um instrumento jurídico que possibilita que a própria atividade econômica coíba a dissolução da sociedade quando ocorre o rompimento da *affectio societatis*. O princípio preservativo da sociedade ou da empresa impõe a necessidade de novas formulas que o direito comercial encontrou na exclusão do sócio (REQUIÃO, 2012).

Salienta-se que essa perspectiva societária, diante das empresas, caracteriza-se pelo rompimento com o enfoque contratual individualista, onde se considerava a vontade e interesse dos sócios, afirmando a ideia de função social da organização empresarial.

Destaca-se que o Código Civil de 2002 não utiliza a expressão “Dissolução Parcial da Sociedade” justamente pela falta de exatidão, mas sim a “resolução da sociedade” em relação a um sócio em seus artigos 1.028 a 1.032, nas hipóteses de morte do sócio, justa causa ou por motivos de falta grave no cumprimento de suas obrigações ou por incapacidade superveniente.

Ressalta-se que as causas da dissolução parcial de sociedade não são taxativas, pois além dos fatores de retirada de um sócio, o

artigo 1.035 do Código Civil diz que o contrato social pode estipular outras causas de dissolução a serem verificadas judicialmente quando contestadas.

A figura da dissolução parcial não foi aceita de imediato, porém passou a ser vista como possibilidade de solucionar os conflitos advindos da relação societária.

Posteriormente, ao tratar do assunto, o Código de Processo Civil de 2015, diferentemente do códex de 1973, trouxe em seu capítulo V, artigos 599 a 609, a Ação de Dissolução Parcial da Sociedade, como procedimento especial que, conforme veremos a seguir, apesar de pontos relevantes trazidos para nosso ordenamento jurídico, também deixou algumas contradições e lacunas a serem solucionadas.

3. O procedimento específico trazido pelo código de processo civil – lei 13.105/15.

Face o momento econômico vivido pelo país, o que envolve diretamente o Direito Societário e a relação havida entre as empresas, obriga-se a formular uma regra procedimental para processar a Ação de Dissolução Parcial de Sociedade, como estímulo ao fomento empresarial, levando em consideração a função social e a preservação da empresa.

Conforme mencionado no item 2 do presente artigo, a Ação de Dissolução de Sociedade já trazida pelo nosso ordenamento jurídico fica em aberto no Código de Processo Civil de 1973, ou seja, o CPC de 1973 não trouxe em seus artigos a Ação de Dissolução de Sociedade, aplicados os artigos 655 a 674 do Código de Processo Civil de 39, por força do inciso VII do artigo 1.218 do CPC de 73, tema que envolve o direito material e o direito processual, por isso passível de grande discussão e críticas quanto ao procedimento adotado.

Sobre o assunto, com grande brilhantismo, Coelho disserta:

O Código de Processo Civil de 1939 disciplina a ação de dissolução e liquidação de sociedades, em seus artigos 655 a 729, disposições que permanecem ainda hoje em vigor, em razão da ressalva contida no art. 1.218, VII, do diploma de 1973. São normas de setenta anos atrás, portanto, que tratam da ação judicial cujo objeto é o desfazimento dos vínculos societários, no todo ou em parte. O Projeto de novo Código de Processo Civil, de autoria do Senador José Sarney, oriundo do anteprojeto da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux e sob a relatoria-geral de Teresa Arruda Alvim Wambier, contempla regras que atualizam a disciplina legal da matéria (arts. 585 a 595), compatibilizando-as com as exigências da economia do nosso tempo, bem diversas das que existiam no final dos anos 1930 (COELHO, 2011, p. 152).

Através da análise dos artigos que tratam do referido assunto é possível verificar algumas falhas trazidas pelo legislador, principalmente quanto à utilização dos institutos da dissolução, da extinção e da liquidação de sociedades, terminologias divergentes entre si.

A Ação de dissolução Parcial de sociedade está elencada nos artigos 599 a 609 do Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. Através dos mencionados artigos será possível verificar o procedimento especial adotado que se divide em duas fases. A primeira visa celeridade processual e possui o fim específico de apenas dissolver parcialmente a sociedade. Já, a segunda, refere-se a fase de apuração dos haveres do sócio retirante após a dissolução.

De acordo com o artigo 599 da nova lei, a Ação de Dissolução Parcial de Sociedade pode ter por objeto a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso ou somente a resolução ou a apuração de haveres.

É possível verificar que o referido artigo, ao dissertar a respeito do objeto da Ação de Dissolução a ser proposta, refere-se à

resolução de sociedade, não sendo o termo correto, já que o próprio nome da ação indica que seu objeto é a dissolução da sociedade.

Ainda, ao dissertar quanto ao objeto da ação, o §2º do art. 599, dispõe que a ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionista que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.

Verifica-se que, de acordo com o narrado no dispositivo, o legislador se faz infeliz ao tratar de dissolução parcial, quando na verdade há que se falar em extinção, já que o não cumprimento do fim social é hipótese de extinção, e não dissolução parcial, independente de sua natureza.

Para propositura da Ação de dissolução parcial de sociedade, conforme elencado em artigo 600 do Código de Processo Civil, terá legitimidade o espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade; os sucessores, após a partilha do sócio falecido; a sociedade, se os sócios sobreviventes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido na sociedade, quando esse direito decorrer do contrato social; o sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos 10 (dez) dias do exercício do direito; a sociedade, nos casos em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial; o sócio excluído; o cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou para requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio.

Destaca-se que, conforme artigo 601 do Código de Processo Civil, os sócios e a sociedade serão citados para apresentarem contestação no prazo de 15 (quinze) dias. Porém, em seu parágrafo único, o artigo estabelece que uma vez citado todos os sócios a sociedade se sujeitará aos efeitos da decisão e à coisa julgada.

Nada mais plausível a dissertação desse artigo quanto à citação da sociedade pois, apesar de autônoma, a sociedade é

composta justamente por seus sócios. Se estes foram citados, estão cientes da ação, não sendo necessária a citação da pessoa jurídica da sociedade.

Ainda, após citado, conforme determinação processual normativa, conforme dissertado acima, o réu terá o prazo de 15 dias para contestação. Nesse mesmo prazo o réu poderá concordar com o pedido formulado pelo autor. Nesse caso a parte requerida não será condenada ao pagamento de honorários advocatícios.

O artigo 603, *caput*, do CPC, afirma que o juiz decretará a dissolução parcial da sociedade e passará a fase de liquidação. Ocorre que antes da liquidação se faz necessário realizar a apurar os haveres. Nesse caso, a data e a forma de apuração será definida pelo juiz, dentro do que fora estipulado no contrato social firmado entre os sócios.

Percebe-se que a fim de evitar maiores problemas será necessário a alteração contratual e estatuto das empresas, para que não haja qualquer tipo de confusão na liquidação da sociedade e até mesmo na divisão dos lucros, haveres e inclusive despesas, em sua proporção.

Por último, cabe dar destaque ao fato de todos os sócios responderem pela sociedade, já que a sentença na referida ação irá atingir todos, inclusive a própria sociedade.

4. Aspectos relevantes na ação de dissolução parcial de sociedade

Muitas vezes a dissolução parcial da sociedade, com relação a um ou mais sócios, pode gerar à sociedade graves danos, inclusive prejudicando a sua economia, já que a saída de um sócio não está ligada somente ao que determina a lei, mas infelizmente está relacionado com o dia a dia da empresa desde a sua constituição.

Em razão dos possíveis danos que porventura a empresa venha a sofrer o Código de processo civil, em seu artigo 602 disserta a respeito do pedido de indenização que poderá ser formulado pela

empresa compensáveis com o valor dos possíveis haveres que o sócio retirante ou excluído teria direito a receber.

Cabe salientar que o pedido de indenização poderá ser realizado pela sociedade no momento do ajuizamento da ação ou em reconvenção apresentada junto à contestação.

Conforme mencionado alhures, nada obsta da sociedade, diante a Dissolução Parcial da sociedade, sofrer algum prejuízo. Por isso o referido artigo fora de grande sabedoria ao pensar pelo lado da sociedade e não apenas do sócio na apuração de haveres e lucros que este terá direito.

Porém, para que a sociedade faça jus a tal indenização será necessário juntar aos autos prova inequívoca da prática do ato que ocasionou a lesão alegada, assim como provas do dano sofrido. Inclusive, se o dano sofrido for em decorrência da conduta de algum sócio que esteja de saída, a sociedade poderá pleitear desta indenização a ser paga com os haveres a serem apurados.

Outro aspecto que merece devida atenção refere-se ao artigo 604 do *codex* em análise, onde afirma que no momento da apuração dos haveres o juiz fixará a data da resolução da sociedade; definirá o critério de apuração dos haveres à vista do disposto no contrato social; nomeará o perito.

Ainda, o referido artigo disserta que se houver haveres incontroversos, deverá o réu depositar em juízo, podendo os haveres serem levantados imediatamente pelo credor, porém, nesse caso o juiz deverá obedecer o contrato social, que é convenção entre as partes, cumprindo-se a previsão para a apuração dos haveres e seu respectivo pagamento de acordo com o que fora estipulado contratualmente.

Destaca-se que os pedidos de dissolução parcial de sociedade poderão ser cumulados com o pedido e apuração de haveres, aplicando-se para tanto o rito especial.

Importante ater aos prazos e datas estipuladas pelo legislador no que se refere à apuração dos haveres, já que estas se fazem fundamental para fixar os termos inicial e final de modo a não

prejudicar os resultados da sociedade e consequentemente os demais sócios, pois, a Ação refere-se à Dissolução parcial. Por isso um ou mais sócios são dissolvidos da sociedade, mas as atividades desenvolvidas pela empresa continuarão e funcionamento, independentemente da apuração dos haveres.

Além do mais, levando em consideração a *affectio societatis*, já que independente daquele sócio que fora dissolvido da sociedade, ainda se fazer presente o desejo e interesse da realização do objeto social pelos demais sócios que permanecem na sociedade, de acordo com o artigo 604 do Código de Processo Civil, a sociedade ou os sócios que nela permanecerem deverão depositar em juízo a parte incontroversa dos haveres devidos que foram devidamente apurados.

Cabe ressaltar que, conforme artigo 607, “a data da resolução e o critério de apuração de haveres podem ser revistos pelo juiz, a pedido da parte, a qualquer tempo antes do início da perícia” (BRASIL, 2015).

Por último, após realizada a apuração dos haveres, os sócios que estão deixando a sociedade serão pagos de acordo com determinação do Contrato Social, o que levará as sociedades, mais uma vez, rever e reformular seus contratos societários.

5. Conclusão

Diante do que fora exposto no presente artigo, é possível verificar que faz parte do nosso ordenamento jurídico uma evolução histórica quando se trata de Dissolução parcial de sociedade.

O instituto da Dissolução de sociedade, primeiramente, fora trazido pelo Código Comercial de 1850, que inseriu a Ação de Dissolução de Sociedade, em nosso ordenamento jurídico.

Porém, o legislador foi infeliz ao deixar em aberto à matéria que deveria ser regulada no CPC de 1973, e não foi, ou seja, o Código de Processo Civil de 1973 não trouxe em seus artigos a Ação de Dissolução de Sociedade, aplicados os artigos 655 a 674 do Código

de Processo Civil de 39, por força do inciso VII do artigo 1.218 do CPC de 73, evolução essa que poderia ser considerada como retrocesso.

Foi possível perceber que infelizmente a Dissolução parcial de sociedade nunca teve uma atenção, tanto pelo código Civil quanto pelo Código de Processo Civil. Porém, com o atual Código de Processo Civil, o instituto ganha um procedimento especial que irá possibilitar maior segurança jurídica na tentativa de solucionar o problema dos sócios que estão em litígio.

Face à interpretação dos artigos que compõe o Capítulo V, ao tratar da dissolução parcial de empresa, foi possível verificar uma amplitude do assunto no que se refere nos objetos da Ação elencados no artigo 599 do Novo Código.

Ainda, verifica-se que na redação dos artigos o legislador se equivoca na utilização de determinadas terminologias. Como mencionado, no artigo 599, §2º o caso e questão é tratado como dissolução parcial quando na verdade há que se falar em extinção, já que o não cumprimento do fim social é hipótese de extinção, e não dissolução parcial.

Dessa mesma forma, o artigo 603, *caput*, do Código de Processo Civil afirma que o juiz decretará a dissolução parcial da sociedade e passará a fase de liquidação. Ocorre que antes da liquidação, faz-se necessário realizar a apuração dos haveres.

São esses pequenos detalhes que, apesar de pequenos, fazem toda diferença na interpretação da legislação e aplicabilidade nas relações do cotidiano da sociedade, ao confeccionar o contrato social e seu estatuto societário. Contudo, a dificuldade maior será detectada no momento da propositura da ação, no momento de apresentação da defesa ou até mesmo no momento do julgamento da ação pelo magistrado.

Por fim, pode-se extrair da análise realizada dos artigos que dissertam a respeito da Dissolução parcial da sociedade que mesmo diante das lacunas, falhas e contradições cometidas pelo legislador, espera-se que as inovações junto ao procedimento especial trazidas

pelo atual Código de Processo Civil possam solucionar, de forma mais ágil, eficiente e com maior segurança jurídica os problemas havidos dentro das sociedades, que acabam terminando na dissolução parcial da sociedade.

Referências

- ADIER, Moacir. **Dissolução parcial de sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada**. Revista Jurídica, nº 280, p. 61-72, fev. 2001.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Novo Código de Processo Civil**.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**
- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**.
- BRASIL. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**.
- BORBA, José Ewaldo Tavares. **Direito Societário**. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 89.
- CARNEIRO, Raphael Funchal. [Ação de dissolução parcial de sociedade no novo CPC](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, **ano 20, n. 4305, 15 abr. 2015**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37923>>. Acesso 24 jun. 2018.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil: parte especial**: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13, p. 330
- COELHO, Fabio Ulhoa. **A ação de dissolução parcial de sociedade**. 2011. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1>> Acesso 17 jun .2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 152.

DUTRA, Victor Barbosa. **Novo CPC e dissolução parcial de sociedade**. 2015. Disponível em: <http://sinfacrj.com.br/noticias_ver.php?&id=260> Acesso 17 mar. 2016.

GARCIA, Andressa. Como surgiu a sociedade empresária? Um breve conceito histórico da origem das sociedades empresárias. 2015. Disponível em: <<http://garciandressa.jusbrasil.com.br/artigos/225684685/como-surgiu-a-sociedade-empresaria>> Acesso em 17 jun. 2018.

GUERRA, Luiz. **Ação de dissolução parcial de sociedade no novo CPC**. 2015. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2015/08/acao-de-dissolucao-parcial-de-sociedade-no-novo-cpc/>> Acesso 18 mar. 2016.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa: volume 1 : teoria geral da empresa e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 576.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIBAS, Roberta de Oliveira e Corvo. **As Causas De Dissolução Parcial Da Sociedade Empresária Limitada**. 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/5/art20150512-05.pdf>> Acesso 17 jun. 2018.

ROCHA FILHO, José Maria; ROCHA, Gustavo Ribeiro. **Curso de direito comercial: teoria geral da empresa e direito societário**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 372.

ROVAL, Armando Luis. **Dissolução parcial de sociedade no novo CPC**. 2015. Disponível em: <<http://alfonsin.com.br/dissolucao-parcial-de-sociedade-no-novo-cpc/>> Acesso em 17 jun. 2018.

SANTOS, Thiago Carvalho. **Breves considerações sobre a dissolução parcial das sociedades empresárias**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7217/Breves-consideracoes-sobre-a-dissolucao-parcial-das-sociedades-empresarias>> Acesso 20 jun. 2018.

SOTTO-MAIOR, Felipe Linetzky. **Dissolução Parcial: a Retirada Imotivada do Sócio nas Sociedades Limitadas.** 2011. Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/79787348/3/EVOLUCAO-HISTORICA-DO-DIREITO-SOCIETARIO-NO-BRASIL>> Acesso 20 jun. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial.** 6ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. 212 p. v. 01

ZANETTI, Robson. **Dissolução Societária.** 2011. Disponível em: <<http://www.robsonzanetti.com.br/v3/artigo.php?id=239&idCat=8>> Acesso 18 jun. 2018.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial.** 2ª. Ed. São Paulo. Malheiros, 2010. V.2. p.254.

A fertilização artificial post-mortem interpretada a luz do artigo 1597, III, do código civil e da capacidade sucessória do embrião.

Matheus Felipe Moreira Zanetti¹

Ana Carolina Cruz Valadao²

1. Introdução

Não restam dúvidas que os avanços tecnológicos influenciam em vários institutos jurídicos, pois, acarretam, em sua maioria, impactos sociais que necessitam ser revisitados. Com as técnicas de reprodução artificial, não seria diferente, pois, impacta diretamente não apenas no direito de família (filiação, paternidade, etc.), mas também no direito das sucessões, principalmente nos aspectos temporais e patrimoniais que o esgotamento da vida vem a desencadear.

Apesar de já ser uma realidade existente há alguns anos, as técnicas de reprodução assistida permanecem até o presente

¹ Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-graduado em Direitos dos Contratos pela Faculdade Unyleya; Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá; Participou do Curso de atualização em Direito da Fordham University em Nova Iorque. Atualmente é Advogado no Núcleo de Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: Zanetti.matheus@yahoo.com.br.

² Estudante de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: anacarolinavaladao@hotmail.com

momento sem regulamentação legal, sendo apenas mencionadas em alguns dispositivos do Código Civil, e em Resoluções do Conselho Federal de Medicina, não possuindo esses, força normativa.

Nó Código Civil, um dispositivo que trata especificamente sobre o tema, mas de forma rasa, é o art. 1597 em seu inciso terceiro, que presume a paternidade àqueles nascidos das técnicas de reprodução assistida, ainda que falecido o marido.

O presente dispositivo, ao tentar, adequar os direitos sucessórios às evoluções tecnológicas trouxe polêmicas, as quais o presente artigo visa analisar, especificamente no direito sucessório, que ao aplicar presunção de paternidade aos filhos havidos por este meio, ainda que falecido o marido, não trata sobre a legitimidade e a capacidade sucessória deste filho, nem como e em que prazo teria esse para requerer seu quinhão hereditário.

Para tanto, com o objetivo de analisar as posições doutrinárias sobre o tema no cenário jurídico brasileiro, utilizar-se-á de uma pesquisa exploratória com metodologia indutiva, através de pesquisas bibliográficas.

Primeiramente serão analisados, em apertada síntese, alguns conceitos sucessórios, como o momento que se transfere a herança, quem são os legítimos para figurar como herdeiros ou testamentários e, analisaremos também, os filhos, inclusive aqueles havidos por técnicas de reprodução assistida, como herdeiros necessários.

Posteriormente, serão estudadas as especificidades das técnicas de reprodução assistidas, especialmente a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, sob a ótica da resolução 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina. Serão analisados alguns pontos chave que envolve tais técnicas, como por exemplo, a diferença entre inseminação (homóloga e heteróloga) e a fertilização *in vitro*, o lapso temporal que as partes possuem quando escolher manter em o material genético congelado, dentre outros.

Por fim, serão analisados os reflexos que as técnicas de reprodução assistida causam ao direito sucessório do filho

concebido através de fertilização, especificamente sobre a sua capacidade sucessória e o lapso temporal que possui para requerer seu quinhão hereditário.

2. Conceitos sucessórios

A sucessão inicia-se com a morte, assim, aberta a sucessão, a herança é transmitida desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários, disposição do art. 1.784 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Ao dispor sobre a sucessão Washington de Barros Monteiro, preconiza: “emprega-se o vocábulo num sentido mais restrito, para designar tão somente a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento” (MONTEIRO, 2009, pág.1). Compreendem-se como herdeiros legítimos aqueles que a lei prevê como tal e testamentários aqueles que, em ato de última vontade do falecido, são contemplados como herdeiros.

Ainda no tocante aos sucessores do *de cujus*, insta salientar, que os herdeiros legítimos indicados pelo art. 1.829 do Código Civil serão chamados a suceder conforme a ordem de vocação prevista nesse dispositivo legal (BRASIL, 2002). Ademais, o Código traz em seu art. 1845 quem são os herdeiros necessários, quais sejam: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, esses que terão de pleno direito a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (BRASIL, 2002).

Logo, é possível destacar três importantes pressupostos do Direito Sucessório, a morte, o patrimônio – bens e direitos- e a existência após a morte, ainda que por tempo exíguo, dos herdeiros. Esclarece-nos Gonçalves (2010) que:

Embora não se confundam a morte com a transmissão da herança, sendo aquela pressuposto e causa desta, a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o

próprio *de cuius* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo. Para que a transmissão tenha lugar é necessário, porém: a) que o herdeiro exista ao tempo da delação; e b) que a esse tempo não seja incapaz de herdar (GONÇALVES, 2010, p. 38).

A partir dessa premissa, entende-se que para ser herdeiro deve-se cumprir requisitos mínimos, compreendidos como capacidade sucessória ou legitimação para suceder, o que não se confunde com capacidade civil. A capacidade sucessória está genericamente prevista no art. 1798 do Código Civil, o qual dispõe: “Legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL,2002). Pereira (2015) nos explica que:

A apuração da capacidade sucessória decorre da verificação de um conjunto de pressupostos que se resumem nestas duas circunstâncias: a existência para fins de sucessão e sua convocação para receber por causa de morte (PEREIRA, 2015, p. 25).

Entretanto, essa disposição vem acompanhada de exceções, dentre as quais se destaca a previsão do art. 1597, III, do Código Civil, vejamos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; (BRASIL,2002).

Inúmeras foram às críticas ao legislador sobre a inclusão do referido inciso sem que regulasse de forma mais incisiva as técnicas de reprodução assistida, porém, conforme pode se auferir na justificativa dada por Miguel Reale citado por Karla Ferreira de Carvalho Fischer (2008), foi a opção de o legislador tratar o tema de forma vaga, para que fosse esse tratado pelas vias infraconstitucionais :

A experiência jurídica, como tudo que surge e se desenvolve no mundo histórico, está sujeita a imprevistas alterações que exigem desde logo a atenção do legislador, mas não no sistema de um código, mas sim graças a leis especiais, sobretudo quando estão envolvidas tanto questões de direito quanto de ciência médica, de engenharia genética, etc. exigindo medidas prudentes de caráter administrativo, tal como se dá, por exemplo, no caso da fecundação *in vitro*. Em todos os países desenvolvidos, tais fatos são disciplinados por uma legislação autônoma e específica, inclusive nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, nações por sinal desprovidas de Código Civil, salvo o caso singular do Estado da Luisiana na grande república do Norte, fiel à tradição do direito francês. Como se vê, a atualidade da nova codificação brasileira não pode ser negada com base em realizações científicas supervenientes, que por sua complexidade, extrapolam do campo do direito civil, envolvendo outros ramos do direito, além, repito, de providências de natureza meta jurídica. (REALE, Miguel apud FISCHER, Karla Ferreira de Carvalho, 2008, p.8)

Da situação narrada na lei civil extrai-se que apenas se presume filho do *de cujus*, a criança concebida de mãe viúva, ou seja, aquela que não se casou novamente ou constituiu nova união estável, sendo considerada concebida na constância do casamento. Interpretação essa que foi consubstanciada na I Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte” (Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados, p. 28, grifo acrescido).

Por conseguinte, a criança gerada por fertilização artificial homóloga após a morte do genitor, ou seja, com material genético do falecido, terá assegurada a presunção de paternidade. Tal previsão busca acompanhar os avanços tecnológicos na medicina,

contudo, traz ao cenário nacional discussões jurídicas no tocante a sua repercussão no Direito Sucessório, que serão posteriormente tratadas neste artigo.

3. Reprodução humana assistida e a resolução nº 2.168/2017 do conselho federal de medicina

A reprodução humana assistida fruto de avanços no campo da ciência, tecnologia e medicina, tem como escopo viabilizar a procriação humana em casos de infertilidade. Ademais, no cenário atual, é responsável por proporcionar e estimular o planejamento familiar. Destaca Fischer (2008) que:

(...) com os avanços biotecnológicos nesta área, as técnicas de reprodução humana assistidas estão cada vez mais próximas do cidadão comum, não podendo mais ser considerada uma prática de poucos. O próprio texto constitucional (art. 226, § 7º, CF), acompanhado da legislação especial (Lei n. 9.263/1996 – Lei do Planejamento Familiar), vem estabelecer normas para o acesso às técnicas de reprodução humana assistida buscando possibilitar a qualquer cidadão o livre acesso ao planejamento familiar” (FISCHER, 2008, p. 9).

Existe hoje uma gama de técnicas de reprodução assistida, entretanto, duas delas são amplamente utilizadas no país, à fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, que são técnicas distintas, porém muito confundidas pela doutrina quando versa sobre o tema. De maneira geral, a fertilização *in vitro* enseja a coleta do óvulo e do sêmen e a fecundação ocorrerá em laboratório. Somente após o procedimento, o óvulo já fecundado será colocado no útero da mulher.

A fertilização *in vitro* pode ser realizada através de duas técnicas distintas, uma clássica, denominada FIV e uma mais elaborada denominada ICSI, Gimenes (2009) as define bem:

Existem duas técnicas a FIV clássica em que se coloca um óvulo em contato com vários espermatozoides e a ICSI em que se injeta um espermatozoide dentro do óvulo. A técnica consiste em estimular a indução de ovulação, através de medicação, extrair o óvulo maduro de dentro do ovário da mulher e colher o sêmen do genitor. No laboratório, os óvulos são colocados em um recipiente com os espermatozoides (FIV clássica). Na ICSI apenas um espermatozoide é injetado dentro do óvulo ocorrendo à fecundação e formando o zigoto (pré- embrião) (GIMENES, 2009, p. 29).

Já a inseminação artificial enseja a coleta do sêmen, a separação dos espermatozoides em laboratório e posterior colocação desses na cavidade uterina da mulher, configurando assim um procedimento mais simples.

Importante ainda ressaltar que existem classes de reprodução, homóloga, quando o material genético utilizado é do casal, pai e mãe, e heteróloga, quando o material genético utilizado é de terceiro, alheio ao planejamento familiar. Melhor nos explica Souza (2010) que:

Para o Código Civil, (...) serão homólogas quando realizadas com espermatozoide do próprio marido (ou companheiro, para aqueles que admitem a aplicação do art. 1.597 do CC àqueles que vivem ou viveram em união estável). Serão heterólogas quando realizadas em mulheres casadas (ou que vivam em união estável), com espermatozoide de uma terceira pessoa (doador)” (SOUZA, 2010, p. 4).

Outro ponto de importante tratamento é a distinção conceitual de gameta e embrião, pois ainda que qualquer técnica de reprodução assistida se utilize de gametas, nem sempre o gameta é injetado no sistema reprodutor feminino. Ao definir gameta Duarte (2017) preconiza:

Gametas são as células sexuais de todos os seres vivos. Todos os organismos com reprodução sexuada precisam produzir gametas, tanto plantas como animais. Existem gametas masculinos que são chamados espermatozoides (animais) ou anterozoides (plantas) e femininos, chamados óvulos

(animais) ou oosferas (plantas). Essas células são responsáveis por carregar as características genéticas que serão transmitidas de uma geração para outra (DUARTE, 2017).

Já ao conceituar embrião, Meldau (2018), dispõe:

O embrião é uma estrutura originária da [fertilização](#) de um [óvulo \(gameta feminino\)](#) por um [espermatozóide \(gameta masculino\)](#). Logo após a fertilização, a estrutura gerada passa a ser chamada de zigoto, em seguida, começa a dividir-se em várias células, iniciando o desenvolvimento de vários órgãos e tecidos, recebendo então o nome de embrião até o final da 8ª semana após a fertilização (MELDAU, 2018).

A diferenciação é relevante, pois a doutrina se divide nas discussões sobre a capacidade sucessória *post mortem* em casos de inseminação, ou seja, de utilização dos gametas e também discute a capacidade sucessória *post-mortem* no caso de embriões, utilizados em casos de fertilização *in vitro*, tema do presente artigo.

Dito isso, destaca-se a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que cria normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Em princípios gerais, a referida Resolução explicita a obrigatoriedade do livre consentimento e do devido esclarecimento, inclusive jurídico, a todos os pacientes submetidos a estas técnicas. Importante destacar, ainda, que os esclarecimentos e a concordância com os termos do procedimento, obtido por meio de discussão entre as partes envolvidas, serão documentados, por escrito (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017). Assim, de plano, já se tem consubstanciado o pleno consentimento daquele que opta pela realização de procedimentos deste gênero.

Igualmente, prevê a criopreservação de embriões, ou seja, seu resfriamento para posterior utilização, disposição de extrema importância para o tema tratado neste trabalho. Destaca-se o inciso V:

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou **falecimento de um deles ou de ambos**, e quando desejam doá-los” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, grifo acrescido).

A Criopreservação é de suma importância para o presente trabalho, pois, é através de um embrião criopreservado que se faz possível à fertilização *post-mortem*, é neste sentido que preconizam Chaves e Rosenvald (2018):

Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão, e não de exclusão). A outro giro, se não havia concepção, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia, porque as situações são absolutamente distintas e a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual (CHAVES; ROSENVALD, 2018, p.138).

Porquanto, é facultado as partes, na Resolução 2.168/2017, em seu título V inciso 4, a possibilidade de manter em laboratório os embriões prontos para serem inseminados, que poderão, caso assim desejem, ser descartados no lapso temporal de 3 (três) anos.

Destaca-se ainda o inciso VIII, que deixa claro e expresso que “é permitida a reprodução assistida post-mortem que haja **autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado**, de acordo com a legislação vigente” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017 grifo acrescido). Contudo, quanto à autorização expressa à doutrina diverge novamente conforme veremos em tópicos futuros deste trabalho.

Nesse sentido, vislumbra-se que não há qualquer vedação no ordenamento jurídico à fertilização artificial post-mortem de

embriões, constituindo “temática aberta no nosso direito e, assim, apta as mais diversas interpretações. A questão polêmica é justamente definir qual a qualificação jurídica do nascido, mediante procriação artificial, ocorrida após a morte do *de cujus*” (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, pág. 5).

4. Fertilização artificial *post-mortem* e as implicações no direito sucessório

Como já destacado alhures, o art. 1597, III do Código Civil traz ao ordenamento situação peculiar no tocante à fertilização post-mortem, vislumbrando a presunção de paternidade dos filhos havidos através das técnicas de reprodução assistida, considerados concebidos na constância do casamento.

Neste mesmo sentido, questionam Chaves e Rosenvald (2018, p.137): “Acesas discussões são travadas acerca da situação sucessória do embrião laboratorial: a expressão “já concebidas” do texto legal (CC, art.1.798) abrange, também a concepção laboratorial? Em outras palavras o embrião concebido no laboratório (criogenizado) e ainda não implantado no útero também tem direito sucessório ?

Nesse contexto, também questiona, Caio Mário da Silva Pereira: “Resta saber como semelhante “presunção” (*rectius*, ficção) se harmoniza com a regra do art. 1798, que apenas reconhece legitimação sucessória às “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”” (PEREIRA, 2015, pág. 27).

Nesse cenário se iniciam inúmeras controvérsias doutrinárias no ramo do Direito Sucessório, surgindo indagações a respeito da capacidade sucessória do filho havido por fecundação artificial, da insegurança jurídica que tal previsão pode acarretar, fazendo com que a doutrina se divida em dois segmentos, que melhor nos exemplifica Pereira:

(a)para uns, não têm legitimidade sucessória(Jussara Maria Leal de Meirelles, “Os Embriões Humanos Mantidos em Laboratório e

a Proteção da Pessoa: o Novo Código Civil Brasileiro e o Texto Constitucional” in *Novos Temas de Biodireito e Bioética*, org. por Heloisa Helena Barbosa e outros, Renovar, 2003 pág. 89; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1800),

(b) para outros autores, tais pessoas têm legitimação sucessória, cabendo-lhes reivindicar sua parte na sucessão por meio de ação de petição de herança, caso já efetivada a partilha ao tempo de seu nascimento (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Capacidade para testar*,...,pág. 208, Débora Gozzo, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, comentário ao art. 1.787; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 12.2.).” (PEREIRA, 2015, p. 28).

Da corrente que entende que o fato de serem concebidos após a morte do genitor, desqualifica a capacidade sucessória da eventual prole, ainda que já concebidas laboratorialmente, temos, por exemplo: Silvio de Salvo Venosa, Francisco José Cahali e Maria Helena Diniz.

Para Venosa (2008), o embrião criopreservado não pode ser considerado concebido e por tal motivo não poderá ser considerado herdeiro:

Os filhos concebidos post mortem, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O atual Código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (art. 1.799, I, e 1.800) (VENOSA, 2008, p. 229).

Compartilhando do mesmo entendimento, Maria Helena Diniz (2006) abomina qualquer possibilidade de considerar a presunção de paternidade de um herdeiro concebido pela inseminação *post-mortem*:

Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos

sucessórios ao que nascer por inseminação “post mortem”, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu genitor genético (CC, artigo 1.798) (DINIZ, 2006, p. 558)

Entretanto, do outro lado, temos aqueles autores que não veem problema em considerar a capacidade sucessória nos casos de fertilização post-mortem. Inúmeros são os seus argumentos.

Inicialmente, é importante destacar que o Código Civil ao fazer tal disposição cria uma ficção jurídica, que prevê que o filho havido por fertilização artificial foi concebido na constância do casamento, neste sentido advoga Fábio Ulhoa Coelho: “para que não ocorra discriminação da filiação, deve-se considerar que os embriões crioconservados produzidos com o material genético fornecido por pessoas casadas ou em união estável têm capacidade para suceder se vierem um dia a ser inseminadas num útero e nascerem com vida” (ULHOA, Coelho, 2013, p.253).

Ademais, não é possível distinguir o filho que foi concebido através da técnica da fertilização *in vitro* post-mortem de qualquer outro filho. Tal previsão está consubstanciada na Constituição no art. 226, § 6º vejamos: “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, não há que se falar em impossibilidade de herdar, já que é assegurado aos descendentes, de pleno direito, metade dos bens da herança.

Noutro giro, a Constituição da República traz previsão quanto ao planejamento familiar ao dispor em seu art. 226, §7º que “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, 1988).

Assim, tem-se que a opção do casal em criopreservar o embrião é ato que configura planejamento familiar, que enseja a livre manifestação de vontade, previsão que também está contida no Regulamento 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina, para que haja a utilização do material genético criopreservado é necessária autorização expressa do falecido por escrito.

Tal posicionamento também é defendido por Cristiano Colombo, que dispõe: “Havendo autorização prévia do marido, presume-se que a concepção deu-se na Constancia do casamento e, por isso, há que se presumir fictamente e, para todos os efeitos legais, que a concepção ocorreu quando o pai ainda encontrava-se vivo”. (COLOMBO, 2012, p.254).

Portanto, se há autorização expressa do marido ou companheiro dispondo de seu material genético em favor de sua esposa ou companheira para posterior prole, há evidente ato voluntário, podendo ser inclusive considerado ato de última vontade.

Todavia, no que concerne à autorização expressa do marido ou companheiro, imprescindível ressaltar a posição de Farias e Rosenvald (2018), que entendem que mesmo sem a autorização expressa, nos casos de embriões criopreservados, ou seja, já concebidos laboratorialmente há direito sucessório garantido, ainda que tenha que se provar por outros meios a filiação:

A outro giro, se o falecido não consentiu expressamente o uso de seu material genético após o seu óbito, mas o deixou congelado e a esposa veio a utilizá-lo embora não seja caso de incidência de paternidade, será caso de determinação biológica da filiação. Em outras palavras, o filho não ficará sem pai. Quanto ao direito hereditário, volta-se ao comando do multifacetado art.1.798: se já havia concepção no momento da morte, há direito sucessório garantido por força da lei (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.139).

Este, porém, não parece ser o entendimento aplicado pelos Tribunais Nacionais, que condicionam à autorização expressa para

a aplicação do disposto no art. 1597, III do Código Civil, conforme se verifica com a ementa abaixo do Tribunal do Distrito Federal:

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 2. "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina) 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - EIC: 20080111493002, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 25/05/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/06/2015 . p. 82)

Noutro giro, têm-se inúmeras indagações, por parte da doutrina, no tocante à insegurança jurídica isto porque, não entendem que exista previsão, legal ou infralegal, que estabeleça prazo para conservação do material genético, podendo esse ser criopreservado por décadas. Contudo, vislumbra-se solução trazida por Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2005), vejamos:

Objetivando não permitir que se prolongue indefinidamente a perspectiva da fecundação post mortem entendemos que deverá o falecido haver estabelecido, por documento escrito ou através de testamento, prazo não superior a dois anos para realização do

procedimento e concepção de sua prole eventual, caso contrário, há de se aplicar, por analogia, o prazo máximo de dois anos, previsto para concepção da prole eventual de terceiro, beneficiada na sucessão testamentária, de acordo com o artigo 1.799, inciso I, c/c artigo 1.800, § 4º, do Código Civil (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, p. 23).

Porém, em contrapartida ao pensamento supramencionado, há de ressaltar os ensinamentos de Farias e Rosenvald (2018), que aduzem:

Em qualquer hipótese, reconhecido direito sucessório ao filho concebido artificialmente, não há, inclusive, qualquer empecilho temporal para que o filho nascido por fertilização assistida reclame a sua herança. Isso porque o embrião já concebido e ainda estando no laboratório terá de ser implantado no útero no prazo máximo de três anos, conforme previsão expressa no art. 5º, Lei nº 11.105/05- Lei de Bio-segurança, cuja compatibilidade com Texto Constitucional foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3510/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Ultrapassado o referido lapso temporal, o embrião terá de ser implantado para fins reprodutivos ou, caso não mais se tenha interesse gestacional, será descartado, encaminhado para pesquisas com células-tronco (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 139).

Assim, tem-se que o filho concebido por fertilização artificial post-mortem tenha assegurado seu direito de herdar e, refutando, para tanto, os argumentos de que tal lapso temporal causaria insegurança jurídica.

5. Conclusões

Sabe-se que há todos um dia será aplicável às normas trazidas pelo Código Civil no que tange ao direito sucessório e, talvez, por este motivo optou o legislador por detalhar ao máximo tais regras, como exemplo: o momento que ocorre a sucessão, o momento em

que é transferida a herança, a quem será transmitida e em que ordem, etc.

Porém, com os avanços tecnológicos, principalmente advindos da globalização, o legislador é constantemente chamado a se adequar, por vezes o faz através de Leis, emendas constitucionais ou por jurisprudências, por outras fica a cargo de instituições a tentativa de ao menos regulamentar. Foi o que aconteceu com as técnicas de reprodução assistida, que até o presente momento não são tratadas em nenhuma norma legal, mas apenas em resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Não se pode deixar, contudo, de reconhecer o grande avanço tecnológico, principalmente no campo da medicina, que as técnicas de reprodução assistidas trouxeram para a sociedade em geral. Da mesma forma não podemos deixar de analisar as suas consequências jurídicas, sejam aquelas causadas pelo procedimento em si, seja aquelas causadas pela ausência legal que trazem ao direito de família e também ao direito das sucessões.

Ademais, se faz cada vez mais necessário trabalhar tais técnicas, pois o que se vivencia no âmbito acadêmico é uma confusão conceitual das técnicas de reprodução assistida que fomentam ainda mais as lacunas deixadas pelo legislador, principalmente no direito sucessório.

Imprescindível tratar tais lacunas com a ideia de que inseminação artificial seja ela homologa ou heteróloga, é um procedimento diferente de fertilização *in vitro*, conforme tentou demonstrar no presente trabalho. Noticiar a diferença técnica-conceitual se faz de suma importância, pois, o recorte do presente artigo é sobre as consequências causadas no direito sucessório dos embriões crioconservados, ou seja, aqueles advindos da fertilização *in vitro*. Entretanto, a fim de fomentar o debate e a produção acadêmica, vale ressaltar, a existência de discussões acadêmicas a cerca da criopreservação de gametas e capacidade sucessória em casos de inseminação artificial, não tratada neste trabalho somente

por opção metodológica, mas não são menos interessantes ou importantes.

Especificamente no direito sucessório, podemos encontrar algumas menções as técnicas de reprodução assistida, que por opção do legislador, conforme tratamos no presente trabalho, foi tratada de forma vaga, na expectativa de um tratamento infralegal mais detalhado, que conforme dito alhures ainda não veio, mas causa discussões, como por exemplo, o art. 1597, III do Código Civil. Ao tentar se adequar a modernidade, foi incluída a hipótese de presunção de paternidade aqueles filhos advindos de inseminação artificial homologa, questiona-se, portanto, como ficaria a capacidade sucessória de um embrião criopreservado na inseminação post-mortem?

Foi possível detectar a existência de duas correntes doutrinárias, uma opondo a ideia de que o nascimento de um embrião por fertilização artificial, após a morte do genitor anularia a capacidade sucessória deste, por afronta ao disposto no art. 1798 do Código Civil que dispõe que somente possui capacidade sucessória aqueles já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Em contrapartida, outra parte da doutrina, entende que existe a capacidade sucessória, e justificam suas afirmações com base em preceitos constitucionais como o princípio da igualdade entre filhos, além de preceitos infralegais, bem como a ideia de que não existe diferença entre concepção natural e concepção laboratorial e que por tal motivo, é considerada a presunção da paternidade bem como é reconhecida a capacidade sucessória.

Data vênua do posicionamento firmado pela primeira corrente entende-se que o filho concebido por fertilização artificial post-mortem tem legitimação sucessória como qualquer outro herdeiro vivo ou concebido naturalmente, pois, compartilha-se da ideia de que não há diferenças entre a concepção natural e laboratorial, modificando somente o momento em que ocorre.

Inconcebível nos parece excluir a capacidade sucessória de um herdeiro que foi expressamente desejado pelos genitores, somente porque este veio a nascer após o falecimento do seu genitor. Pois, conforme também tratado neste trabalho, deve haver autorização, ainda que tácita, dos pais ao optar pela criopreservação dos embriões sobre a possibilidade da fertilização post-mortem.

Ademais, não se entende que tal possibilidade ensejaria insegurança jurídica, pois, conforme já tratado, a Lei 11.105/05, conhecida como a Lei de Bio-segurança, em seu artigo 5º estabelece que em um lapso temporal de três anos, o embrião deve ou ser implantado para reprodução ou ser encaminhado para pesquisa com células tronco. Coadunamos com a ideia de que o lapso temporal de três anos, não traz aos herdeiros nenhuma insegurança jurídica, nem pelo tempo em si, nem pela possibilidade de se reservar quinhão hereditário ao possível herdeiro, mesmo porque, em casos de inventário judicial, três anos não seria o prazo mínimo para encerramento de um procedimento simples.

Por fim, entende-se que há de se garantir a capacidade sucessória em casos de fertilização post-mortem, e que deve ao menos ser assegurado o quinhão hereditário sem que cause aos demais herdeiros quaisquer transtornos. Entende-se, também, que seja necessário o tratamento mais adequado as técnicas de reprodução assistida, a fim de que seja, devidamente legisladas com força normativa, não podendo nos valer apenas de Resoluções dos Conselhos de Medicina. O direito como “organizador” de fatos sociais deve tratar de forma clara e concisa as realidades existentes, como são as técnicas de reproduções assistidas.

Referências

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório.** Disponível em:< http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 22 de jun. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Organização dos textos por Aloyzio Nunes Ferreira Filho. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em : 22 de jun.2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (de 5 de outubro de 1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL, TJ-DF - **EIC: 20080111493002**, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 25/05/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/06/2015 . Pág.: 82)

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 6. Ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.165/2017**. Disponível em: <
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 23 de jun. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva 2006.

DUARTE, MICHELLE. **Gameta e Gametogênese**. Disponível em <
<https://www.todamateria.com.br/gametas-e-gametogenese/>>. Acesso em 05 de julho de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, v. 7 Sucessões**. 4.ed. Salvador: Ed. JusPodivum,2018.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial post-mortem e seus reflexos no direito sucessório**. Disponível em <
[http://www.ibdfam.org.br/ img/congressos/anaais/224.pdf](http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anaais/224.pdf)>. Acesso em 03 de julho de 2018.

GIMENES, Giselle Cristina Alves. **As técnicas de Reprodução Humana Assistida e as suas implicações na esfera da Responsabilidade Civil**. Disponível em <
<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14290/14290.PDF>>. Acesso em 05 de julho de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, volume 7: direito das sucessões**/Carlos Roberto Gonçalves. – 4ª Ed- São Paulo: Saraiva, 2010.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em:< <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 29 de jun. 2018.

MELDAU, Débora Carvalho. **Embrião**. Disponível em < <https://www.infoescola.com/embriologia/embriao/>>. Acesso em 05 de julho de 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 37. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V.3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil/ Atual**. Carlos Roberto Barbosa Moreira. – 22. Ed- Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOUZA, Marise Cunha de. **As Técnicas de Reproução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética**. Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018

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

A imposição da guarda compartilhada: surgimento, análise crítica e aplicabilidade nos casos concretos

Julia Duarte Gontijo¹

1. Introdução

O objetivo desse artigo é analisar o surgimento da guarda compartilhada como imposição no ordenamento jurídico brasileiro e o reflexo e aplicabilidade desta imposição nos casos concretos.

A guarda dos filhos quando os pais vivem juntos ocorre naturalmente de forma conjunta. Quando os pais se separam, de fato ou judicialmente, e passam a não partilhar mais do mesmo propósito, é que surge a necessidade de que a guarda dos filhos seja regulada.

A proposta da guarda compartilhada é atribuir a ambos os genitores a efetiva participação na vida e cotidiano dos filhos. O instituto surgiu em nosso ordenamento através da Lei nº 11.698/2008, tendo sido parcialmente alterada pela Lei nº 13.058/2014, por meio da qual passou a ser o regime de guarda obrigatório.

O texto que ora se apresenta surgiu da inquietação referente à imposição de um instituto que, ao que nos parece, pressupõe e

¹ Cursando disciplina isolada no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Direito da PUC Minas. Pós-graduada em Direito Processual no Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Assessora Judiciária na 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

convivência amigável dos guardiões. Até que ponto a intervenção trazida com a nova lei de guarda compartilhada pode ser de fato benéfica e atender ao melhor interesse das crianças?

No título dois teci considerações acerca do poder familiar, trazendo a evolução jurídica do conceito desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais.

No título três, fiz incursões acerca da guarda compartilhada no Direito Italiano, e, posteriormente, no título quatro, apresentei o surgimento da guarda compartilhada e da sua imposição no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, cuidei de demonstrar a aplicação da guarda compartilhada nos tribunais brasileiros, possibilitando ao leitor a reflexão acerca da efetividade do instituto no Brasil.

2. Considerações sobre o poder familiar

No Código Civil de 1916 o “poder” em relação aos filhos era exercido exclusivamente pelo pai, era o chamado “pátrio poder”, segundo o qual o pai, tido como chefe e cabeça da família, era quem deliberava sobre os direitos e deveres concernentes aos filhos, sendo que a mãe só assumia tal condição com a ausência ou impedimento do marido.

Com o advento da Lei nº 4.121/62, o chamado “Estatuto da mulher casada”, o pátrio poder continuou a ser exercido pelo marido, mas com o acréscimo de que teria a colaboração da mulher para tanto, sendo o já revogado parágrafo único do art. 38º do CC, explícito em dizer que, existindo divergência entre os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, deveria prelavecer a decisão do genitor, restando à genitora a possibilidade de recorrer ao juiz para que pudesse intervir.

O termo “poder familiar”, disciplinado no Código Civil vigente, deriva do empoderamento feminino e do tratamento isonômico para o homem e a mulher, concedido pelo art. 222, §5º da Constituição Federal da República.

De acordo com a legislação atual, até que atinjam a maioridade, os filhos estão sujeitos ao poder familiar dos pais. Nos termos do art. 1.634 do Código Civil, o poder familiar compete ao pai e à mãe, independente da situação conjugal que tenham, e consiste, por exemplo, em dirigir aos filhos a criação e a educação, exercer a guarda, conceder ou negar consentimento para que se casem, viajem ou mudem sua residência para outro Município – se menores, bem como em representá-los e assisti-los judicial e extrajudicialmente e, ainda, em exigir que prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O art. 1.632 do mesmo diploma, traz expressamente, que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre os pais e filhos, ou seja, não tiram dos pais o exercício do poder familiar, ainda que não tenham a guarda dos filhos.

Além disso, nos termos do §5º do art. 1.583 do CC, o genitor que não detém a guarda do filho, continua tendo a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos e, para atingirem tal intento, podem solicitar informações ou prestação de contas em assuntos ou situações que afetem a saúde física e psicológica, bem como a educação dos filhos. O genitor que não é guardião também poderá visitar os filhos e tê-los em sua companhia, conforme o que for decido consensualmente e, ainda, fiscalizar a manutenção e educação dos filhos.

Apesar de os diplomas legais ainda manterem o termo “poder familiar”, muitos doutrinadores, a citar Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria Berenice Dias, têm utilizado em substituição o termo “autoridade parental”.

É que ao alterar o antigo pátrio poder para o atual poder familiar, o legislador focou em extinguir a discriminação legal entre os genitores do sexo masculino e feminino, mas manteve o enfoque no termo “poder”, que não se revela o mais adequado à luz da doutrina da Proteção Integral trazida com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, e com os

princípios do superior interesse das crianças e da prioridade de tratamento que devem receber, nos termos do art. 227 da Constituição Federal da República.

A primazia do interesse das crianças como objeto jurídico de proteção é tratada de forma interessante por Tavares. Cumpre transcrever:

Se houvesse a inserção dos menores no mesmo nível de tratamento dispensado às demais pessoas, haveria um completo desrespeito à sua natureza peculiar e ao princípio da dignidade da pessoa humana, que obriga a considerar as peculiaridades próprias da natureza do ser humano em desenvolvimento (do menor). É por esse motivo que a Constituição fala de um “direito a proteção especial” (art. 227, §3º), “legislação tutelar específica” (art. 227, §3º, IV), e deixa certa, em inúmeras passagens, a preocupação em diferenciar a tutela dos menores da tutela em geral, quanto aos direitos a todos assegurados (TAVARES, 2010).

Assim, em um contexto como o delineado, no qual as crianças são objeto de proteção integral, é que se insere a nova concepção doutrinária de “autoridade parental”, segundo a qual os filhos não seriam considerados apenas sujeitos passivos de direito, mas também sujeitos ativos. Nas palavras da doutrinadora e advogada Ana Carolina Brochado Teixeira:

Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias que ressaltam a função promocional do direito, o relacionamento entre genitores e filho passou ter como objetivo maior tutelar o desenvolvimento da personalidade deste e, portanto, o exercício de seus direitos fundamentais, para que possa, nesse contexto, edificar sua dignidade como sujeito. A autoridade parental, nesse aspecto, foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. O processo de educá-los decorre dos princípios da paternidade/maternidade responsável e da doutrina da proteção integral, ambos com sede constitucional, o que lhes garante prioridade absoluta.

Os filhos, sob tal perspectiva, não são sujeitos passivos da relação com os pais. Também não constituem objeto dos poderes e dos deveres embutidos no conteúdo da autoridade parental. Tornaram-se protagonistas da própria história e do próprio processo educacional. A função educativa se consubstancia em um processo dialético entre pais e filhos; tanto que a doutrina italiana sublinha que o menor tem liberdade de *autoeducazione*, para expressar seu papel ativo na própria vida, o que é consequência do seu direito fundamental à liberdade, também previsto pelos arts. 15 e 16 do ECA. Os menores devem ser respeitados em seus valores e crenças; por serem pessoas e, principalmente, por estarem em processo de desenvolvimento (TEIXEIRA, 2017).

Como visto, a guarda dos filhos insere-se entre um dos desdobramentos do poder familiar, sendo que exercer a guarda dos filhos é um dos direitos e deveres que os detentores do poder familiar possuem.

3. Considerações sobre a guarda

O rompimento do vínculo entre os detentores do poder familiar faz com que surja a necessidade de definição da guarda dos filhos, o que poderá ser feito de comum acordo ou judicialmente.

A guarda nos remete, em seu sentido estrito, à ideia de amparo, proteção. Quanto à sua definição jurídica, temos que os detentores da guarda do menor devem tê-lo sob seus cuidados e responsabilidade. Cumpre transcrever os dizeres de Carbonera:

Um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial (CARBONERA, 2000).

Outros doutrinadores vinculam a guarda com a ideia de posse, é o caso de Santos Neto, que a conceitua como um “direito consistente na posse de menor, oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este” (SANTOS NETO, 1993).

Apesar de não se coadunar com a ideia de guarda associada com a posse, necessário se fez o presente destaque, já que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente faz a mesma alusão em seu art. 33, §1º, embora o faça ao tratar da guarda provisória. Confira-se:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º **A guarda destina-se a regularizar a posse de fato**, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros (Grifei)

4. Incursões da guarda compartilhada no direito italiano

O instituto da guarda compartilhada é importado do direito estrangeiro, sendo que a primeira decisão sobre o tema se deu na década de 60, na Inglaterra, e foi pautada no melhor interesse da criança. Posteriormente, ganhou adesão na França, no Canadá, nos Estados Unidos e também no Direito Italiano.

No Direito Italiano, a guarda compartilhada foi instituída pela Lei nº 54 de 2006. Antes disso, após a dissolução do vínculo conjugal, o genitor que não ficasse com a guarda do filho, apesar de manter o título de genitor, perdia o próprio poder familiar, que passava a ser exercido com exclusividade pelo cônjuge detentor da guarda. O juiz era quem iria definir a forma que o outro cônjuge deveria contribuir para a manutenção, instrução e educação das crianças, sendo que as principais decisões sobre os filhos competiriam a ambos os cônjuges. Também não havia previsão acerca do direito de visitas do genitor que não tivesse a guarda do filho, sendo clara a distinção existente entre os direitos dos genitores após o término da relação.

Pertinente transcrever os três primeiros parágrafos do art. 155 do Código Civil Italiano vigente antes da instituição da guarda compartilhada, com a devida tradução:

Artigo 155. Medidas relativas às crianças

O juiz que declara a separação declara a qual dos cônjuges os filhos são confiados e adota qualquer outra disposição relativa à descendência, com referência exclusiva ao interesse moral e material da prole.

Em particular, o juiz estabelece a medida e a maneira pela qual o outro cônjuge deve contribuir para a manutenção, instrução e educação das crianças, bem como com o exercer seus direitos nas relações com eles.

O cônjuge a quem os filhos são confiados, salvo disposição em contrário do juiz, tem o exclusivo exercício de autoridade sobre eles; ele deve respeitar as condições determinadas pelo juiz. Salvo disposição em contrário, as decisões de maior interesse para as crianças são tomadas por ambos os cônjuges. O cônjuge cujos filhos não são confiados tem o direito e o dever de supervisionar sua educação e educação e pode recorrer ao juiz quando considerar que foram tomadas decisões prejudiciais aos seus interesses.

Em um quadro como o do Direito Italiano, no qual o exercício do poder familiar tem notórias diferenciações entre os cônjuges, a instituição da guarda compartilhada se mostra deveras necessária, inexistindo razoabilidade na mitigação do exercício dos direitos e deveres sobre um filho tão somente em razão da ruptura conjugal.

5. Surgimento da guarda compartilhada e de sua imposição no ordenamento jurídico brasileiro

A previsão original do Código Civil de 2002 era de que no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal de forma consensual, a definição acerca da guarda dos filhos também seria acordada pelos cônjuges. Inexistindo convenção entre as partes, a guarda dos filhos seria então atribuída, pelo juiz, ao cônjuge que revelasse melhores condições para exercê-la. O juiz poderia, ainda,

determinar que a guarda dos filhos passasse a terceira pessoa que revelasse melhores condições para exercê-la. Até 2008 não havia, portanto, a previsão de que a guarda fosse exercida de forma compartilhada, mas apenas unilateral. Contudo, como tratado no Item 2, ao contrário do que se verificava no Direito Italiano antes da instituição da guarda compartilhada, mesmo após a ruptura conjugal permanece no direito Brasileiro o poder familiar de ambos os cônjuges em relação a seus filhos.

Com a Lei nº 11.698/2008 surge no Brasil a figura da guarda compartilhada, sendo o instituto definido nos termos do §1º do art. 1º de referida Lei como a “*responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns*”. A lei em voga trouxe também que, sendo a guarda unilateral, o genitor que não a tivesse teria a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos.

Na vigência da Lei de 2008 a guarda compartilhada poderia ser requerida ou seria decretada pelo juiz, sempre que possível, desde que atendesse às necessidades específicas do filho ou para que houvesse melhor distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

A Lei 13.058/2014 alterou os artigos 1.583 a 1.585 e 1.634 do CC e estabeleceu o significado e aplicação da guarda compartilhada. Sob essa modalidade de guarda, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com os genitores, observadas as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Com a vigência da nova lei, se ambos os genitores quiserem a guarda dos filhos e estiverem aptos a exercê-la, mas não conseguirem chegar a um consenso, será aplicada a guarda compartilhada. O regime que era tratado como preferencial sob a vigência da Lei de 2008, passa a ser tratado como obrigatório.

Cumpra transcrever o que dispõe o §2º do art. 1.584 da Lei de guarda compartilhada:

Art. 1.584

(...)

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

O §3º do art. 1.584 do CC, por sua vez, dispôs que *“para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe”*.

A pretensão do legislador com a imposição da guarda compartilhada foi certamente de aumentar a participação dos genitores na vida dos filhos, reduzindo os impactos da separação dos pais sobre a vida e criação dos menores.

Por um lado, temos que a legislação dita que a ausência de consenso entre os pais acerca da guarda dos filhos impõe a adoção do regime de guarda compartilhada. Por outro lado, não passa despercebido que a ausência de consenso entre os pais quanto à definição da guarda pode ser o reflexo de uma relação conturbada e na qual a guarda compartilhada dificilmente encontrará campo fértil.

O Direito de família, ou das famílias, como vem sendo chamado em razão da pluralidade de arranjos familiares, conceitua-se como um conjunto de regras e princípios que regulam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de parentesco.

A definição dos efeitos decorrentes da separação judicial pela legislação e pelo juízo se faz necessária justamente em razão da incapacidade dos envolvidos em chegar a um denominador comum quanto à resolução de conflitos pessoais e patrimoniais.

Nesse contexto, o desafio da guarda compartilhada frente à litiosidade que permeia as separações, é que os pais possam deixar de lado as desavenças e possam exercer de forma pacífica a

responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres relativos ao filho, mormente porque em se tratando de guarda compartilhada, a residência do menor poderá ser alternada com os genitores.

Merece destaque que não é crível que o legislador ou os Tribunais esperem que os pais tenham relação de forte amizade ou que não tenham qualquer divergência de pensamento e se relacionem na mais pura harmonia. Ora, a separação por si só já é um indício de que a relação dos genitores deixou de ser tão boa. Contudo, a meu ver, o que o Judiciário e a rede responsável pela realização de estudos psicosociais e relatórios esperam é que os genitores tenham ao menos bom senso e não estejam vivendo de forma conflituosa a ponto de não conseguirem dialogar e decidir pontos básicos da vida dos filhos. É que participação de ambos os pais no cotidiano dos filhos implica que tenham um contato direto para tratativas das demandas cotidianas dos filhos, não sendo viável acionar o judiciário a cada divergência de opinião que tiverem.

6. Aplicabilidade da guarda compartilhada

6.1 análise jurisprudencial

Foi realizada uma análise jurisprudencial minuciosa em pelo menos três dos Tribunais de cada uma das regiões do Brasil acerca da aplicabilidade da guarda compartilhada nos casos concretos, sendo que traremos neste tópico, a título de amostragem, uma ementa de julgamento de cada região. Vejamos:

6.1.1 Tribunais da Região Sudeste

O Tribunal Mineiro tem considerado que nos casos nos quais *“ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda*

compartilhada” (Des. Dárcio Lopardi Mendes, julgamento da Apelação Cível nº 1.0210.11.007144-1/003).

Contudo, sendo tumultuada a relação dos genitores, o estabelecimento da guarda compartilhada tem sido entendido como prejudicial ao melhor interesse dos infantes e, em razão disso, tem sido aplicado o regime de guarda unilateral. A Desembargadora Heloísa Combat da 4ª Câmara Cível do TJMG, no julgamento do Agravo de instrumento de nº 1.0024.14.276120-4/002, assim considerou:

Entendo que nas situações em que os pais não estão alinhados com relação à forma de educar a criança e em que não se dispõem a tomar decisões conjuntas, mantendo um relacionamento marcado por rivalidades e desavenças, em princípio, não são propícias ao exercício da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada se sujeita à condição de melhor interesse do menor. Ao que parece, o agravante e a agravada não estariam se entendendo de forma amigável, sendo que, a meu ver, ao contrário do alegado na peça recursal, a guarda compartilhada em situações de litígio entre os genitores pode se tornar ainda mais desfavorável ao menor.

No mesmo sentido caminha o Tribunal do Rio de Janeiro e o Tribunal de São Paulo, também tendo sido encontradas nessas Cortes recentes decisões afastando a guarda compartilhada quanto constatada a beligerância entre as partes, a citar o julgamento da Apelação de nº 0007089-10.2012.8.19.0209 no TJRJ e o julgamento da Apelação 0005776-02.2012.8.26.0344 no TJSP. Cumpre transcrever a ementa do segundo julgado citado:

APELAÇÃO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. INTENSA LITIGIOSIDADE ENTRE OS GENITORES. Guarda compartilhada que pressupõe a responsabilização conjunta dos pais e o exercício em igualdade de condições do poder familiar. Preferência legal, mesmo nos casos de dissenso quanto à definição do regime (CC, art. 1.584, §2º). Litigiosidade processual que não se confunde com a relação pessoal e cotidiana dos genitores. Ideal a ser perseguido,

ainda que demande reestruturações, sem perder de vista o superior interesse da criança ou do adolescente. **Regra que deve ceder quando a intensa animosidade entre os pais revelar a impossibilidade de construção do diálogo. Estudos psicossociais que apontam para os impactos deletérios dessa relação sobre a formação da personalidade e o desenvolvimento do filho comum. Inaptidão para o exercício, em conjunto, do poder familiar. Imposição de consenso para a tomada de decisões que potencializa o conflito. Alteração para a guarda unilateral.** Concentração do poder de decisão em favor da mãe, assegurado o direito de fiscalização pelo pai (CC, art. 1.583, §5º). Possibilidade de ampliação do período de convivência do genitor que não detém a guarda. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação 0005776-02.2012.8.26.0344; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 19/10/2017; Data de Registro: 27/10/2017) (Grifei).

6.1.2 Tribunais da Região Sul

Os progressistas tribunais sulistas também não hesitam em deixar de aplicar a obrigatoriedade da guarda compartilhada se ela não se revelar condizente com os interesses do menor ante à falta de harmonia entre os pais. Nesse sentido trago à baila julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C ALIMENTOS. PRELIMINAR. AFASTAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ACOLHIMENTO. MÉRITO. PLEITO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA OU DEFERIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. BELIGERÂNCIA ENTRE OS GENITORES. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. Caso dos autos em que as avaliações psicológicas realizadas com o infante, comprovam que o exercício da guarda unilateral pela genitora atende ao melhor interesse da criança, uma vez que teve sua rotina estabilizada, tendo as necessidades emocionais e psicológicas supridas, inclusive respondendo com melhora em seu rendimento

escolar. O exercício da guarda compartilhada para ser exercida de forma adequada, exige harmonia entre os genitores, o que não se verifica. Manutenção dos alimentos provisórios fixados pelo juízo monocrático, bem como as visitas nos moldes estabelecidos em sentença. Preliminar acolhida e, no mérito, desprovida a apelação. (Apelação Cível Nº 70076109594, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 28/06/2018)

6.1.3 Tribunais da Região Centro-Oeste

Os Tribunais da Região Centro-Oeste não destoam quanto à necessidade de relação amigável entre as partes para que haja a fixação de guarda compartilhada. Transcreve-se ementa de julgamento ocorrido no Distrito Federal:

PROCESSUAL CIVIL - CAUTELAR INOMINADA - TUTELA ANTECIPADA - INDEFERIMENTO - ALIENAÇÃO PARENTAL - AVALIAÇÃO POR ÓRGÃO ESPECIALIZADO - ESTUDO PSICOSSOCIAL E ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO - LAUDO TÉCNICO CONCLUINDO PELA DESCARACTERIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL - PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DESCARTADO DIANTE A IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO AMIGÁVEL ENTRE AS PARTES - RECURSO DESPROVIDO.

1. Indefere-se o pedido de tutela antecipada eis que necessária a dilação probatória, com a presença do contraditório, a fim de subsidiar o convencimento do Juízo.
2. Embora alguns comportamentos, interpretados a princípio como ALIENAÇÃO PARENTAL de afastamento proposital do genitor não-guardião, possam ser reconhecidos nos incisos do art. 20 da Lei de Alienação Parental, entende-se que estão ligados à dinâmica relacional estabelecidas pelos pais no contexto de um litígio judicial, e não à tentativas deliberadas de interferência na formação psicológica da criança, conforme conceito de alienação parental definido no art. 20, caput, da referida lei. Nesse sentido, avalia-se que os comportamentos apresentados pelos ex-cônjuges não podem ser classificados como atos de alienação parental.
3. A Lei nº 12.318/2010 exemplifica algumas condutas de alienação parental, cabendo aos operadores da direito, em conjunto com

profissionais especializados da área da psicologia, identificar e reprimir tais atitudes antes que se instalem as consequências nefastas à criança ou adolescente, podendo inclusive gerar doenças psicossomáticas reveladas somente na fase adulta.

4. Em assim sendo, é necessária uma análise pormenorizada das provas constantes dos autos para não se impedir, dificultar ou restringir Indevidamente o contato da criança com um dos genitores.

5. Os conflitos ainda presentes na relação entre os pais, embora em redução desde o acordo estabelecido para a convivência com o genitor, não favorece à modificação ou compartilhamento da guarda por carecer ainda de uma postura mais cooperativa de cada um deles.

6. Recurso desprovido. Sentença mantida. Unânime. (Acórdão n.1101531, 20140111432578APC, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 23/05/2018, Publicado no DJE: 12/06/2018. Pág.: 409-410)

6.1.4 Tribunais da Região Nordeste

Também não se verifica a aplicação da guarda compartilhada de forma indiscriminada no Nordeste, sendo o Tribunal da Bahia, no julgamento que será transcrito abaixo, enfático em dizer que o término bem resolvido e a maturidade dos genitores da criança são indispensáveis à guarda compartilhada:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO C/C GUARDA DE MENOR. IMPOSSIBILIDADE. ESTUDO SOCIAL DO CASO. ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES. PERMANÊNCIA DO MENOR COM A GENITORA/APELADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

- Não se nega que a guarda compartilhada constitua o ideal em matéria de convivência entre pais separados, pois nela se tem a maior preservação dos laços familiares, mas a questão deve ser tratada sempre em razão da realidade do convívio entre os genitores.

- **A guarda compartilhada aproxima sobremaneira os pais, mormente em razão da sua flexibilidade, daí porque constitui condição sine qua non ao seu exercício, um término de**

relacionamento bem resolvido e a maturidade entre ambos os ex-parceiros, que terão de definir praticamente em conjunto, e sem amarras, a rotina de estadia do infante.

- Os desentendimentos dos pais, nesse tipo de guarda, poderão ocasionar ao infante danos psicológicos, tendo em vista que, para que este possa ter um desenvolvimento sadio, precisa crescer em ambiente de harmonia.

- Importante mencionar, também, o boletim de ocorrência anexado aos autos (fls. 142/143), comprovando a existência de animosidade entre os genitores do infante, tornando, assim, inviável a determinação deste instituto.

- SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO

(Classe: Apelação, Número do Processo: 0025589-30.2010.8.05.0001, Relator(a): Maria de Lourdes Pinho Medauar, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 18/04/2018).

6.1.5 Tribunais da Região Norte

De norte a Sul do país a guarda compartilhada foi afastada se ausente o entendimento entre os genitores. Nesse sentido o Tribunal de Justiça de Rondônia:

União estável. Partilha de bens. Bens adquiridos durante a convivência. Guarda. Manutenção.

Comprovada a união estável, devem ser partilhados de forma igualitária todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida em comum, pouco importando qual tenha sido a colaboração prestada individualmente pelos conviventes.

Descabida a partilha de supostas dívidas quando não demonstrada a sua origem e que tenham sido contraídas pelo casal.

A guarda compartilhada pressupõe entendimento entre os genitores, o que não ficou evidenciado nos autos. Assim, fica mantida a decisão recorrida, objetivando o melhor interesse da criança em desenvolvimento. (Apelação 0000045-81.2015.8.222.0004, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia: 2ª Câmara Cível, julgado em 05/04/2018. Publicado no Diário Oficial em 12/04/2018.)

6.1.6 Jurisprudência majoritária

Não obstante a pretensão do legislador com a instituição da obrigatoriedade de adoção do regime de guarda compartilhada em havendo divergência sobre o seu exercício seja de favorecer o menor e as suas necessidades de convívio e participação de ambos os pais em sua criação, o que se percebe através da análise das decisões judiciais dos tribunais brasileiros é que a obrigatoriedade da guarda compartilhada tem sido afastada em algumas hipóteses nas quais a análise do caso concreto revela que o regime não é o mais adequado para atender ao melhor interesse dos infantes.

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo afirmando que a transigência dos genitores não vincula a guarda compartilhada, houve por bem afastá-la em razão de se mostrar desaconselhável no caso concreto. *In verbis*:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 3. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada em virtude da realização do princípio do melhor interesse da menor, que obstaculiza, a princípio, sua efetivação. 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 879.361/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 22/03/2018).

6.2 Da aplicabilidade da guarda compartilhada em casos concretos

Não obstante todas as jurisprudências mencionadas tenham afastado a aplicação da guarda compartilhada em razão da relação conflituosa dos genitores e apesar de a nosso ver a aplicação do instituto ser ínfima, é certo que também existem casos em que o modelo de guarda vigente de fato é utilizado pelos genitores.

Quando há harmonia entre os pais, que passam a exercer a guarda de forma conjunta, os benefícios para as crianças são vários. A atenção e presença dos pais no cotidiano das crianças minora as consequências negativas da separação e aumenta o sentimento de pertencimento da criança em relação à família e a sensação de estar sendo cuidada por ambos.

Quintas em seu livro, *Guarda Compartilhada*, fez entrevistas com duas famílias que exerciam a guarda compartilhada, sendo uma delas com residência fixa das crianças e outra com residência alternada entre os pais. Pertinente para o presente estudo a transcrição de algumas explanações dos genitores que exercem a guarda no modelo aqui tratado, obtidas pela advogada e professora Maria Manoela em sua entrevista:

“Afirmaram que as decisões tomadas em conjunto são aquelas que dizem respeito à educação, comportamento, saúde, e todas as outras necessárias ao convívio com os pais, como os dias que o filho estará com o pai, se poderá viajar e etc. **Afirmaram, ainda que procuram o outro sempre que se sentem desamparados para decidirem sozinhos.** Segundo eles, o sistema da guarda compartilhada está funcionando bem e atribui mais responsabilidades a ambos e mais amor pelos filhos.

Responderam que os problemas enfrentados são relacionados com os parâmetros da educação, que muitas vezes não são compatíveis, e que, com o fim de casamento, parecem maiores. Porém, asseguraram estar enfrentando com muito diálogo e sempre pensando no melhor para o filho, mas que era importante ceder um pouco de cada lado para chegar a uma solução” (QUINTAS, 2010). (Grifei)

Possível observar que os genitores entrevistados acima, que exercem a guarda compartilhada, tem relação boa o suficiente para que possam tomar decisões juntos, sendo reforçada a necessidade de que ambos cedam um pouco as suas pretensões em benefício do filho. Se mesmo os pais que ter relação amigável reconheçam dificuldade de chegar a um consenso, o que podemos esperar dos pais que não têm relações amigáveis?

7. Conclusão

O estudo do tema permitiu constatar que mesmo passados 10 (dez) anos da instituição do modelo de guarda compartilhada no Brasil, a sua efetividade ainda se revela mitigada.

Embora seja desejável e benéfico para as crianças que os pais tenham uma relação harmônica e possam juntos deliberar sobre os aspectos cotidianos da vida dos filhos, não se pode impor aos pais que se relacionem da maneira ideal. Se mesmo nos casos envolvendo interesses privados de cunho patrimonial entre particulares que não tiveram relação íntima entre si já é difícil que cheguem a um consenso, quem dirá nos casos que envolvem sentimentos muitas vezes mal resolvidos e, ainda, a guarda de um filho.

Os problemas envolvidos por trás de uma separação vão muito além do que está na alçada de resolução do judiciário ou do legislador. A convivência harmônica de ex cônjuges só ocorre quando ambos estão maduros e prontos para tanto, sendo que só eles é que podem resolver máguas e entraves que os permitam retomar o contato sem tumultos.

Apesar do Código de Processo Civil vigente estimular as técnicas de solução pacífica dos conflitos e ainda que o direito como um todo esteja se inclinando a uma análise sistêmica em substituição à cultura do litígio, fortemente arraigada principalmente no direito de família, é fato que as mudanças ainda são insipientes, não sendo possível afirmar quando é que finalmente surtirão efeitos.

Nesse contexto, não cabe ao legislador exigir dos genitores que exerçam a guarda compartilhada quando não chegarem a um consenso. Isso porque a pretensão legal de exercício da guarda de forma conjunta não vai suprimir os problemas de relacionamento que os genitores possuem entre si, sendo que a beligerância entre eles acarreta evidente prejuízo aos menores, que ficarão sujeitos à corriqueiras brigas dos genitores e não terão o melhor interesse atendido.

A meu ver, a guarda compartilhada poderia ser uma faculdade dos cônjuges, mas nunca uma obrigatoriedade, revelando-se desarrazoada a intervenção estatal e deveras pretenciosa ao determinar que um casal que muitas vezes não tem sequer respeito um para com o outro, tenham a obrigação de exercer a guarda dos filhos de forma compartilhada.

Ademais, sob a ótica da manutenção do poder familiar, mesmo após a ruptura da relação dos pais, ao contrário do que ocorre no direito italiano, bem como levando em consideração que a ausência da guarda dos filhos, não retira do genitor o direito de educar, criar, visitar e ter os filhos consigo, questiona-se inclusive real necessidade de determinação de que a guarda seja compartilhada.

Através das pesquisas realizadas e da posição dominante na doutrina familista sobre a crescente necessidade de que os filhos sejam tratados como sujeitos ativos de direito e que os pais nesse contexto exerçam a chamada autoridade parental em substituição ao poder familiar que se mostra menos garantidor aos menores, a solução que se acredita ser mais benéfica é o fortalecimento da autoridade parental a ambos os pais e o esclarecimento na legislação e no conhecimento popular de que com o fim do vínculo conjugal o genitor que não fica com a guarda dos filhos não perderá a autoridade parental.

O que se percebe, principalmente em decorrência da ideia de posse que ainda está atrelada à guarda, é que muitos dos genitores têm a visão de que sairão perdendo injustamente em relação a seus direitos e deveres se não tiverem a guarda do filho. Equivocam-se.

À exceção do convívio com os filhos, que de fato é menor em relação ao genitor que não tem a guarda unilateral, o genitor não guardião não perde nenhum de seus direitos e deveres como genitor por não ter a guarda, sendo que até a questão do convívio – caso se entenda ser pequeno - poderia ser resolvida com o pedido de ampliação do direito de visitas.

Sob todas as óticas expostas, sobretudo através da análise jurisprudencial, mostrou-se que a imposição da guarda compartilhada trata-se de uma norma falida, que tem apenas abarrotado o Judiciário com demandas nas quais os genitores pleiteiam a aplicação de um instituto que sequer sabem a fundo como funcionará e não tem condições de colocá-lo em prática. Na grande maioria das jurisprudências analisadas a hipótese de guarda compartilhada foi afastada justamente em razão da impossibilidade de convívio harmônico entre as partes, sendo que o instituto só pôde operar quando o casal demonstrava o mínimo de pacifidade e diálogo. Na prática, a meu ver, a imposição da guarda compartilhada não é aplicada, sendo que havendo conflito entre a observância da lei e o melhor interesse das crianças o segundo sempre deverá prevalecer, como bem tem entendido nossos Tribunais. Cabe ao legislador perceber isso e repensar a imposição colocada.

Referências

BRASIL. Código Civil. Lei 3.071 de 01.01.1916.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 11.01.2002.

BRASIL. Constituição Federal de 05.10.1988.

BRASIL. Decreto 99.710 de 21.11.1990.

BRASIL. Lei 11.698 de 13.06.2008.

BRASIL. Lei 13.058 de 22.12.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 879.361/DF, Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 22/03/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=1> Acesso em 30.06.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0024.14.276120-4/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): F.R.A.M. - AGRAVADO(A)(S): A.L.M.J. Publicado em 05/08/2015 (Acesso em: 30.06.2018)

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0210.11.007144-1/003 - COMARCA DE PEDRO LEOPOLDO - APELANTE(S): M.B.C.F. - APELADO(A)(S): M.C.R. ASSISTINDO E REPDO FILHO(S) P.R.C. Publicado em 29/04/2015 (Acesso em: 30.06.2018)

BRASIL. Tribunal de Justiça Rondônia. APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000045-81.2015.822.0004- COMARCA DE OURO PRETO DO OESTE - APELANTE: R.M. - APELADA: S.A. de S. Publicado em 12/04/2018 (Acesso em: 30.06.2018)

CARBONERA, Silvana Maria. **A guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

ITALIA. **II CODICE CIVILE ITALIANO**. Lei 54 de 08.02.2006.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 138 - 139.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de Direito das famílias e das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

A transmissibilidade da obrigação alimentar no direito sucessório brasileiro

*Jéssica Rodrigues Godinho*¹

*Pollyanna Thays Zanetti*²

1. Introdução

A obrigação alimentar, no sistema jurídico brasileiro, tem o fito de garantir o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana àquele que recebe os alimentos para o seu sustento. Percebe-se, assim, a importância da qual esse instituto é revestido.

Quando o alimentante é vivo, não resta dúvida que, em virtude do caráter personalíssimo da prestação de alimentos, é ele, com seus próprios meios, quem deverá adimplir essa obrigação. Contudo, o que deverá ocorrer caso o alimentante venha a falecer?

O artigo 1.700 do Código Civil dispõe que a obrigação alimentar é transmitida aos herdeiros do devedor, passando estes a assumir o ônus anteriormente atribuído ao *de cujus*.

Não é sem críticas e dissenso na Doutrina e Jurisprudência que este dispositivo legal é aplicado. As posições contrárias divergem quanto à sua interpretação e à amplitude de aplicação do artigo.

¹ Bolsista FAPEMIG. Mestranda em Direito Privado pela PUC/MG. Especialista em Direito Civil Aplicado pela PUC/MG. Graduada em Direito pela PUC/MG. Advogada.

² Mestranda em Direito Privado pela PUC/MG. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Arnaldo Janssen. Graduada em Direito pela PUC/MG. Advogada.

Desta feita, interessante é o debate acadêmico sobre os pontos controvertidos, objetivando discorrer sobre a obrigação alimentar, o Direitos das Sucessões e a aplicação desse controverso artigo, resultante da má técnica legislativa a qual lhe deu origem.

Para tanto, foi utilizada a vertente metodológica jurídico-dogmática, aplicando-se o raciocínio dedutivo e o método teórico-bibliográfico, com coleta e estudo de doutrina especializada, artigos científicos e legislação pertinente.

Inicia-se o presente estudo com noções sobre a obrigação alimentar e sobre inventário e espólio. Após, tratar-se-á do problema central do artigo, mencionando sobre a obrigação dos herdeiros quanto ao pagamento de dívidas alimentares, tratando sobre as correntes divergentes sobre o tema.

2. Noções sobre a obrigação alimentar

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) trouxe diversas inovações acerca de direitos e princípios protetivos ao ser humano. Por isso mesmo, essa última Constituição brasileira recebeu a alcunha de “Constituição cidadã”.

Entre os princípios protetivos elencados, destaca-se a Dignidade da Pessoa Humana, que ganha destaque dentro da ordem constitucional e infraconstitucional, uma vez que seus preceitos deverão ser aplicados em todas as relações jurídicas estabelecidas.

Tão importante é a Dignidade da Pessoa Humana, que ela foi eleita como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no art. 1º, inciso III da CF/88.

Para a garantia de que todos tenham uma vida digna, vários aspectos da vida humana devem ser protegidos almejando este objetivo. Nesta seara, se insere o direito aos alimentos. Este tem como fundamento a garantia de sobrevivência digna daquele que não consegue manter-se com seus próprios meios. É o necessário para garantir a subsistência e manutenção da vida de um cidadão.

Mencionam Farias e Rosenvald:

Averbe-se: toda e qualquer decisão acerca de alimentos deve ser presidida pelo (fundamental) princípio da dignidade do homem, respeitando as personalidades do alimentante ou alimentando, [sob] pena de incompatibilidade com o Texto Magno (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 670).

Tão importante é o direito aos alimentos que ele foi elencado como direito social, dispondo o art. 6º da CF/88: “**São direitos sociais** a educação, a saúde, **a alimentação**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988, grifos nossos).

O princípio constitucional da solidariedade também se mostra de extrema relevância ao tema proposto, por ser a obrigação alimentar manifestação deste princípio, devendo-se atentar tanto para a solidariedade social quanto a familiar. Ainda, exatamente por este caráter solidário, pode-se perceber uma das características da obrigação alimentar: a reciprocidade³.

Neste sentido, “Por isso, a fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (CF, art. 3º), norteadas pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social – como modos de consubstanciar a imprescindível dignidade humana (CF, art. 1º, III)” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 671).

Assim, tem-se que os alimentos são meios necessários para se garantir a vida digna da pessoa que, por seus próprios meios, não pode se manter.

Deve-se sempre destacar que os alimentos, juridicamente, não abrangem apenas gêneros alimentícios, tendo seu sentido ampliado para abarcar vestuário, moradia, saúde, educação, lazer, assistência médica, entre outros, com o fito de se manter uma vida digna.

³ Nesse sentido é o art. 1.694 do Código Civil, veja-se: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (BRASIL, 2002).

Desta feita, com o direito aos alimentos, nasce, por outro lado, o dever de prestá-los, a obrigação alimentar.

Seja através de decisão judicial ou por ato de liberalidade, podendo inclusive ser instituída a obrigação através de testamento, uma pessoa, o alimentante, se obriga a fornecer preferivelmente um valor em pecúnia para a manutenção da vida daquele que irá receber os alimentos, o alimentando⁴. Insta mencionar nesse ponto que a dignidade tanto do alimentando quanto do alimentante deve ser observada na fixação dos alimentos, não podendo uma preponderar sobre a outra. Deve, então, haver um equilíbrio.

Para tanto, o próprio Código Civil oferece padrões para essa prestação, dispondo em seu art. 1.694, §1º: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, lecionam Farias e Rosenvald:

Aplicando o princípio vetor constitucional no âmbito alimentício resulta que os alimentos tendem a proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem recebe (alimentando) e de quem os presta (alimentante), pois nenhuma dela é superior, nem inferior. Nessa linha de ideias, resulta que fixar o quantum alimentar em percentual aquém do mínimo imprescindível à sobrevivência do alimentando ou além das possibilidades econômico-financeiras do devedor ofende, de maneira direta, o princípio da dignidade humana (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 669).

Vê-se, então, que deve ser observado o binômio “necessidade-possibilidade”, analisando-se a necessidade daquele que irá receber os alimentos e a possibilidade de prestá-los daquele que irá pagá-los.

Farias e Rosenvald (2015, p. 732-733) mencionam que há, nesse caso, um trinômio: necessidade de quem recebe *versus* capacidade contributiva de quem paga *versus* proporcionalidade.

⁴ “Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.” (BRASIL, 2002).

Eles acrescentam, então, a proporcionalidade como critério de fixação, para que se evitem abusos. Saliente-se que este critério deve ser verificado caso a caso.

Deve-se mencionar que os valores estabelecidos não são imutáveis. Havendo alteração no binômio “necessidade-possibilidade”, os valores podem e devem ser revistos.

Por fim, importante mencionar sobre a extinção da obrigação alimentar. Esta pode ser extinta de diversas formas: através da morte do alimentando; com o casamento, união estável ou concubinato do credor (art. 1.708, CC/02); carência de possibilidade do devedor; não ter o credor mais a necessidade de receber os alimentos, entre outros.

Para o presente trabalho, contudo, interessa saber o que ocorre caso o alimentante, devedor da obrigação, faleça.

O art. 1.700 do Código Civil estabelece que a obrigação alimentar é transmitida aos herdeiros do alimentante, na forma do art. 1.694 do mesmo diploma legal. Resta tentar entender qual é o limite desta obrigação transmitida.

Em linhas gerais, essas são as informações iniciais a respeito da obrigação alimentar. Não se pretendeu esgotar o assunto, e sim introduzi-lo para o estudo do tema central, a ser trabalhado nos tópicos a seguir.

3. Noções sobre inventário e espólio

Suceder significa assumir o lugar de outra pessoa, “substituindo-a na titularidade de determinados bens” ou direitos (GONÇALVES, 2017, p. 19). A sucessão pode se dar *inter vivos* ou *causa mortis*. O Direito das Sucessões trata desta última hipótese.

No momento em que ocorre o falecimento de uma pessoa, automaticamente, sua sucessão é aberta e seu patrimônio é

transmitido aos seus herdeiros⁵. É o evento morte que determinará todos os consequentes direitos sucessórios dos herdeiros necessários, testamentários e legatários, pois não existe herança de pessoa viva.

Em virtude do princípio da *saisine*, o *de cuius*, autor da herança, transmite, no momento de sua morte, a posse e propriedade de seus bens, a herança, aos herdeiros.

Embora não se confundam a morte com a transmissão da herança, sendo aquela pressuposto e causa desta, a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o próprio *de cuius* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo (GONÇALVES, 2017, p. 37).

Essa transmissão propicia que o patrimônio não fique sem dono e que as obrigações não fiquem sem credor ou devedor com a morte do *de cuius*. Contudo, deverá haver um procedimento (que pode ser judicial ou extrajudicial) chamado inventário para que o patrimônio seja dividido aos herdeiros.

A herança “é o conjunto de bens formado com o falecimento do *de cuius* (autor da herança). Conforme o entendimento majoritário da doutrina, a herança forma o espólio [...]” (TARTUCE, 2018, p. 1652). À massa de bens, direitos e deveres, que era propriedade do *de cuius*, dá-se o nome de espólio. É o espólio, ente despersonalizado, que passa a responder pelas dívidas e créditos do *de cuius*, eis que, até a finalização do inventário, o que se tem é um todo unitário indivisível, em que os herdeiros estão em condomínio⁶.

Para a divisão da herança entre os herdeiros, necessários ou testamentários, é indispensável que se faça a abertura do

⁵ É o que dispõe o art. 1.784, CC/02: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

⁶ Essa é a regra contida no art. 1.791, CC/02: “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.” (BRASIL, 2002).

procedimento de inventário. Nomeia-se então um inventariante, que “é a pessoa que tem por função administrar os bens do espólio, sendo o seu representante legal. Só podem exercer esse *munus* pessoas capazes e que não tenham, de algum modo, interesses contrários aos do espólio.” (GONÇALVES, 2017, p. 61).

Dessa forma, dispõe o art. 610 do Código de Processo Civil:

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (BRASIL, 2015).

O procedimento de inventário, então, necessariamente deverá ser processado judicialmente quando se tratar de sucessão testamentária ou havendo interesse de incapaz. Nos demais casos, ficará a cargo dos herdeiros a escolha do procedimento a ser adotado, se judicial ou extrajudicial.

Resta comentar sobre o pagamento de dívidas pelo espólio, tema que interessa ao presente artigo.

Conforme mencionado, durante o procedimento de inventário, será o espólio que responderá ativa e passivamente pelas obrigações do *de cuius*. Como o inventariante é o administrador do espólio, a ele caberá fazer o gerenciamento dessas obrigações.

Contudo, terminado o procedimento e feita a partilha, esses bens ainda responderão pelas dívidas do falecido, mas apenas nos parâmetros da herança⁷. Assim sendo, “por todos esses dispositivos,

⁷ Veja-se o art. 1.997 do CC/02: “Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. § 1º Quando, antes da partilha, for requerido no inventário o pagamento de dívidas

os herdeiros não podem responder além das forças da herança (*ultra vires hereditatis*)” (TARTUCE, 2018, p. 1863).

Como se deve, então, conciliar o disposto no artigo 1.700 do Código Civil, que dispõe que a obrigação alimentar se transmite aos herdeiros do devedor com a norma insculpida no artigo 1.997, que determina que as obrigações não podem ultrapassar as forças da herança?

4 A obrigação dos herdeiros quanto ao pagamento de dívidas alimentares

Segundo noticia Simão (2016, p. 1080-1081), a polêmica que envolve a transmissibilidade da obrigação alimentar encontra-se presente no ordenamento jurídico brasileiro desde quando vigoravam no país as Ordenações Filipinas. Isso porque, enquanto uma parte da doutrina⁸ defendia a transmissibilidade da obrigação alimentar com fulcro na interpretação dada ao §1º do Título 99 do Livro 4 das Ordenações Filipinas, uma outra parte⁹, filiava-se à corrente segundo a qual, a obrigação de prestar alimentos cessaria com a morte da pessoa obrigada a prestá-los, não se transmitindo aos herdeiros.

O Código Civil de 1916, filiou-se à essa segunda corrente, trazendo em seu artigo 402 a regra segundo a qual “a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor” (BRASIL, 1916), admitindo-se a transferência, apenas, da dívida

constantes de documentos, revestidos de formalidades legais, constituindo prova bastante da obrigação, e houver impugnação, que não se funde na alegação de pagamento, acompanhada de prova valiosa, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para solução do débito, sobre os quais venha a recair oportunamente a execução. § 2º No caso previsto no parágrafo antecedente, o credor será obrigado a iniciar a ação de cobrança no prazo de trinta dias, sob pena de se tornar de nenhum efeito a providência indicada” (BRASIL, 2002). Em igual sentido é o art. 796 do Código de Processo Civil: “O espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube” (BRASIL, 2015).

⁸ A essa corrente filiava-se Lafayette Rodrigues Pereira e Borges Carneiro

⁹ Entendimento defendido por Coelho Rodrigues e Liz Teixeira

alimentar não adimplida em vida pelo alimentante. Tal regra tinha como fundamento o caráter personalíssimo da obrigação alimentar, que vincularia apenas a pessoa obrigada, não sendo transmissível aos seus sucessores.

No ano de 1977 a polêmica quanto à possibilidade de transmissão da obrigação alimentar, sanada pelo Código Civil de 1916, voltou aos debates com a entrada em vigor da Lei nº 6.515 (Lei do Divórcio) que trouxe no seu artigo 23 a regra segundo a qual a obrigação de prestar alimentos transmitia-se aos herdeiros do devedor, até o limite das forças da herança.

A aparente antinomia entre a Lei especial e a codificação em vigor fez com que ressurgissem debates acerca da transmissibilidade da obrigação alimentar. Se por um lado, parte da doutrina¹⁰ acreditava que o artigo 402 do Código Civil de 1916 foi revogado pela legislação especial, outra corrente¹¹ defendia a aplicabilidade da regra da transmissibilidade de que tratava o artigo 23 da Lei do Divórcio apenas aos cônjuges nos casos de dissolução da sociedade conjugal, restando intacta a regra da intransmissibilidade prevista no artigo 402 nos demais casos de parentesco.

Segundo Madaleno (2016, p. 890), com a entrada em vigor da Lei do Divórcio, formaram-se quatro correntes de opinião acerca da transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros:

Pela *primeira* vertente a transmissão da obrigação alimentar passaria pura e simplesmente aos herdeiros do alimentante. Uma *segunda* orientação doutrinária entendia ser transmissível apenas o débito existente ao tempo do falecimento do devedor de alimentos. A *terceira* corrente defendia que a dívida alimentar era limitada às forças da herança, e destinada a atender qualquer classe de credores, e se o alimentando também fosse herdeiro do

¹⁰ Nesse sentido ver: NEGRÃO, Theotônio. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 98.

¹¹ Nesse sentido ver: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Família**. Vol. 5. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 444. [E-book] e MONTEIRO, Washington de Barros. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito da família**. Vol. 2. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 587. [E-book]

sucedido o seu crédito alimentar deveria ser subtraído do seu quinhão hereditário. [...]. Uma *quarta* versão entendia ser transmissível somente a obrigação alimentar devida de um cônjuge para o outro, porque a Lei do Divórcio de 1977 só podia tratar dos direitos dos consortes.

Com o advento do Código Civil de 2002, que reproduziu no artigo 1.700 quase que integralmente o disposto no artigo 23 da Lei do Divórcio, a regra passou a ser a da transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor.

Cessando com a dúvida que pairava quando da vigência do artigo 23 da Lei do Divórcio quanto à possibilidade de sua aplicação às relações de parentesco, a nova regra possibilitou a transmissibilidade da obrigação alimentar, independentemente de sua origem: se decorrente da dissolução da sociedade conjugal, da união estável ou das relações de parentesco.

Nesse sentido a lição da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Isabel Gallotti (2014, p. 375-376):

A nova regra (transmissibilidade) aplica-se hoje à generalidade das hipóteses de obrigação legal de prestar alimentos entre cônjuges, companheiros e parentes, não sendo mais pertinente a tese de que incidiria apenas no caso de pensões estabelecidas por ocasião da ruptura do vínculo conjugal como argumentava parte da doutrina com base no art. 23 da Lei do Divórcio.

Apesar disso, longe de abrandar os debates que envolvem a transmissibilidade da obrigação alimentar, a redação do artigo 1.700 do Código Civil passou a ser alvo de muitas críticas.

A primeira polêmica destacada pela doutrina¹² quanto à redação dada ao artigo 1.700 do Código Civil diz respeito à aparente ausência de restrição na transmissibilidade da obrigação alimentar, uma vez que, embora referido artigo tenha reproduzido quase que integralmente o disposto no artigo 23 da Lei do Divórcio, deixou de

¹² Nesse sentido: SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Os Alimentos no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, jan/mar 2003, v.4, n. 16, p. 12.

limitar a transmissibilidade da obrigação às forças da herança como havia feito a lei divorcista, usando como parâmetro de transmissão a necessidade do alimentando e a possibilidade da pessoa obrigada ao remeter, em sua parte final, ao artigo 1.694 do Código Civil, sugerindo que os herdeiros do alimentante ficariam pessoalmente obrigados a prestarem os alimentos, o que iria na contramão do caráter personalíssimo do qual está revestida a obrigação alimentar.

Nesse aspecto, para evitar o desvirtuamento da regra contida no artigo em comento, sua leitura deve ser feita em consonância com os demais dispositivos constantes da codificação privada.

Conforme o disposto no artigo 1.792 do Código Civil, o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança. Por sua vez, o artigo 1.997 do mesmo diploma legal, institui a regra segundo o qual “a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube” (BRASIL, 2002). Verifica-se, portanto, que a leitura conjunta dos referidos dispositivos aponta que a obrigação alimentar transmite-se aos herdeiros na proporção dos quinhões hereditários por eles recebidos e até o limite das forças da herança.

Sobre o tema a lição de Gonçalves (2017, p. 510):

[...]há de reconhecer que não faz sentido os herdeiros do falecido terem de se valer de seus próprios recursos, e na proporção deles, para responder pela obrigação alimentar. Deve ela ficar limitada às forças da herança. O fato de o art. 1.700 não se referir a essa restrição, como o fazia o art. 23 da Lei do Divórcio, não afeta a regra, que tem verdadeiro sentido de cláusula geral no direito das sucessões, estampada no art. 1.792, no sentido de que “o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança”. Diante de tal proclamação seria despidiendi e verdadeiro bis in idem a sua menção no citado art. 1.700.

Além disso, o entendimento de que os herdeiros deveriam responder com seu próprio patrimônio pela obrigação alimentar imposta ao *de cujus*, contrariaria o próprio sistema legal, uma vez

que, para a fixação da obrigação alimentar, o alimentante pôde exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente assegurados. Por outro lado, a transmissibilidade da obrigação alimentar de forma indiscriminada aos herdeiros, viola tais princípios constitucionais, tendo em vista que a eles não foi garantido o devido processo legal para a imposição da obrigação, sendo que em tal circunstância, a renúncia à herança poderia ser muito mais benéfica ao herdeiro do que a sua aceitação.

Outra polêmica questão que envolve a redação do artigo 1.700 do Código Civil, refere-se à qual obrigação transmite-se aos herdeiros, sendo de essencial importância, nesse ponto, a distinção entre a figura dos herdeiros e a do espólio.

Segundo Gallotti:

O espólio não tem personalidade jurídica própria, embora tenha capacidade de estar em juízo representado pelo inventariante (CPC, art. 12, V¹³). O espólio responde por obrigações assumidas em vida pelo falecido, qualquer que seja sua origem, contratual ou legal. Após a morte, não mais pode ser contraída, em nome do falecido (ou do espólio), nova obrigação derivada de fato ou situação surgida depois do óbito. Trata-se de universalidade de bens e obrigações, de titularidade do falecido, a qual tem por termo a partilha. O espólio substitui o falecido nas ações em curso quando do óbito (CPC, art. 43¹⁴). Após a partilha, eventuais obrigações do falecido serão de responsabilidade dos herdeiros, nas forças da herança e dentro das proporções dos respectivos quinhões hereditários (Código Civil de 2002, arts. 1.792 e 1.997) (GALLOTTI, 2014, p. 382).

Dessa forma, são transmitidas aos herdeiros do alimentante, nos termos do artigo 1.700 do Código Civil, apenas as parcelas vincendas posteriores à partilha. No que tange às parcelas vencidas quando do óbito do autor da herança e as que vencerem no curso do inventário, integram o passivo do acervo hereditário juntamente

¹³ No atual Código de Processo Civil, esta regra está contida no artigo 75, inciso VII.

¹⁴ No atual Código de Processo Civil, esta regra está contida no artigo 110.

com as demais dívidas acumuladas pelo *de cujus*, sendo responsabilidade do espólio o seu adimplemento, até o limite das forças da herança.

Outro ponto de relevância nos debates que envolvem a transmissibilidade da obrigação alimentar, está no questionamento sobre a legitimidade do espólio para figurar no polo passivo da ação de alimentos interposta posteriormente à morte da pessoa obrigada a prestá-los.

Encabeçando a corrente que defende a legitimidade passiva do espólio em ação de alimentos que visa impor a obrigação alimentar ao *de cujus*, Farias e Rosenvald esclarecem que:

Para que ocorra a transmissão *post mortem* da obrigação alimentícia não é preciso que o direito cobrado (direito à percepção de alimentos) tenha sido reconhecido, antes, judicialmente, uma vez que o espólio pode ser acionado depois da abertura da sucessão. Isto é, se não tinha sido prolatada uma decisão judicial impondo a obrigação ao falecido, ela pode ser proferida depois, considerando, inclusive, que o falecido poderia estar cumprido, voluntariamente, a obrigação. Para tanto, será preciso a propositura de uma ação de alimentos pelo interessado contra o espólio (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 681).

Em sentido diverso decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Julgamento do Recurso Especial nº 1.337.862/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, interposto por Suzane Von Richthofen contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que extinguiu, por ilegitimidade passiva, a ação de alimentos intentada por ela contra o espólio de seus pais, Manfred e Marísia von Richthofen.

Na decisão que negou provimento ao recurso, o relator destaca que o disposto no artigo 1.700 do Código Civil somente poderá ser aplicado “se a obrigação alimentar já fora estabelecida anteriormente ao falecimento do autor da herança - por acordo ou sentença judicial”, destacando, ainda, que “a interpretação equivocada do novel dispositivo, dissociada do sistema em que

inserido, tem o condão de conduzir a situações teratológicas - como a transmissão da obrigação alimentar, recebida pela ex-mulher, ao filho dependente e descendente de ambos” (BRASIL, 2014).

Referida decisão baseia-se na própria redação do artigo 1.700 do Código Civil, que estabelece que a obrigação se transmite aos herdeiros da pessoa obrigada, fazendo pressupor que referida obrigação imposta ao alimentante deve ser preexistente à sua morte.

Por fim, a própria regra da transmissibilidade da obrigação alimentar é, ainda hoje, tormentosa, causando dissenso tanto entre a doutrina como na jurisprudência.

Farias e Rosenvald são críticos da posição adotada pelo legislador ao impor a regra da transmissibilidade. De acordo com os autores:

Em nosso entender, tratando-se de uma obrigação personalíssima, os alimentos não deveriam admitir transmissão, impondo-se reconhecer a sua automática extinção pelo falecimento do alimentante ou mesmo do alimentando. Somente as prestações vencidas e não pagas é que se transmitiriam aos herdeiros, dentro das forças do espólio, por se tratar de dívida do falecido, transmitida juntamente com o seu patrimônio, em conformidade com a transmissão operada por *saisine* (CC, art. 1.784). Não vemos, portanto, com bons olhos a opção do legislador civil, desprovida de sustentação jurídica e atentatória à natureza personalíssima da obrigação. Não fosse suficiente, é de se encalamstrar, ainda, que a transmissão da obrigação de prestar alimentos poderá ensejar uma desconfortável situação, que é a diminuição da herança, que foi transmitida, para o pagamento de uma dívida, não vencida, que não é devida pelo titular do patrimônio recebido (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 680).

Justamente em razão do caráter personalíssimo da obrigação alimentar, o artigo 2.013, 1, a, do Código Civil Português¹⁵ prevê a

¹⁵ Artigo 2013.º

(Cessação da obrigação alimentar)

1. A obrigação de prestar alimentos cessa:

extinção da obrigação alimentar, tanto por morte do alimentante quanto do alimentando. No mesmo sentido o artigo 150 do Código Civil Espanhol¹⁶.

No que tange à jurisprudência sobre o tema, destaca-se o voto divergente e vencedor da Ministra Nancy Andrigui, no julgamento do Recurso Especial nº 1.354.693/SP, segundo o qual:

A morte do alimentante traz consigo a extinção da personalíssima, obrigação alimentar, pois não se pode conceber que um vínculo alimentar decorrente de uma já desfeita solidariedade entre o falecido-alimentante e a alimentada, além de perdurar por cerca de quatro anos após o término do relacionamento, ainda lance seus efeitos para além da vida do alimentante, deitando garras no patrimônio dos herdeiros, filhos do de cujus. E aqui não causa espécie a limitação proposta no voto da Relatora, de que os alimentos respeitem os limites da herança, porque ainda assim, é o patrimônio de seus enteados (adquirido desde o óbito por força da saisine) que será agredido. Aliás, o que se transmite no disposto do artigo 1.700 do CC-02, é a dívida existente antes do óbito e nunca o dever ou a obrigação de pagar alimentos, pois personalíssima (BRASIL, 2015).

Em voto vencido, proferido no mesmo recurso, a Ministra Maria Isabel Gallotti defendeu que “a obrigação alimentar visa a atender finalidades de ordem pública e social, não devendo ser diminuída em sua dignidade, anular-se, perder expressão, em benefício do caráter meramente patrimonial e privado do direito sucessório” (BRASIL, 2015), posição esta que parece ser mais

a) Pela morte do obrigado ou do alimentado;

b) Quando aquele que os presta não possa continuar a prestá-los ou aquele que os recebe deixe de precisar deles;

c) Quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado.

2. A morte do obrigado ou a impossibilidade de este continuar a prestar alimentos não priva o alimentado de exercer o seu direito em relação a outros, igual ou sucessivamente onerados.

¹⁶ Artículo 150

La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

adequada quando verifica-se a regra do artigo 1.700 dentro do contexto normativo em que está inserido.

No que tange ao caráter personalíssimo dos alimentos, destaca-se que a transmissibilidade de que trata o artigo 1.700 do Código Civil, em nada o contraria, tendo em vista que “a obrigação alimentar é pessoal e intransferível, mas o dever de prestá-la, não” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 398), sendo exatamente esse o motivo pelo qual o patrimônio pessoal do herdeiro não pode responder pelo pagamento da obrigação alimentar.

Superada a posição sobre a possibilidade da transmissão da obrigação alimentar aos herdeiros da pessoa obrigada, resta discutir se tal transmissão se daria de forma ampla (até o limite do patrimônio deixado pelo *de cujus*) ou se haveria restrições, como por exemplo, a possibilidade de transmissão da obrigação apenas no caso de haverem bens frutíferos a serem partilhados, ocasião em que a transmissão se daria somente quanto aos frutos daqueles bens (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 681).

Dada a natureza assistencial dos alimentos legítimos, entende-se que aos herdeiros deve ser transmitida referida obrigação, de forma ampla, respondendo o patrimônio herdado pela obrigação alimentar até o limite das forças da herança. Isso porque, a sobreposição do direito de acesso ao patrimônio pelos herdeiros em detrimento ao direito à percepção da verba alimentar por aquele que dela necessita, vai na contramão não só dos princípios que regem o Direito Civil como do próprio princípio da dignidade humana constitucionalmente assegurado.

Nesse sentido, destacam Almeida e Rodrigues Júnior (2012, p. 402):

O Direito Civil é um sistema único, que deve ser lido e interpretado à luz da Constituição Federal, que destacou a dimensão existencial do homem com o princípio da dignidade da pessoa humana, colocado como fundamento da República Federativa do Brasil. Sendo assim, não faz sentido admitir a transmissão da obrigação de prestar alimentos *causa mortis* e não admitir a transmissão da

obrigação estipulada *inter vivos*, baseada na necessidade do alimentário. Ora, se se admite a transmissão sem motivação, com muito mais razão admitir-se-á quando o motivo da obrigação tiver sido a necessidade de quem recebe vinculada a uma relação familiar com aquele que a pagava.

Tal afirmação decorre da análise dos autores da incontroversa possibilidade de instituição de legado de alimentos pelo testador, em favor de qualquer beneficiário.

Uma vez admitida a possibilidade de que o autor da herança, por ocasião da celebração de testamento, estipule legado de alimentos em favor de qualquer pessoa, estando os herdeiros obrigados a cumpri-lo, não parece justo nem razoável que seja dada interpretação diversa quando tratar-se de alimentos devidos em razão do parentesco, da relação conjugal ou da união estável, principalmente dada a natureza dos alimentos ditos legítimos.

Diante do exposto, entende-se que, desde que pré-constituída, a obrigação de prestar alimentos, transmite-se aos herdeiros da pessoa obrigada, nos limites das forças da herança. Nesse sentido, entende-se por obrigação pré-constituída, aquela decorrente de uma relação obrigacional anterior ao óbito do alimentante, podendo ser ela voluntária, proveniente de sentença condenatória ou da simples propositura de ação de alimentos antes da morte da pessoa obrigada a prestá-los (GALLOTTI, 2014, p. 378).

5 Conclusão

Conforme destacou-se, a questão da transmissibilidade da obrigação alimentar, instituída como regra com a entrada em vigor do artigo 1.700 do Código Civil de 2002, está longe de ser pacífica. Doutrina e Jurisprudência divergem quanto às diversas interpretações decorrentes da má técnica legislativa da qual padece o artigo em comento, o que institui incertezas e, por consequência, a sensação de insegurança jurídica.

Dentre as tantas incongruências presentes no artigo 1.700 do Código Civil, e apontadas pela doutrina, destacou-se a ausência de previsão de limitação da transmissão da obrigação alimentar às forças da herança recebida pelos herdeiros, o que gerou diversas críticas, dado o caráter personalíssimo do qual está revestida a obrigação alimentar.

Entretanto, conforme se demonstrou, a crítica direcionada ao dispositivo não merece prosperar, uma vez que, sendo ele parte de um todo (que é a codificação privada), deve ser lido conjuntamente com outros dispositivos.

Nesse sentido, a controvérsia restaria resolvida quando da leitura conjunta do artigo 1.700 do Código Civil com os artigos 1.792 e 1.997 da mesma codificação, que tratam sobre a obrigação dos herdeiros de arcarem com as dívidas contraídas pelo *de cujus* na proporção do quinhão recebido e até o limite das forças da herança.

Entendimento em sentido diverso, faria com que, no caso de existência de obrigação alimentar por parte do *de cujus*, se tornasse mais benéfico ao herdeiro renunciar do que receber a herança, uma vez que a sua aceitação implicaria em risco de ter o seu próprio patrimônio atingido para o pagamento da prestação alimentícia, o que feriria frontalmente ao direito fundamental de herança previsto no inciso XXX do artigo 5º da Constituição Federal.

Outro importante aspecto abordado referiu-se à qual obrigação deve ser transmitida aos herdeiros. Nesse ponto, fez-se uma distinção entre espólio e herdeiros, figuras sucessórias completamente distintas, restando claro que as prestações que competem aos herdeiros são aquelas posteriores à partilha, sendo que as parcelas vencidas até essa data, são de responsabilidade do espólio.

Por fim, discutiu-se a ausência de consenso quanto à própria regra da transmissibilidade da obrigação alimentar, tendo sido abordado, ainda, a sua amplitude.

Defendeu-se que, tratando-se de prestação de alimentos legítimos, em atenção ao princípio constitucional da Dignidade da

Pessoa Humana, deve ela ser transmitida aos herdeiros de forma ampla, desde que pré-constituídos e nos limites da herança recebida. Isso porque, sendo os alimentos legítimos aqueles indispensáveis à manutenção do alimentando, não faz qualquer sentido que a obrigação cesse com a morte da pessoa obrigada.

Esse argumento se torna ainda mais legítimo levando-se em consideração o fato de que, por expressa previsão legal, o testador poderá instituir legado de alimentos em favor de qualquer beneficiário, independentemente de parentesco ou necessidade, não se mostrando justo nem razoável a imposição de que os herdeiros cumpram com a obrigação alimentar instituída por legado e não o façam quando tratar-se de alimentos legítimos.

Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2012

BRASIL. **Constituição** (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em 25 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em 25 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.337.862/SP. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1354693/SP. Relator: Maria Isabel Gallotti – Quarta Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 fev. 2015.

ESPANHA. Código Civil español. Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>> Acesso em 28 jun. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; Rosendal, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. V. 6. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. Vol 6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-book]

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. Vol. 7. 11. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017, [E-book].

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. [E-book]

NEGRÃO, Theotonio. **Código civil e legislação civil em vigor**. 14. ed. atualizada até 19 de janeiro de 1995. São Paulo: Saraiva, 1995.

PORTUGAL. **Decreto Lei n.º 47.344**, de 25 nov. 1966. Código Civil Portugês. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=2001&artigo_id=&nid=775&pagina=21&tabela=leis&nversao=&so_mio=>> Acesso em 28 jun. 2018.

RODRIGUES, Maria Isabel Diniz Gallotti. O novo Código Civil e a transmissão da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor. In: **Superior Tribunal de Justiça**: doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 371-391.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Os Alimentos no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, jan/mar 2003, v.4, n. 16.

SIMÃO, José Fernando. Transmissibilidade dos alimentos: a lei, a doutrina e Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, Ano 02, nº 04, p. 1079-1093, 1º bim. 2016. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_1079_1093.pdf> Acesso em 25 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Família**. Vol. 5. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [E-book].

As (des)vantagens da legítima: num breve transitar pela análise econômica do direito

Calânico Sobrinho Rios¹

1. Introdução

O Direito Privado brasileiro, nos tempos atuais, passa por uma releitura a fim de adaptar-se a novos valores eleitos pela sociedade, que exige mudanças nas leis do País, igualmente exige que à legislação vigente seja dada uma nova exegese, calcada nesses mesmos valores delineados pela sociedade pluralizada.

No âmago do Direito Privado encontra-se o Direito Civil que, ao subdividi-lo, permite-se chegar no Direito das Sucessões, de onde se extrai a legítima, o objeto desta investigação num rápido perpassar pela Análise Econômica do Direito. Com esse propósito, então, buscar-se-á conhecer, sob a ótica de uma modesta visão jurídico-econômica, se a legítima (aquela herança que, por lei, pertence aos herdeiros necessários) traz vantagens ou desvantagens para a economia brasileira. Para atingir os fins nesta ocasião

¹Doutorando em Direito pela PUC-MG. Mestre em Direito pela UAA-PY. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela FADIVALE. Bel. em Direito pela UCSal. Prof. de Direito Civil, Membro do Colegiado de Curso e do Conselho Superior da FADIVALE. Advogado-sócio do Escritório Calânico Sobrinho Rios/advocacia & consultoria. Email: sobrinhorios@yahoo.com.br

colimados, traça-se como propósito expor uma noção entrelaçada acerca do Direito das Sucessões e da Análise Econômica do Direito.

Desse entrelaçamento, se encontrará o resultado final, mas desprezioso, quando se pode conferir se, no plano da intersecção entre Direito das Sucessões, mais precisamente a legítima, e a Análise Econômica do Direito, há ou não proveitos econômicos para a sociedade brasileira.

Descortinados a problematização e seus objetivos, geral e específico, nos dois parágrafos anteriores, decorre logicamente o cenário onde se circunscreve a pesquisa, do qual se exclui o direito comparado, salvo ligeiras inferências históricas e ideológicas, mormente aquelas ligadas ao socialismo e ao capitalismo. Também se retira do texto as demais formas de sucessão que não a legítima, justificando-se este último recorte pelos argumentos tracejados no transcorrer da exposição. O norte a ser alcançado passa por estudar a doutrina e a jurisprudência pátrias. No primeiro caso, serão estudados manuais, obras específicas de fácil acesso pela internet e a legislação. Já a jurisprudência, no segundo plano e que será pouco usada, somente pela internet. Por conseguinte, fica delineada a metodologia empregada.

O tema a ser estudado tem evidente relevância, creiam, pois, historicamente, já se aboliu, já se restaurou, se criticou ou defendeu o direito de herança. E esse pensamento, vez por outra, volta a discussão nas casas do Congresso Nacional, onde se cogita, por exemplo, em majorar a tributação sobre o direito de herança, que nada mais seria do que reduzir tal direito, ainda que por vias oblíquas. Disso decorre, logicamente, o grande valor e a importância da abordagem reflexiva.

No presente trabalho, não serão tratados outros temas que não a legítima, ou seja, não se abordará a parte disponível da herança, a jacência e a vacância, bem como ficará de fora a sucessão testamentária. Não porque estes temas sejam irrelevantes, mas por respeito à delimitação da proposta.

Para facilitar a exposição, o texto tratará de conceitos básicos sobre os temas: Análise Econômica do Direito e Direito das Sucessões, sem perder de vista os fundamentos do Direito das Sucessões, tanto na acepção filosófica quanto no contexto da visão dos ideólogos capitalistas e socialistas, acrescido dos fundamentos pautados nas normas.

2. Noções temáticas

2.1. Sobre a análise econômica do direito

O ponto de partida obriga que se lance o feixe de luz para uma noção dos dois temas principais, a fim de que se possa conhecê-los, mesmo que de forma rarefeita, ou seja, o olhar está voltado para as definições do que sejam a Análise Econômica do Direito e o Direito das Sucessões.

Uma síntese do pensamento de Porto (2013, p.10/11) torna possível asseverar que Análise Econômica do Direito deita suas raízes no extrato, resultante daquilo que se pode retirar do comparativo dos debates racionais e polarizados, que entremeia o Direito e a Economia. O aludido autor explica algumas dessesemelhanças entre as duas disciplinas, que servem para distinguir uma da outra:

Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas.

A observação de que economistas e advogados vivem em mundos diferentes e têm linguagem distinta faz todo sentido, para quem volver o olhar ao agir forense. Os que lidam com o Direito, nas

suas mais diversas ramificações e possibilidades, na maioria das vezes se esquecem que o Direito quando é criado, seja na sua acepção abstrata ou concreta, como leciona Kelsen (1960, p.163), quer dizer, nem o ato legiferante que cria a norma geral e nem a decisão judicial que faz nascer a norma no plano da concretude cria, aloca riquezas ou recursos econômicos. Ao revés, quase sempre oneram alguém e até mesmo o próprio Poder Público em muitos casos.

O que acontece, baseado nessa premissa, é que tanto a lei quando é criada pelo Poder Legislativo como pela decisão dos tribunais, quando criam ou impõem obrigações, por vezes distintas da realidade que as circundam, porém não trazem no mesmo bolsão as receitas para concretizarem os comandos obrigacionais. Neste particular aspecto, parece que os juristas e os economistas vivem e falam uma linguagem bem distinta.

Porém, pelas distinções conceituais sob exame, ao se criar ou se impor obrigação, deve-se estar atento para a fonte de onde virão os recursos que darão concretude à obrigação imposta ou ao direito criado. Quando se retira ou limita direitos, como ocorreu recentemente, em que o Governo Federal teve que aplicar aportes financeiros para acabar com o paralisação dos caminhoneiros, deve-se estar preocupado com os efeitos colaterais deste ato (legiferante ou de jurisdição) para a economia, para as pessoas em particular. Em artigo, publicado na Folha de São Paulo, FELLET (2018) sintetiza essa preocupação.

Daí porque justifica-se a preocupação com a possibilidade, mesmo que remota, de que se, pelo menos não queira extinguir o direito à herança, como ocorreu no passado, possam querer limitá-lo por meio do aumento de imposto, incidente sobre este direito. Essa questão é sem dúvida um problema que não envolve apenas o Direito, mas (Direito e Economia) que, mesmo sendo áreas de estudos estanques ou isoladas, sofrem os influxos da Análise Econômica do Direito que veio para relativizá-las, aproximando essas duas grandes áreas do saber humano. Por conseguinte, juristas e economistas, ainda que por essa aproximação, já não

devem mais falar duas línguas diferentes e estanques, posto que as duas áreas do conhecimento guardam pontos de intercessão.

Por esse motivo, advertem (PIMENTA e LANA, 2009, p. 98):

A Análise Econômica do Direito é um movimento interdisciplinar, o qual aplica em todas as searas jurídicas as premissas da ciência econômica, principalmente os institutos atrelados ao valor, utilidade e eficiência. Dentre tais searas, está, obviamente, a civil.

Amparado, portanto, nesse ensinamento de que a Análise Econômica do Direito desponta, hodiernamente, calcada no processo de integração recíproco entre as duas disciplinas (Economia e Direito), bem como de que ela pode alcançar as diversas áreas jurídicas, aplicando-lhes as proposições da ciência econômica, arremata-se que esse alcance atinge, igualmente, a seara do Direito Civil.

Desse alcance, extrai-se, enfim, a possibilidade de se aplicar tais proposições da ciência econômica, cotejando-as com uma subárea do Direito das Sucessões, que é a legítima, com o fito de checar se seu existir traz vantagens ou desvantagens econômicas para a sociedade, além dos possíveis benefícios conferidos aos herdeiros necessários.

Com essa noção acerca da Análise Econômica do Direito, torna-se necessário que se tenha uma informação do direito sucessório e da própria legítima.

2.2. Correlatas ao direito das sucessões

Torna-se inevitável, antes de conceituar o Direito das Sucessões, que se tenha uma noção exata do vocábulo suceder. Justifica-se, pois, esta palavra está no centro daquilo que será regulamentado pelo conjunto de normas e princípios, o Direito. Ademais, esta mesma palavra pode ter vários significados.

As possibilidades, em que se pode aplicar a palavra sucessão, são muitas. Na compra e venda, *e.g.*, ela se situa em duas posições,

uma vez que o comprador sucede o vendedor na coisa, já este último sucede o comprador no preço que foi pago pela coisa vendida. Na administração pública, do mesmo modo, existe a sucessão nos cargos ou funções públicas e assim por diante, a dispensar maiores digressões.

Como se pode aferir, facilmente, as sobreditas modalidades de sucessões apontam que houve substituição de uma pessoa por outra. Conquanto isso seja verdadeiro, observa-se que, nesses casos, o suceder dessas pessoas se deu em razão de ato entre vivos. Mas, ao lado dessas possibilidades, coexiste ainda a sucessão em razão da morte de alguém. Isso demonstra que o vocábulo suceder tem várias acepções, ora se emprega para designar a substituição de uma pessoa por outra, em consequência da prática de um ato *inter vivos*, ora pelo efeito decorrente da morte.

Por isso que a palavra sucessão pode ter o significado de ser sucessor, assumir tal condição por direito hereditário em razão da morte, mas, além disso, pode ser ainda por nomeação ou por eleição, no caso de cargos públicos etc.

Deste modo, pode-se assegurar que as outras formas de sucessão têm disciplinas próprias, sejam elas no campo do Direito dos Contratos, no Direito das Coisas, no Direito Administrativo etc. Varia, conforme varie o negócio jurídico que lhe deu causa. Como a sucessão, objeto deste estudo, é aquela derivada da morte do autor da herança, tem-se que ela seja regulada por uma área específica do Direito Civil, exatamente o Direito das Sucessões que, na definição de Hatem (2009, p. 24), seria constituído pelo "[...] conjunto de normas que visam à regulamentação da transmissão dos direitos e das obrigações do autor da herança aos seus sucessores, em decorrência do fato jurídico morte".

Esse Direito Sucessório, então, serve para regulamentar a forma em que se dará a transmissibilidade da herança, estabelece quem são os herdeiros e como se dará o chamamento deles, mediante a ordem de vocação hereditária, cuja previsão está contida nos artigos 1.829 a 1.844 do Código Civil.

2.2.1. O porquê do corte epistemológico: a legítima

Consoante será delineado a seguir, uma possibilidade de se fundamentar, filosoficamente, o Direito das Sucessões, estriba-se na dimensão axiológica de que a herança permitiria a sequência do findo (titular do bens hereditários), a projetar-se na pessoa do herdeiro. Há quem trate esse mesmo assunto, repita-se será visto no tópico próprio, como que a transmissibilidade da herança *post mortem* fosse uma forma de continuidade biopsíquica do *de cujus*.

Mas, a delimitação do tema, que exclui da análise os demais sucessores (colaterais, testamentários, etc.), tem a sua razão em Tartuce (2016, p. 4), pois, alinhado ao citado raciocínio de um projetar biopsicológico do finado, ele entende que essa característica tem sua representatividade mais forte na pessoa dos herdeiros legitimários. Isso significa que essa continuidade biopsíquica atinge o seu ápice, quando ela se projeta nos herdeiros necessários, detentores do direito à legítima.

Esse também é o pensamento que se externa no presente texto, por entender que se afigura mais coerente pensar que esses herdeiros, qualificados como legitimários, especialmente os descendentes, guardam uma ligação mais próxima com o autor da herança, seja pelo vínculo biológico, seja pela afetividade.

Como se pode aferir, a preocupação jurídico-econômica do legislador é mais voltada para os herdeiros necessários, e, portanto, com a legítima. Fica a impressão que há uma crença intrínseca, de quem faz as leis, no sentido de que pela vertente da Economia e do Direito o patrimônio ficará melhor, se em mãos desses sucessores. Essa particularidade também se evidencia pela norma posta, pelas amarras legais postas em favor dessa classe de herdeiros. Tanto parece verdade, que eles apenas podem ser destituídos da legítima por motivos restritamente especificados na Lei Civil: se indignos (artigo 1.814) ou deserdados (artigos 1.961 a 1.963).

Não se pode perder de vista que, diametralmente oposto a esses herdeiros reservatários, estão os demais sucessores, quer dizer, aqueles que não têm essa proteção da garantia de metade do patrimônio do hereditando. Daí, se pode afirmar que tais sucessores, apesar de serem igualmente herdeiros legítimos, não são herdeiros necessários, não têm direito à multicitada legítima. Por isso, com a morte do titular do patrimônio, pode ser que não tenham direito hereditário algum. Basta que o falecido, em vida doe todos os seus bens, ou contemple alguma ou algumas pessoas mediante testamento.

A esse ponto da exposição, torna-se imperativo lembrar que nem todos os países adotam essa proteção aos herdeiros necessários. Há, atualmente, dois sistemas. Num grupo de países, tem-se a liberdade de testar, vale asseverar, mesmo que o autor da herança tenha descendentes, ele não tem que respeitar a regra da legítima, podendo dispor de seus bens em testamento. Esse sistema recebe o nome de ilimitado. Outros países, ao revés, como é o caso do Brasil, em que se protege, repita-se, os herdeiros necessário com a metade dos bens, enquadra-se como limitado, formando uma divisão.

Deste modo, ter-se-ia, nesta divisão, os representantes clássicos do sistema limitado, formado por França, Portugal e Alemanha etc. O grupo do sistema ilimitado conteria a Inglaterra, os Estados Unidos e o México, porquanto nestes prevalece a liberdade de testar (VALADARES E RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 12-20).

Pode-se afirmar, com base nessa divisão dicotômica, que os demais herdeiros, chamados não necessários, em especial os colaterais, para serem excluídos da herança, basta que o hereditando teste todos os seus bens sem os contemplar, regra essa inclusive que vem insculpida no art. 1.850 do CCB/02.

Em apertada síntese, afigura-se procedente a afirmação de que, se há uma forte intenção do titular do patrimônio em deixar os seus bens para alguém, quando findar sua existência terrena, esse alguém são em princípio os seus herdeiros reservatários. Sucessores esses que têm, igualmente, a vantagem de figurarem em primeiro

lugar na Ordem de Vocação Hereditária, mais uma forma instrumentalizada de garantia.

2.2.2. Quanto à ordem de vocação hereditária

Como mencionado alhures, a ordem de vocação hereditária vem prevista nos artigos 1.829 a 1.844 do Código Civil. Ela recebe este *nomen juris* por ser elaborada de forma escalonada, hierarquizada, estabelecendo preferências, entre os herdeiros legítimos, de sorte que, se existirem descendentes, ficam excluídos os ascendentes etc. O Professor Fiuza (2016, p. 1.290) em seu livro *Direito Civil - Curso Completo*, faz uma definição, explicando-a de forma didática:

Ordem de vocação hereditária é a ordem pela qual a Lei chama, convoca, os herdeiros do morto a herdar. Fala-se em ordem de vocação hereditária apenas quando se cuida de sucessão legítima. Há cinco ordens:

- 1.^a ordem) descendentes – dentro desta classe, o grau mais próximo exclui o mais remoto, a não ser nos casos de representação ou transmissão. Os graus contam-se até o infinito. Pode ser que concorram com o cônjuge ou companheiro viúvos, dependendo do caso. Isto veremos mais abaixo.
- 2.^a ordem) ascendentes – na falta de descendentes, herdam os ascendentes até o infinito. Aqui também, o grau mais próximo exclui o mais remoto. Pode ser que também concorram com o cônjuge ou companheiro viúvos, dependendo do caso.
- 3.^a ordem) cônjuge supérstite – na falta de descendentes ou ascendentes, herda o cônjuge sobrevivente. Pode ser que o cônjuge concorra com os descendentes ou com os ascendentes, como vimos acima. Veremos as duas situações mais adiante.
- 4.^a ordem) colaterais – na falta de representantes das três classes citadas anteriormente, são chamados à sucessão os colaterais até o quarto grau. Também aqui o grau mais próximo exclui o mais remoto, com a ressalva do direito de representação ou transmissão. Também os colaterais concorrem com o companheiro viúvo.
- 5.^a ordem) Poder Público – faltando representantes das outras ordens, a herança se considera sem dono, jacente. Neste caso o Poder

Público do Município, em que se situarem os bens, incorporará o acervo. Vê-se, portanto, que o Poder Público não é herdeiro.

Pela sobredita explicação, fica evidenciada, mais uma vez, a preocupação do legislador pátrio com a garantia da herança dos herdeiros legítimos, pois, além de lhes assegurar a vantagem da *saisine*, tratada a seguir, assegura-lhes a parte intangível, por serem herdeiros necessários, confere-lhes, ainda, uma ordem de preferência de tal forma que os de graus mais próximos excluem os mais distantes, salvo direito de representação (artigos 1.851 a 1.856 do CCB/02).

Não há como duvidar que existe evidente preocupação do legislador com o patrimônio deixado pelo hereditando. Não somente com os aspectos legais da herança e dos herdeiros. Mas, ao mesmo tempo, revela o seu viés econômico, quando se preocupa em evitar que os bens se dissipem, que a riqueza se perca, estipulando quem a conserve e quem seja o seu futuro titular. Neste particular aspecto, a herança como um todo (inclusive a testamentária) evidencia, ainda que o legislador não mencione expressamente, o perpassar do Direito pela Economia, a ponto de entrelaçá-los indubitavelmente.

3. Da sucessão dos descendentes

Na linha reta, os descendentes sucedem em primeiro lugar, em regra em concorrência com o cônjuge supérstite (artigo 1.829, I, do CCB/02). Deve-se considerar, também, uma outra regra que estabelece que o descendente de grau mais próximo (filho, *v.g.*) exclui o mais remoto (neto, por exemplo), salvo o direito de representação - vide artigo 1.833 do CCB/2002.

Outra ressalva importante é que, entre os herdeiros descendentes, não se faz nenhuma discriminação, nenhuma distinção se pode mais fazer para o direito sucessório, como também não se faz em relação ao Direito de Família. Antes da Constituição Federal de 1988, havia uma distinção odiosa, discriminatória, até

mesmo na hora de dividir a herança. Depois da promulgação da Carta Magna de 1988, com relação aos filhos e demais descendentes não interessa se são adulterinos, incestuosos ou adotivos. Essas nomenclaturas nem mesmo devem mais ser usadas, e eles têm iguais direitos sucessórios que lhes são assegurados, do mesmo modo, pelo ordenamento jurídico com a consagração da doutrina, como ensina Lôbo (2014, p. 102):

Antes, os direitos sucessórios dos filhos passavam pelo filtro da legitimidade: os filhos ilegítimos tinham direitos sucessórios inferiores aos dos filhos legítimos matrimoniais. Se a aquisição dos direitos se dá sem máculas ou restrições, são do mesmo modo adquiridos os direitos sucessórios pelos descendentes dos filhos, quando os substituem [...].

Consoante se depreende do artigo 1.829 do CCB/2002, a sucessão legítima defere-se numa ordem que contempla, inicialmente, aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.641). Igualmente, não haverá tal concorrência, se casado no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Dessa leitura se pode extrair que há uma regra geral, que é a possibilidade de o cônjuge sobrevivente concorrer na herança com os descendentes do *de cujus*. Mas, de outro lado, tem-se três exceções explícitas. Em primeiro lugar, buscar-se-á apontar essas três hipóteses excepcionais em que os descendentes sucedem sozinhos, excluindo-se o cônjuge, deixando, então, a regra geral para ser estudada por último.

A primeira hipótese, prevista no artigo 1.829, inciso I, do CCB/2002, que os descendentes sucedem sozinhos, porque o cônjuge supérstite não tem direito à herança em concorrência com eles, é quando este era casado com o extinto pelo regime da comunhão universal de bens. Neste caso, a integralidade dos bens

hereditários fica apenas para os descendentes. Segundo a doutrina, o espírito da lei deita suas raízes no fundamento de que o cônjuge já é meeiro, e, tendo direito à meação, não seria justo diminuir a herança dos filhos do finado, concorrendo com estes;

Gonçalves (2017, p. 170) afirma que:

Em regra, não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, se o regime de bens no casamento era o da comunhão universal. Entende o legislador que a confusão patrimonial já ocorrera desde a celebração da união nupcial, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação adquirida, a proteção necessária. De fato, sendo o viúvo ou a viúva titular da meação, não há razão para que seja ainda herdeiro, concorrendo com os filhos do falecido.

No segundo lugar excludente, com fundamento diverso do regime da comunhão universal de bens, tem-se que não haverá tal concorrência se o regime de bens for o da separação obrigatória de bens (artigo 1.641 do CCB/2002). Nestas circunstâncias poderiam ser enquadrados, a título de exemplo, as pessoas maiores de setenta anos; os menores de dezesseis, que se casarem com o suprimento de idade; os viúvos que se casarem sem fazer o inventário do leito anterior; e, por último, aqueles que se divorciarem sem fazer a partilha dos bens do casal.

De acordo com a dicção legal citada, consequentemente, os bens ficarão na sua totalidade para os filhos do finado. O cônjuge não seria meeiro, ante a incomunicabilidade imposta pela norma, própria do Direito de Família (artigo 1.641 citado), nem também será herdeiro para concorrer com os descendentes, por força do inciso I do art. 1.829 (DINIZ, 2007, p.113).

Na terceira posição, em que o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes do finado, vem no casamento pela comunhão parcial de bens, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Significa que o finado só possuía a sua meação, correspondente aos bens adquiridos onerosamente, na

constância do casamento. Consequentemente, metade dos bens ficaria para o viúvo ou viúva e a outra metade para os filhos do extinto, sem qualquer distinção dessa filiação como já fora visto.

Depois de analisadas essas três hipóteses negativas, em que o esposo ou esposa do falecido não concorre com os descendentes, restam aquelas anunciadas como regra geral, aquelas em que o consorte sobrevivente concorre com os descendentes do finado. Portanto, restariam simetricamente três hipóteses de concorrência, quais sejam, se casado pelo regime da separação total de bens; se, no regime da separação parcial de bens, o *de cujus* tiver deixado bens particulares; e, finalmente, se casado pela participação final nos aquestos. Desta forma, tem-se que o cônjuge sobrevivente será herdeiro e meeiro, se o regime matrimonial o permitir.

4. Da sucessão dos ascendentes

Segundo preceitua o artigo 1.836 do CCB/2002, a não existência de descendentes impõe que se chame "à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente", com a imposição das condições em que isso pode acontecer.

Ao se tratar desse tema, sucessão dos ascendentes, alguns detalhes deverão ser observados. O primeiro é concernente ao cônjuge sobrevivente, que concorrerá com os ascendentes, independentemente do regime de casamento, é o que se pode extrair da leitura do artigo 1.829, II, do CCBB/2002.

O segundo detalhe a ser notado relaciona-se à circunstância de que, entre os ascendentes, não existe direito de representação, pois prevalece a regra de que o grau mais próximo vai excluir o mais remoto sem exceção (artigo 1.836, § 1º). Eis o que garante o Professor César Fiuza (2016, p.1.292):

Não há direito de representação na linha ascendente. Exemplificando, suponhamos que A tenha seus pais e avós vivos. Em dado momento, morre seu pai. Em seguida, morre A. Se o pai morreu antes de A, significa que nada herdou. Sendo assim, para

quem irá a herança de A, se não se admite direito de representação na linha ascendente? Muito fácil. A mãe de A herdará tudo.

Quanto a mensuração quantitativa da herança, tocante aos ascendentes, há que ser levada em consideração a forma para a sua divisão. Num primeiro momento, quando estes estiverem concorrendo com o cônjuge; num segundo instante, quando em concorrência entre eles mesmos.

No que tange à concorrência dos ascendentes com o cônjuge supérstite, se pode aferir pela leitura do artigo 1.837 que existem duas regras básicas, que estão ligadas ao grau de ascendência a ser enfrentado na hora da partilha. Isso se pode afirmar porque se estiver concorrendo "com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau".

Nota-se, então, que o legislador pátrio optou pela isonomia entre os ascendentes de primeiro grau (pai e mãe, portanto) e cônjuge do findo, quando em concorrência, quebrando-a nos demais graus ascendentes. Isso pode ser aferido, aritmeticamente, porque a quota parte do cônjuge será a mesma que couber a cada um dos ascendentes de primeiro grau com quem aquele venha a concorrer.

O cônjuge continuará tendo a metade dos bens hereditários, se maior for o grau ascendente, a partir dos pais do *de cujus*. É como se o amor fosse ficando rarefeito, menos denso, à medida em que a ascendência se distancia, e, com isso, percebe-se que na medida em que o grau vai se distanciando, a cota também tende a diminuir em relação aos ascendentes mais distantes.

Como fora mencionado, se o extinto não tinha descendentes e nem deixou cônjuge sobrevivente, serão chamados a sucessão os seus ascendentes. Entre estes, a herança será dividida sem distinção de linhas. Não tem direito de representação, pois o grau que estiver mais próximo vai excluir o mais distante, metade para a linha paterna e a outra metade para linha materna (art. 1.836, §1º).

Contudo, este mesmo artigo 1.836, §2º, traça regra específica para quando houver "igualdade em grau e diversidade em linha", porquanto, os que são da linha paterna têm direito à metade, tocando a outra metade aos ascendentes da linha materna (RODRIGUES 2003, p. 109).

5. Sucessão do cônjuge supérstite

Como fora apontado alhures, o cônjuge sobrevivente, na vigência do velho Código Civil, figurava entre os herdeiros legítimos, porém não era considerado herdeiro necessário. Entretanto, pelo novo regime estabelecido no Código Civil atual, foi alçado à figura de herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e dos ascendentes.

Apesar disso, todavia, para que tenha direito a herança torna-se necessário que alguns requisitos ou pressupostos, elencados no artigo 1.830 do CCB/02, sejam preenchidos: logo de início, exige que o direito sucessório somente será conferido para o cônjuge “se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Depois de analisados esses requisitos ou pressupostos, passe-se a análise de como se dará a divisão da herança entre o viúva ou a viúva e os demais herdeiros, com os quais possa concorrer na partilha dos bens.

A fim de não tornar a matéria repetitiva e cansativa, no que tange à concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes e os ascendentes, remete-se o tema aos comentários anteriormente tracejados, para firmar o propósito, de agora em diante, nos temas remanescentes da sucessão do cônjuge supérstite.

Seguindo, então, esse desígnio, há que se reportar ao artigo 1.838 do CCB/2002, que prevê o seguinte: "Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge

sobrevivente". Este sucede sozinho, em terceiro lugar, se não houver sucessores da classe dos descendentes, nem da classe ascendente.

Além disso, o art. 1.832 do Código Civil assegura ao cônjuge sobrevivente uma quota hereditária que não pode ser inferior a um quarto dos bens da herança. Esta cota parte, que pode ser maior do que aquelas herdadas pelos filhos do casal, correspondente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) da herança.

De resto, encontra-se, no artigo 1.831 do Código Civil, outro direito assegurado ao cônjuge: o direito real de habitação. Este direito consiste no poder que tem o cônjuge sobrevivente de continuar residindo no imóvel de natureza residencial, enquanto for vivo. Mesmo que venha se casar, novamente, continuará com o mesmo direito. O único requisito é que somente exista um imóvel desta natureza no espólio, pois, havendo outro imóvel poderá morar em qualquer um deles. Interessante observar que não interessa o regime de bens, e independe da sua cota na herança.

Por tudo que visto até este ponto, fica mais que evidente que o legislador pátrio se preocupa com a herança, mas há evidente preocupação com a colocação dessa riqueza em algumas mãos, especificamente protegidas, que são os herdeiros detentores da legítima, o que revela também evidente preocupação em proteger, com o Direito, a própria economia do Estado.

6. Interação entre direito e economia

Não se pode perder de vista que esse entrelaçamento, interdisciplinar, mencionado no parágrafo anterior, nada mais é do que o vínculo que liga Direito e Economia, em consonância com o que externa esse artigo. E, em direção a esse norte, tem-se que se estar diante da Análise Econômica do Direito e não apenas tratando de Direito *stricto sensu*. Como é sabido, Direito e AED são duas disciplinas distintas, mas, por tudo que foi apontado, sobretudo daquilo que se pode extrair da paralela noção aqui desenhada e que

permeia a Análise Econômica do Direito e a legítima, a conclusão é óbvia. Os dois temas estão umbilicalmente ligados.

A ligação é tão forte que se poderia avistar, metaforicamente, a fusão de partes da Ciência Econômica com o Direito, depois de devidamente retiradas do cadinho. Um dos momentos em que essa fusão figurada acontece pode ser notado no *droit de saisine*, desde o seu surgimento histórico até os dias atuais.

Aqui, não se está esquecendo a evolução histórica do direito sucessório, registre-se, pois, nesse sentido, seria possível ampliar a visão para além da *saisine*. Caminhar, por isso, pela sucessão nos tempos primórdios. Sucessão entre os germanos, egípcios, romanos etc. O corte epistemológico é feito para manter a pertinência temática.

Historicamente, o *droit de saisine* teve sua razão de existir para evitar a aplicação da regra feudal, criada em benefício do senhor em prejuízo dos sucessores dos seus servos, visto que, com a morte destes últimos, os bens deixados não ficavam para os seus herdeiros, como sói acontecer atualmente. Ao revés, no período medieval, esses bens eram devolvidos aos senhores feudais.

Há divergências quanto a sua gênese, a sua origem histórica. Não obstante, uma coisa tornou-se certa: a velha regra dos tempos medievos caiu por terra. Com efeito, o patrimônio deixado pelo autor da herança passou a integrar o acervo patrimonial dos seus herdeiros, e não mais seria devolvido ao senhor do feudo. Nos meios acadêmicos, pode ser citado como síntese histórica Donizetti e Quintella (2014, p. 115)

Ocorre que, no período feudal, criou-se uma norma segundo a qual a morte do servo implicava a devolução da propriedade da terra ao senhor feudal. Logo, para que a família do servo morto pudesse permanecer na terra, devia pedir ao senhor a emissão da posse e, para tanto, pagar uma contribuição. Há dúvidas sobre qual seria a origem do preceito que veio a alterar essa situação. Alguns entendem que seria o Direito germânico, sem, contudo, explicar as circunstâncias em que se teria dado. Outros argumentam que foi o

Direito francês, dada a insatisfação dos camponeses. O certo é que, seja qual for a origem da norma, consagrou-se no Direito costumeiro francês a ideia de que *Le mort saisit Le vif*, ou seja, o morto apreende, agarra o vivo. Essa implica a transferência ao vivo de tudo aquilo que o morto tinha apreendido – e, portanto, tinha em sua posse. Daí se desenvolveu a doutrina do *droit de saisine*, que significa “direito à posse da herança”.

Pelo exposto, a *saisine* se introduziu no Direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1. 754. Em 1804, foi positivada no art. 724 do Código Civil francês e, a partir de então, foi adotada por diversas legislações. No Direito brasileiro, constava do art. 978 da Consolidação das Leis Civis; mais tarde, apareceu no art. 1.572 do Código de 1916 e, atualmente, encontra-se no art. 1.784 do Código de 2002.

A imaginação viaja, volta no tempo, parece até mesmo que o movimento, de onde partiu a *saisine*, resultou do consenso entre pensadores modernos, idealizadores ou meros propulsores da Análise Econômica do Direito. Justifica-se a afirmação pelo fato de atualmente, preocupado com a propriedade e sua importância para a ECONOMIA, o legislador manter a velha e consagrada regra de DIREITO medieval no artigo 1.784 do Código Civil/2002: "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Aberta a sucessão, com a morte do hereditando, o direito cuidou de transmitir, sem solução de continuidade na linha do domínio, os bens deixados pelo *de cujus* aos seus herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários.

Assim, pela inclusão feita no artigo 1.784, os herdeiros necessários, descendentes, ascendentes e cônjuge supérstite, já são donos e possuidores do acervo deixado pelo findo. Sem embargo de opinião em sentido contrário, excepcionalmente, e só nesta hipótese, os entes políticos (municípios, Distrito Federal ou União) sucederão, mas estes não são contemplados pelo *droit de saisine*. O legislador, apesar de fazê-lo nas entrelinhas, deixa claro que o Poder Público

somente terá direito à titularidade do domínio do acervo hereditário, depois de decretada a vacância (artigo 1.844 do CC). Eis a afirmação da jurisprudência:

HERANÇA JACENTE. SUCESSÃO. LEGITIMIDADE. DECLARAÇÃO DE VACÂNCIA. - Ao ente público não se aplica o princípio da "saisine". Segundo entendimento firmado pela c. Segunda Seção, a declaração de vacância é o momento em que o domínio dos bens jacentes se transfere ao patrimônio público. Ocorrida a declaração de vacância após a vigência da Lei nº 8.049, de 20.6.1990, legitimidade cabe ao Município para recolher os bens jacentes. Recurso especial conhecido e provido.

Nada obstante, a importância dessa regra da transmissibilidade imediata da herança aos seus sucessores, desde a abertura da sucessão, ser um vetor a apontar para a seara econômica, a própria razão de existir da sucessão *causa mortis* realça mais fortemente a proclamada ligação entre Economia e Direito, porquanto o Estado ao garantir e disciplinar o direito de herança nada mais faz do que proteger sua própria economia (VENOSA, 2013, p. 4).

7. Fundamentos do direito das sucessões

7.1. Fundamentos filosóficos

Um dos possíveis fundamentos para o direito à herança resulta, em certa medida, do pensamento ficto, alicerçado no corpo social, de que o falecido (titular do bens hereditários) continuaria, isto é, teria sequência ou se projetaria na pessoa do herdeiro. Esse é o pensamento Venosa (2013, P.4), por exemplo.

Afinado nesse mesmo diapasão, Gonçalves (2017, p. 25/26) ensina que "[...] A lei, ao permitir a transmissão patrimonial, o faz em homenagem a tal continuidade biopsíquica, bem como à afeição e unidade familiar".

Há, sem dúvidas, muitos outros argumentos filosóficos para lastrear o direito hereditário, bem como controvérsias sobre a sua existência e manutenção. Contudo, para manter-se fiel ao propósito, limita-se às considerações axiológicas consentâneas com o que vivencia a sociedade brasileira, na atualidade. Mas, não apenas no que se refere a tais valores predominantes, serão abordados, também, o discurso ideológico, antagônico, dos socialistas e capitalista em torno do tema, bem como os fundamentos legais, porque mais consentâneos com a realidade e com o olhar econômico, ora lançados.

7.2 Pensamento de cunho ideológico

A partir desse ponto, então, muda-se o canhão de luz, para saber em que grau essa garantia de herança é benéfica para os herdeiros necessários, para o Estado e, portanto, para a economia. Qual melhor destinação para a herança deixada por alguém: **(a)** devolvê-la ao ente público (sendo ou não vacante a herança) e este, por sua vez, aplica o resultado em pró da coletividade, proporcionando-lhe maior bem-estar? **(b)** entregá-la aos herdeiros necessários, que com o *de cujus* conviveram e quiçá a ele somaram forças na aquisição e conservação do patrimônio deixado?

As duas perguntas são admissíveis, em princípio, porque doutrinária e assimetricamente existem as duas possibilidades de respostas, resultantes dos influxos dos pensamentos externados, de um lado, pelos ideólogos socialistas e, por outro lado, pelos pensadores não socialistas.

As referências doutrinárias, àqueles que negam o direito de herança, fazem alusão ao conteúdo dos programas de Marx e Engels (1890, p. 58) que consideram o direito sucessório *post mortem* "como um privilégio protetor da burguesia: é a sociedade a única que tem direito a receber os bens dos indivíduos, como recompensa aos serviços prestados por ela". Razão por que esses mesmos autores recomendavam que nos países mais adiantados algumas medidas

deveriam ser colocadas em prática, entre elas abolição do direito de herança.

Esposada nesse pano de fundo ideológico, as ex-repúblicas soviéticas chegaram a abolir o direito de herança. Para isso usaram vários argumentos. Dentre eles, estaria a afirmação de que o interesse social e os princípios de justiça são contrariados pelo direito sucessório, pois este possibilita que se amontoe fortuna, concentrando-a nas mãos de poucos, causando a desigualdade entre as pessoas. Para eles, só pela força do trabalho de cada indivíduo se deveria adquirir os bens. Concluem, por fim, (na mesma obra citada) que a fortuna das pessoas falecidas deve volver à coletividade, que lhe dará aplicação mais adequada e mais útil aos interesses sociais.

Esta tese do repúdio à herança chegou mesmo a ser alçada a regra, na Rússia. Uma vez derrotado o menchevismo e vitorioso o bolchevismo, este último cunhado eminentemente no socialismo extirpou o direito sucessório, como consequência de um de seus primeiros atos. Ao ter observado as reais desvantagens de ter abolido a sucessão *causa mortis*, in concreto, longe dos ideais ou utopias, mas no mundo dos fatos, a Rússia teve que voltar atrás e trazer de volta o direito à herança.

MONTEIRO (2012, p. 16/17).

Diametralmente oposto aos socialistas e àqueles que, não sendo socialistas concordam com o fim da herança, tem-se os que a defendem peremptoriamente. Um dos mais ferrenhos defensores do direito sucessório é Gonçalves (1968, p. 467) *apud* PINTO (2006, p. 14) que faz questão de apontar as razões muito bem fundamentadas para a manutenção da herança.

Do ponto de vista deste trabalho, fundamentado na maioria dos pensadores atuais, e na escolha feita por quase todos os povos na atualidade - exceção para os *kibutzm* de Israel, como menciona Carvalho Neto (2005, p. 4)- fica evidente que a herança deve permanecer inalterada e, por consequência, a legítima dos herdeiros reservatários, por se vislumbrar vantagens para a economia do País.

Com efeito, a legítima é extremamente importante, porquanto a garantia legal de direito à herança influi poderosamente nos seres humanos, no sentido de estimulá-los ao trabalho, aguçando-lhes o desejo acumular riqueza, de economizar, pela certeza de que, ao findarem-se, seus bens serão transmitido ao herdeiros, e, especialmente, àqueles que lhes foram mas próximos: descendentes, ascendentes e cônjuge.

Do contrário, ninguém iria se "matar" de tanto trabalhar, amealhar bens que não pudessem ser deixados para além da morte, aos seus entes mais queridos e colaboradores. Se limitaria, por evidente, a atender o bem-estar momentâneo. Nem precisa fazer muito esforço para demonstrar, como se pretende, o prejuízo para a economia do País.

Ao deixar os bens para o ente público (municípios, DF ou União), **exceto no caso de vacância**, restaria despojado o núcleo familiar mais forte em favor do todo coletivo. A ideia de que, procedendo assim, beneficia a coletividade não pode prevalecer, porquanto, além de ser nefasta para a economia, estar-se-ia negando à família, especialmente aos herdeiros necessários, o seu papel de basilar âmbito de toda sociedade. É esquecer que toda a organização social tem seu sustentáculo nesta base firme e segura, a merecer de todos o acolhimento devido.

Como se pode aferir facilmente, a dispensar maiores digressões, o tempo passou, desde que Cunha Gonçalves escreveu sobre o assunto em comento. Entretanto, uma realidade se repete, acintosa e visivelmente, além de prejudicar a economia com a negação da herança, a coletividade não seria beneficiada se tais bens ficassem para o Poder Público. Este continua a malversar os haveres do Estado e não seria diferente com tal acervo. Este não foi, não o é, e provavelmente não será o melhor beneficiário do direito de herança.

Conquanto essa seja uma tendência nos tempos hodiernos, ou seja, de se manter a herança, especialmente aquela destinada aos herdeiros necessários, é de bom alvitre chamar atenção para

algumas proposições que, por vias oblíquas, pretendem, não extirpá-la, mas reduzi-la por intermédio da majoração de impostos.

Uma dessas propostas, que pretende majorar o ITCD, foi manchete de jornal Carta Capital, em artigo de autoria de Barrocal (2015), com nota de epígrafe "Planalto estuda taxar heranças em até 25%", com o conteúdo seguinte:

A última ideia exigiria mudar a Constituição, razão pela qual o Planalto quer atrair para a causa governadores e prefeitos, cujo cofres também sofrerão com a recessão. Pela Constituição, a taxa das heranças é atribuição de estados e municípios. As alíquotas variam de 4% a 8%. O governo federal quer propor um teto de 25% e morder uma parte da arrecadação, com a promessa de só gastar o dinheiro em educação. Governadores e prefeitos teriam seus percentuais atuais elevados.

Portanto, a ideia de acabar com o direito sucessório, *causa mortis*, não foi totalmente abandonada. Ainda persiste, mesmo que por meios indiretos, como seria o caso de aumento do Imposto de Transmissão de Herança. Vale ressaltar que esse pensamento de aumentar o ITCD, que por óbvio reduziria o direito de herança, segundo Carvalho Neto (2005, p. 04) defendeu em sua Tese de Doutorado serviria para fazer, facilmente, distribuição de renda, razão por que pensa-se aqui estar presente, ainda que atenuado, de um viés ideológico socialista.

7.3. Fundamentação legal

Uma vez superadas as questões de cunho filosófico-ideológicas, passa-se a localizar o Direito das Sucessões na dimensão legal, quer dizer, apontar em que normas ele está previsto. De início, pode-se afirmar que é uma garantia constitucional, pois tem sede no artigo 5º, inciso XXX, da CF. Depois, vem estatuído no Código Civil Brasileiro, Livro V, a partir do artigo 1.784. Há, por óbvio, outras leis pertencentes a microssistemas que também tratam da matéria

sucessória *post mortem*, que não podem ser objeto de análise, aqui, por fugirem do propósito deste trabalho.

8. Conclusão

Os argumentos, os fundamentos e o estudo feito, ainda que breve, registre-se mais uma vez, indicam que a herança legítima traz vantagens para a economia do País. Ao mesmo tempo, podem auxiliar na reflexão, quando o Estado quiser, velada ou ostensivamente, acabar ou diminuir (ainda que por meios indiretos) o direito de herança, qualquer que seja ele, e em especial aquele pertencente aos herdeiros necessários, *in casu*, a legítima.

Pode-se afirmar, sem nenhuma sombra para dúvidas, que no mundo contemporâneo a sucessão em razão da morte subsiste em todos os países, com uma única exceção para Israel, no ambiente dos *kibutz*. Aqueles que a aboliram, por motivos ideológicos, tiveram que dá o braço a torcer, voltaram atrás, pelas mesmas razões externadas. A herança é benéfica para a economia.

Por derradeiro, no Brasil não deve ser diferente, o Direito de Sucessão *post mortem* deve permanecer e, com ele, a legítima dos herdeiros necessários. Negar este direito é violar a Carta Magna de 1988, como explicitado, é violar o próprio Código Civil que o minudenciou, é afrontar os valores dominantes e arraigados na consciência das pessoas.

Referências

BARROCAL, André. **Planalto estuda taxar heranças em até 25%**. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/economia/planalto-estuda-taxar-herancas-em-ate-25-9923.html>> Acesso em 13/04/2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. In: Vade Mecum. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código civil**. In: Vade Mecum. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ. Resp. 164.196/RJ - Rel. Min. Barros Monteiro. data da publicação 26/08/2002. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800101950&dt_publicacao=04-10-1999&cod_tipo_documento=> Acesso em 12/06/2018.

CARVALHO NETO, Inacio Bernardino. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do Código Civil. Disponível em <file:///C:/Users/Ultrabook/Downloads/Inacio_Bernardino_de_Carvalho_Neto.pdf> Acesso em 14/03/2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 21. Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DONIZETTI, Elpidio & QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 6ª Edição, 2014.

FELLET, João. **De onde o governo tirará dinheiro para cumprir promessa a caminhoneiros?** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/de-onde-o-governo-tirara-dinheiro-para-cumprir-promessa-a-caminhoneiros.shtml>>

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**, 18. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

HATEM, Daniela Soares. A Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil de 2002: uma abordagem crítica. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_HatemDS_1.pdf> Acesso em 30/05/2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**, 6ª. ed., São Paulo: Liv. Martins Fontes Editora Ltda., 1985.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**, 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2545967/mod_resource/content/1/MARX%03B%20ENGELS.%20Manifesto%20Comunista.pdf> Acesso em 03/04/2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY Jr, Nelson.; NERY, Rosa Maria. **Código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015. (Proview).

PIMENTA, Eduardo Goulart e LANA, Henrique Avelino R. P. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro**. Disponível em <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>> Acesso em 28/05/2018.

PINTO, Maria do Céu Pitanga. **A dimensão constitucional do direito de herança: aspectos processuais do inventário e partilha**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo75377.pdf>> Acesso em 14/03/2018.

PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito**. Disponível em <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf> Acesso em 07/05/2018.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**, 26. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Família, afeto e sucessão**. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo40790.pdf>> Acesso em 15/05/2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 9. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VALADARES, I. F.; RODRIGUES JÚNIOR, W. E. . DA LIBERDADE DE TESTAR: REPENSANDO A LEGÍTIMA NO BRASIL. In: Sergio Pereira Braga; Tereza Cristina Monteiro Mafra; Valéria Silva Galdino Cardin.. (Org.). **Direito de família e sucessões I**. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. 1, p. 96-115.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das sucessões**, São Paulo: Atlas, 2013.

Aspectos relevantes da filiação ao registro no direito brasileiro

Marcia Helena Silva Ribeiro
Marlei dos Santos Oliveira

1. Introdução

O foco do trabalho aqui apresentado é trazer uma breve explanação sobre filiação e a relação jurídica entre pais e filhos, que desde o advento da Carta Magna de 1.988, não mais se permite sequer a pronuncia de expressões relacionadas a filhos como ilegítimos, adulterinos, espúrios ou incestuosos.

O conceito de filiação que era delimitado, e baseado em uma definição biológica, restrita e específica, sendo considerada família apenas aquela constituída através do casamento de pessoas de sexos diferentes; enquanto os filhos, legalmente falando, eram exclusivamente aqueles que nasciam na constância do casamento heterossexual, já com presunção de paternidade prevista expressamente no Código Civil, e, qualquer situação diferente dessa, não era considerada família, além de não serem considerados como legítimos os filhos.

Sendo assim, vínculos biológicos ou advindos de um processo legal de adoção não eram suficientes para garantir iguais direitos. A discrepância era tamanha que nem mesmo o casamento posterior dos pais conseguia auferir o “*status*” de “legítimo” àquele filho, que

teria uma observação discriminatória em sua certidão de nascimento.

Com relação à adoção, ainda que feita pelo casal, legalmente, o processo era concretizado através de escritura pública e se formalizava com uma anotação no registro de nascimento do menor, que não era filho legítimo do casal.

A legislação não acompanhou a realidade que clamava por mudanças reais que atendessem necessidades imediatas. Com o advento da Constituição Federal, em 1.988 e do novo Código Civil, em 2.002, a legislação tentava solucionar os problemas e se adequar ao atual cenário.

Várias alterações significativas foram introduzidas, porém ainda não suficientes, pois o “novo” Código Civil já estava ultrapassado em muitos aspectos, quando da sua entrada em vigor.

Dessa forma, este trabalho busca mostrar, como gradativamente a legislação foi abrangendo e protegendo as diversas famílias e filiações, fazendo com que o direito de família e a Lei de registros públicos passassem por transformações em busca dessa igualdade de tratamento que vemos hoje com relação aos filhos, independente do vínculo da filiação, biológico, por adoção ou socioafetividade, registrado em qualquer momento, tem o mesmo *status* e os mesmos direitos.

2. Filiação

Jurisprudência, provimentos e legislações recentes, seguindo a Constituição Federal, vêm dando prevalência ao critério da verdade biológica, em detrimento do critério nupcialista, que aferia a relação de paternidade.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2009) trazem um conceito mais adequado e abrangente acerca do tema filiação, como se observa:

A filiação é a relação de parentesco estabelecida entre as pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta, entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2009, p. 31).

A Constituição Federal de 1.988 (BRASIL,1988) que buscou atender os anseios da sociedade, em decorrência do cenário contemporâneo, estabeleceu significativas alterações em valores que, até então, estavam impregnados pelo aspecto patrimonial, e em seguida o advento do Código Civil de 2.002, onde houve finalmente o perecimento da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, bem como a desigualdade de direitos entre estes (BRASIL,2002).

Assim dispõe a Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º, em que hasteia o princípio da isonomia entre os filhos, afixando que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Com a promulgação da Constituição de 1.988, verifica-se a sensibilidade do constituinte ao cenário apresentado, que repleto de mutabilidade, passou a valorar as relações familiares emolduradas pelo aspecto da afetividade, deixando de lado as questões patrimoniais, operando-se assim a total equiparação entre os filhos, como não poderia deixar de ser.

2.1 Presunção de Paternidade

Na Constituição ou em leis esparsas, inexistia qualquer discriminação conceitual com relação à filiação, como ocorreu no Código Civil de 1.916, artigo 358, que trazia vedação expressa: “Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos, não podem ser reconhecidos” (BRASIL, 1916). Essa vedação trouxe certamente

muitos prejuízos aos filhos e não aos pais, como num ditado Italiano que diz: “*L’albero pecca e il ramo riceve*” (a árvore peca e o ramo paga).

Hoje finalmente, não mais subsiste a odiosa distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.

Os casos de presunção de paternidade vem enumerados expressamente no Código Civil de 2.002:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

“Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597.”

“Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade” (BRASIL, 2002).

Nestes casos, tecnicamente, a criança concebida é do marido, há uma presunção relativa. Já no caso da fecundação heteróloga, não há essa presunção e a filiação se conclui somente se houver concordância expressa.

O nome do pai constante na Declaração de Nascido Vivo, não constitui prova ou presunção da paternidade, e só pode ser lançado

no registro de nascimento quando verificado nos termos da legislação civil.

Passaremos, agora, a distinção entre as diversas espécies de filiação existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Filiações

A divisão apresentada aqui, se presta somente para fins de estudo, visto que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL,1988) proibiu qualquer designação discriminatória no tocante ao tema filiação, em decorrência da justa, sabida e merecida igualdade entre filhos.

2.2.1.Biológica

“A paternidade biológica pode ser compreendida como “uma verdade biológica”, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas.” (DIAS, 2009, p.330).

Pode ocorrer por meio de fecundação normal ou mesmo através de reprodução assistida.

2.2.2 Através da Reprodução Assistida

A fecundação resultante de reprodução medicamente assistida é utilizada em substituição a concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida (SILVA; RIBEIRO; SCHIAVON. SILVA,2018).

O Artigo 1.597, nos incisos III, IV e V, apresenta três hipóteses de filiação no casamento, provenientes de reprodução assistida, sendo a fecundação artificial homologa, mesmo em casos que o marido já tenha falecido, subsistindo a presunção de se serem filhos

do casal aos havidos a qualquer tempo, quando se referir a embriões excedentes de concepção artificial homologa; e os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, embora haja a exigência de previa autorização do marido (BRASIL, 2002).

2.2.2.1 Inseminação Artificial Homóloga

Se dá com material genético fornecido pelos pais, podendo ocorrer mesmo após a morte do marido. Sempre haverá presunção da paternidade da criança, desde que obedecidos os requisitos previstos em lei.

É imperioso trazer a colação o Enunciado N° 106, da I Jornada de Direito Civil:

Enunciado N° 106, art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte (JORNADA DE DIREITO CIVIL, ENUNCIADO 106).

No tocante a sucessão testamentária o artigo 1.800, §4, do Código Civil, preserva durante dois anos os direitos legados pelo testador ao herdeiro ainda não concebido, e caso decorrido este prazo os bens se reverterão aos herdeiros legítimos (BRASIL, 2002).

Assim, na sucessão legítima, a criança nascida da inseminação artificial *post mortem* não tem capacidade sucessória passiva, porque teria de estar viva ou ter sido concebida na data da abertura da sucessão, pela exigência legal da coexistência temporal da morte do sucedido” (MADALENO, 2008, p. 389).

2.2.2.2 Inseminação Artificial Heteróloga

Na filiação heteróloga há doação de material genético por terceiro anônimo. Como neste caso não há vínculo sanguíneo entre pai, mãe e filho, para incidir a presunção de paternidade é necessário a aquiescência do cônjuge de forma prévia, escrita e expressa.

O vínculo que se forma é registral e socioafetivo para com o pai ou pais que não forneceram material genético.

Assim, destaca-se ainda, que vigora aqui o princípio do anonimato, não sendo conhecida a identidade dos doadores nem dos receptores, e deve sempre ocorrer de forma gratuita.

Trazemos a lume o Enunciado Nº 111 – da I Jornada de Direito Civil: Art. 1.626:

Enunciado Nº 111, art.1.626: a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante (I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 111).

2.2.2.3 Gestação por Substituição

Surge como forma de sanar algum problema de infertilidade ou mesmo esterilidade em casais, e ocorre quando há a implantação do material genético de um casal no útero de uma terceira pessoa, que levará a termo a gestação. Neste caso, há uma mãe gestacional, parente até segundo do genitor biológico, que gerará o filho por este.

Este novo conceito de gestação, rompe com todos os conceitos jurídicos até aqui apresentados, visando atender um maior número de pessoas, e atendendo as garantias fundamentais.

A regularização é feita pelo Conselho Federal de Medicina, resolução CFM nº 1.358/92 (ratificada pela resolução nº 1.957/10),

sendo a única forma de regulamentação, que deve orientar o caráter deontológico a ser seguido pela classe médica, não possuindo força cogente normativa, visto que o ordenamento jurídico quedou-se silente quanto ao tema (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

Não se respeitando a resolução citada, várias questões polêmicas poderão ocorrer na determinação da maternidade como: se os pais que contrataram a gestação, desistirem da criança, a quem caberia a guarda? Como se regularia as relações de parentesco? Questões que até o momento, não podem ser respondidas com segurança, dada a inovação do tema proposto.

Alguns doutrinadores afirmam que a maternidade deverá ser estabelecida pelo vínculo biológico e socioafetivo, e não o vínculo gestacional, bem como a resolução 63 do CNJ.

2.2.3 Filiação Socioafetiva.

E a que traz os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade como fundamentos da filiação civil. Esta se configura por laços de afeto e não de sangue, que geram a “posse do estado de filho”, através da configuração de três requisitos quais sejam: 1) ter o tratamento de filho; 2) ter a aparência de filho (terceiros acreditarem na verdade da filiação; 3) e por último o nome, que diferente dos dois primeiros não é requisito obrigatório.

Em 17 de novembro de 2017 o Conselho Nacional de Justiça, publicou o provimento 63, e a filiação socioafetiva agora, pode ser reconhecida de forma voluntária, com a averbação no Registro Civil de Pessoas Naturais de qualquer unidade da federação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

2.2.4 Filiação Adotiva

A filiação adotiva é uma das modalidades de parentesco civil, na qual se extingue o poder familiar dos pais biológicos. “Na antiga

concepção de Clóvis Beviláqua, "é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho" (BEVILAQUA, Clóvis, 1976, p.351).

Trazida pelo Código Civil de 1.916 (BRASIL, 1916), se concretizava por escritura pública averbada no registro de nascimento, com possibilidade de revogação por consenso, se ocorresse ingratidão para com o adotante (que era obrigatoriamente maior de cinquenta anos e sem prole) ou de ruptura no primeiro ano após a aquisição da maioridade, em situações específicas. O mais interessante aqui é que, só o pátrio poder era extinto para com a família de origem.

Depois disso outras leis regularam a matéria: Lei 3.133/57, Lei 4.655/65 e o Código de Menores de 1.979.

Somente com o advento da Lei 4.655/65, da legitimação adotiva, a adoção finalmente poderia ser irrevogável, somente para crianças de até sete anos de idade (BRASIL, 1965).

Com o Código de Menores em 1.979, foi mantida a adoção do Código Civil de 1.916 e advieram duas formas diferentes de adoção: plena e simples.

Foram mantidos íntegros os dispositivos do Código Civil relativos à adoção tradicional, nele regulamentada; ficou reservada a adoção simples ao menor em situação irregular, que dependeria de autorização judicial, e foi alterada a denominação da legitimação adotiva, que passou a ser adoção plena. Tivemos, pois, então, três modalidades de adoção: - a adoção do C.C. e Leis complementares; - a adoção simples, de que cuidam os artigos 20; 27; 28; 82; 83, III; 96, I; 107-109, da Lei 6.679; - a adoção plena, regulada pela mesma Lei nos arts. 29-37 e 107-109 (GÓES, 2006).

Depois a matéria passou a ser regulamentada pela Constituição Federal (BRASIL,1988), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 37 e seguintes)(BRASIL,1990) , o Código Civil de 2.002 (BRASIL,2002) e a Lei 12.010/09 (BRASIL 2009) , Lei nº 12.955/14 (BRASIL,2014) e 13.509/17 (BRASIL,2017).

Somente dois artigos do Código Civil hoje tratam de adoção, dada a revogação dos demais artigos pela Lei 12.010/2009:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2002).

O procedimento da adoção é regulamentado pelo Estatuto da criança e do adolescente e pelo Provimento 63 do CNJ.

A adoção, feita unicamente pela via judicial, culmina com uma sentença, da qual se extrairá mandado que será levado ao Registro Civil das Pessoas Naturais para cancelamento do registro original do adotado e confecção de novo assento de nascimento.

No caso da adoção judicial, após finalizado, o processo é arquivado, para garantir que, caso seja de sua vontade, o adotado tenha acesso a sua origem biológica. Apesar deste arquivamento e de novo registro lhe ser atribuído, nenhuma observação sobre o procedimento constará nas certidões.

Na confecção desta nova certidão o adotado terá o nome do adotante. Com relação ao prenome, sua mudança é facultativa e dependerá de solicitação do menor ou de seu adotante, sendo que, neste último caso, o adotado deverá ser ouvido.

3. Aspectos registrais da filiação

3.1. O Registro do Filho

Ao falarmos em registro, primeiramente devemos tratar da presunção de paternidade. Aqui duas informações são imprescindíveis. A primeira diz respeito ao pai: O pai registral é o

pai para todos os efeitos legais. Obviamente trata-se de presunção relativa, podendo ser desconstituída através de ação de reconhecimento ou negatória de paternidade. A segunda é quando a mãe é quem registra a criança, portando a certidão de casamento do casal, incide a presunção em nome de seu marido.

Quando se trata da União Estável, desde que haja prova pré constituída, este dispositivo também deve realizar uma interpretação conforme a Constituição Federal, pois não resta dúvida de que também na convivência em União Estável deve incidir a presunção *pater is est*, sob pena de se cometer uma discriminação do instituto equiparado ao casamento, e ainda condenar o infante a não ter o nome do pai no registro, até que seja feito o exame de paternidade.

O próprio STJ, no REsp 1.194.059/SP, na relatoria do Ministro Massami Uyeda, já reconheceu a aplicação da presunção de paternidade na União Estável.

De modo diverso se dá o registro da criança pela mãe que não é casada, sem a presença do pai. Neste caso, mesmo que a Declaração de Nascido Vivo (documento fornecido na ocasião do nascimento da criança, que é levado ao registro) traga um nome como pai, será necessário estar de posse de um instrumento particular com firma reconhecida por autenticidade ou de uma procuração pública, fornecido por este, autorizando este registro em seu nome, ou seja, reconhecendo esta paternidade, para conseguir fazer constar o nome deste pai no assento de nascimento.

Não possuindo qualquer destes documentos, a criança será registrada, inicialmente, apenas com o nome da mãe. Nesta ocasião, se não houver nenhuma ação de investigação de paternidade já em tramite, ela poderá indicar o suposto pai para uma investigação oficiosa de paternidade, procedimento previsto na lei 8.560/92 (BRASIL, 1992).

Neste, a certidão de nascimento e a qualificação completa do suposto pai, fornecida pela mãe, são remetidos pelo registrador ao

magistrado, que a ouvirá se possível, e ordenará a notificação do suposto pai.

Nesta ocasião este poderá firmar a paternidade em termo de reconhecimento, que será averbado no registro civil de nascimento onde registrado o menor ou ele poderá negá-la, ocasião em que será instaurada a investigação de paternidade, sendo os autos remetidos ao Ministério Público e a Defensoria Pública.

Caso a genitora prefira não dar início a este procedimento, é prudente que lhe seja requisitada a declaração de que foi devidamente informada, pelo registrador, sobre seu direito à indicação, mas que não o exercerá na ocasião.

Isso não faz com que este direito prescreva, podendo ser exercido a qualquer tempo. O próprio Conselho Nacional de Justiça, em seu Provimento 16, explicita a possibilidade de reconhecimento de paternidade tardio e a possibilidade da mãe, enquanto perdurar a menoridade do seu filho, ou este por si só, após maioridade, apontar o suposto pai a qualquer tempo, e em qualquer registro civil, sem necessidade de guardar identidade com aquele que foi registrado o seu nascimento, dando início à investigação oficiosa de paternidade, conforme já exposto.

Isso ocorre porque o direito de ter um pai tem relevância imensurável, autorizando a investigação de paternidade a qualquer tempo. Devido a importância do tema, o Superior Tribunal de Justiça também já firmou entendimento neste sentido, como no Agravo de Instrumento: AG 323370 SC 2007.032337-0, relator: Luiz Carlos Freyesleben.

3.2 Principais alterações

3.2.1 Mudanças na Certidão de Nascimento.

Os Provimentos 02 e 03 do Conselho Nacional de Justiça, deram o pontapé inicial, as mudanças no que diz respeito à certidão de nascimento. A princípio foram padronizadas, modelo único de

certidão com número de matrícula, constando em seu corpo o número da Declaração de Nascido Vivo. O campos onde antes contava “pai e mãe” agora tem apenas FILIAÇÃO, permitindo assim o que conste o registro de pais do mesmo sexo.

A realidade atual, na qual é reconhecida como família, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a união estável entre pessoas do mesmo sexo (STF ADPF 132 RJ; ADI 4277 DF), bem como com a garantia de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, essa mudança era mais que necessária.

Com a edição do Provimento 63 de 2017, do Conselho Nacional de Justiça, foram revogados os anteriores e aprimorou-se no que concerne as certidões e registros. Neste no campo filiação obrigatoriamente deverá constar a naturalidade, domicílio ou residência atual dos pais. É emitido o CPF da criança no momento do registro, inclusive, nas que não constam essa informação, ela deverá ser averbada sem custos, obrigatoriamente, antes da emissão de uma segunda via.

3.2.2 Registro Feito Diretamente na Maternidade

A brilhante iniciativa de se fazer o registro de nascimento dentro das maternidades, logo após o parto, teve como principal objetivo banir, de uma vez por todas, o “sub-registro” de nascimento.

Novidade trazida pelo Provimento de nº. 13 do Conselho Nacional de Justiça, aprimorada pelo provimento 17, autorizou e regulamentou, atribuindo sua fiscalização à Corregedoria Geral de justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Há hoje postos de atendimento localizados no interior das maternidades, graças a um convênio preexistente entre a maternidade e o cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da circunscrição ou através de rodízio entre os cartórios. Caso a unidade interligada seja administrada por registrador civil com

atribuição diversa da circunscrição do parto, o registro será remetido ao competente.

A Medida Provisória 776/2017, possibilitou aos pais, em conjunto ou separadamente escolher o local onde devem registrar seu filho, se no local do parto ou na residência dos genitores, quando distintos. (BRASIL, 2017).

Sendo assim, de acordo com o provimento 13 do CNJ, de 2010 (BRASIL, 2010), eram entregues a Declaração de Nascido Vivo da criança e os documentos de seu(s) genitor(es) ao administrador da unidade da maternidade, que os remetia (à princípio eletronicamente e após expedida a certidão por meio físico) ao ofício de registro civil interligado, da circunscrição onde se deu o parto ou da residência dos pais. Caso o distrito de residência dos pais não seja interligado, permanecerá a possibilidade de registro neste por parte do declarante.

Isso foi determinado desta forma para que pudesse haver a qualificação positiva ou negativa da documentação. Caso negativa, haveria uma nota devolutiva, com mais exigências e, se positiva, já originava a certidão de nascimento, enviada eletronicamente, impressa, selada e entregue aos pais.

O provimento de número 17 do CNJ, de 2012 (BRASIL, 2012), facilitou o processo, permitindo que essa qualificação fosse feita diretamente na maternidade, desde que esta tivesse um preposto indicado pela serventia. Este tem poderes para atestar a validade da documentação e emitir eletronicamente apenas uma declaração do conteúdo apurado através dos documentos e que estes foram devidamente conferidos e que estão de acordo. O posterior armazenamento se dá na própria unidade.

3.2.3 Registro do Filho Adotivo

A adoção se concretiza através de sentença judicial, dela extraído mandado, levado ao Registro Civil das Pessoas Naturais, que poderá ser o do município de residência do adotante.

A lei 8.069 de 13 de julho de 1.990 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, regula em seu artigo 47 e parágrafos, como será feito esse assento de nascimento. O mandado será arquivado e haverá o cancelamento do registro de nascimento originário, se menor de idade, sendo feito um novo registro, baseado no vínculo adotivo, constando nome dos pais e de seus ascendentes. Entretanto, se maior de idade, será feita apenas uma averbação em seu assento original.

O Provimento 63 do CNJ estabeleceu algumas mudanças no que concerne ao registro na filiação adotiva. A primeira delas, dispõe que, a adoção com início antes da confecção do registro de nascimento, dá ao declarante a opção pela naturalidade do município de residência do adotante quando do registro (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Outra disposição importante determina que as certidões de pessoas que foram adotadas, quando fornecidas em inteiro teor, conterão todo conteúdo registral, mas não a origem biológica, que somente será revelada com autorização judicial, conforme a Lei de Registro Públicos (BRASIL, 1973) em seu artigo 95, parágrafo único, c/c Código Civil, artigo 19, parágrafo terceiro.

O provimento, por fim, determina o direito ao acesso irrestrito a todos os documentos relativos ao seu processo de adoção, ao adotado.

3.2.4 Registro na Reprodução Assistida

No segundo semestre de 2.017, dentro do provimento 63 (seção III, artigos 16 a 19), o CNJ trouxe toda uma parte dedicada ao registro e certidão de nascimento de filhos concebidos através de reprodução assistida, e, em especial, com relação à de casais homo ou heteroafetivos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

O registro é realizado no Livro A, como os demais nascimentos, sem necessidade de prévia autorização judicial, observada a legislação em vigor à época de sua confecção, com

apresentação de documentos pessoais e a Declaração de nascido Vivo.

Na Declaração de Nascido Vivo (DNV), o nome de quem deu a luz consta como mãe, que, no caso de gestação por substituição, não reflete a verdade biológica da criança, sendo esta apenas a parturiente. Sendo assim, haverá a exigência da apresentação do termo de compromisso que foi por esta firmado, esclarecendo que foi apenas doadora temporária do útero e não é a mãe biológica da criança. O nome da gestante por substituição não integra o registro de nascimento.

Caso o doador de material genético já tenha falecido, será também necessária a apresentação de termo de autorização prévio, com firma reconhecida, específico para uso de seu material biológico preservado.

É necessária também, em qualquer caso, a apresentação de declaração do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana, no qual foi realizado o procedimento da reprodução assistida, indicando se heteróloga, com o nome de seus beneficiários.

Importante ressaltar que não é exigido, por parte do oficial de registro de nascimento, a identificação do doador do material genético para a realização do assento de nascimento e que o conhecimento da ascendência biológica, neste caso, não importa no reconhecimento de vínculo de parentesco e efeitos jurídicos dele advindos entre doador(a) e o filho gerado através de reprodução assistida.

Sendo assim, a declaração do nascimento será feita mediante a apresentação obrigatória de toda essa documentação, na presença de ambos os pais, se não casados e de ambos ou um dos pais, se casados ou em união estável, portando, nesse caso, certidão de casamento, de conversão em união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença judicial de reconhecimento de união estável. Todos os documentos permanecerão arquivados na serventia em que realizado o registro.

Do registro de filhos de casais homoafetivos, na inserção dos nomes de seus ascendentes, é proibida qualquer distinção quanto a ascendência materna ou paterna.

Cumpridas todas as exigências legais não é permitido ao oficial de registro civil recusar registrar a criança e se o fizer será passível de punição.

4. Filiação e reconhecimento voluntário de filhos

A presunção do registro de nascimento é relativa, e pode dessa forma ser modificada diante de ação negatória e declaratória de paternidade ou ação de retificação de registro civil.

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

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

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos (BRASIL, 2002).

É sabido que o reconhecimento de filhos é ato personalíssimo e irrevogável. Só poderá ser feito pela mãe ou pelo pai, cujo nome não conste da certidão de nascimento do filho. “Ademais é importante salientar que o reconhecimento voluntário trata-se na realidade, de uma confissão voluntária, da mãe ou do pai, na qual declara ser seu filho, determinada pessoa” (ALTIERI,2006).

Caso a criança esteja registrada com o nome de outro pai ou mãe biológicos, será necessária uma ação judicial de investigação de paternidade ou maternidade combinada com ação de retificação de registro civil.

Importante ressaltar aqui que qualquer ato que declare ou reconheça a filiação, seja judicial ou extrajudicial, necessita ser averbado em registro público.

4.1 Reconhecimento de Paternidade Biológica

O direito ao reconhecimento da paternidade pode ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, a qualquer tempo, desde antes de nascer até após sua morte, desde que haja descendentes.

Ele poderá ser feito espontaneamente perante oficial de registro civil, no próprio termo de nascimento ou por meio de escrito particular com firma reconhecida por autenticidade ou por escritura pública, sempre destes constando uma declaração expressa acerca do reconhecimento, sendo esta necessariamente arquivada.

Quando é realizado judicialmente, ocorre em específica ação de reconhecimento de paternidade, através do rito ordinário com produção de provas ou incidentalmente com manifestação expressa ao magistrado.

Se através de ato de última vontade, ainda que ocorra posterior anulação ou revogação, a irrevogabilidade da cláusula de reconhecimento permanecerá, a não ser que estivesse mentalmente incapaz de manifestar sua vontade quando da confecção deste.

Será imprescindível a anuência da mãe, quando representante de seu filho menor, ou do próprio filho quando maior de dezoito anos. Este, inclusive, tem o prazo decadencial de quatro anos, contados da maioridade, para impugnar sua paternidade reconhecida com consentimento da mãe, enquanto menor, como dispõe o artigo 1.614 do Código Civil (BRASIL, 2002).

4.2 Reconhecimento de Maternidade Biológica

Raramente visto, foi um pouco mais usual sob a égide do Código Civil de 1916, quando mães não casadas ou casadas que tinham filhos fora do casamento, e estes tinham somente o nome do pai em seu registro ou nem isso (BRASIL, 1916). Assim, o meio de corrigir este problema era através do reconhecimento de maternidade.

Hoje isso é bem mais difícil de ocorrer, até mesmo porque a maioria dos partos ocorrem dentro de hospitais e maternidades, tendo a mãe como “quase” certa.

4.3 Reconhecimento de Paternidade e Maternidade Socioafetiva

Outra novidade trazida pelo provimento 63 do CNJ concerne ao reconhecimento voluntário de maternidade e paternidade socioafetiva. Este pode ser feito diretamente no cartório de registro civil das pessoas naturais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Obviamente não impede o vínculo concomitante da filiação biológica, que tem seus próprios efeitos jurídicos.

Este pode ser realizado diretamente no cartório, não sendo necessária sua manifestação diretamente no Registro Civil das Pessoas Naturais onde registrado o menor, sempre realizado de forma unilateral. É feito da mesma forma do reconhecimento de paternidade biológica, ou seja, por documento particular com firma reconhecida, procuração pública ou por ato de última vontade, mas não implica no registro de mais de dois pais ou mães no campo Filiação no registro de nascimento.

No entanto, não poderá ser feito por qualquer pessoa. Independente do estado civil, somente pode ser realizado por maiores de dezoito anos e que tenham uma diferença de idade mínima de dezesseis anos com relação ao filho socioafetivo, desde que não sejam irmãos entre si ou ascendente.

Além disso, não poderá haver procedimento de reconhecimento de paternidade ou processo de adoção em tramite no momento da realização do reconhecimento. Esse desconhecimento, inclusive, deve ser declarado por escrito por quem deseja reconhecer a paternidade socioafetiva no momento do ato, sob as penas da lei. O reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetivo não é um obstáculo à discussão sobre a verdade biológica.

Sendo assim, cumpridos todos os requisitos, o interessado em reconhecer paternidade socioafetiva, de posse de um documento com foto e da certidão de nascimento do menor, em original e cópia as apresentará ao oficial que verificará a identidade através dos documentos e deverá realizar o arquivo dos mesmos.

Haverá a confecção de um termo, que também será mantido em arquivo, com qualificação do requerente, no qual constarão também os dados presentes no campo filiação e filho, presentes na certidão de nascimento do menor, bem como as assinaturas do requerente, do pai e mãe do menor.

Sempre será necessária a anuência, através de assinatura, perante o Oficial de Registro Civil ou escrevente autorizado, dos representantes legais, pais, se menor, ou do próprio menor se contar com ao menos doze anos de idade. No caso de pessoa com deficiência, será uma decisão apoiada, nos termos da Lei que regula a matéria.

Na falta de pai ou mãe ou sendo impossível obter um consentimento válido, ou, se por qualquer razão, o oficial suspeitar de fraude, má-fé, vício de vontade, simulação ou duvidar da posse do estado de filho, o fato será apresentado ao juiz competente.

Uma vez concretizado, trata-se de ato irrevogável, somente podendo ser desconstituído judicialmente por vício de vontade, fraude ou simulação.

5. Conclusão

Conforme exposto, após anos vivendo sob a óptica de uma legislação retrógrada, hoje vivenciamos várias mudanças importantes e necessárias quando tratamos do tema filiação.

Sáimos de um modelo único de filiação obtido através do casamento heterossexual, para a permissão de constituição desta através de vínculo biológico, até mesmo através de inseminação artificial homologa, de vínculo socioafetivo com a adoção e

inseminação artificial heteróloga, bem como, de reconhecimento voluntário de paternidade que tem hoje um procedimento simples.

Tendo em vista que hoje diversas são as entidades reconhecidas como família, e diversos são os vínculos de filiação, nada mais correto que atualizar a legislação incluindo uniões homoafetivas como famílias, bem como as diversas possibilidades existentes e não excluindo nenhuma hipótese possível de filiação, inclusive agregando um possível reconhecimento socioafetivo além da paternidade biológica, que permanece.

A mudança no modelo de certidão de nascimento, com a substituição de “pai e mãe” por “FILIAÇÃO” trazida pelo provimento número 03 do Conselho Nacional de Justiça, bem como a permissão de inclusão de mais de um pai ou mãe, multiparentalidade, mostram que estamos começando a ter um modelo mais moderno e adequado de legislação, ou pelo menos que supra de forma mais adequada, aos anseios impostos pela sociedade.

Até mesmo no que concerne ao registro nas maternidades, trazido pelo provimento 13 e aprimorado pelo provimento 17 do Conselho Nacional de Justiça, mostra como estamos tentando prosperar, para que todas as crianças tenham seu registro confeccionado correta e rapidamente, facilitando a da indicação do pai, com o procedimento de investigação oficiosa, feito em cartório, bem como do reconhecimento voluntário e investigação de paternidade.

Sendo assim, podemos concluir que nossa legislação metamorfoseou e incluiu todos como filhos e busca dar a eles seu devido registro, com o nome de seus pais, inclusive se houver múltiplos. Esperamos que essa evolução continue e se torne cada vez mais inclusiva e livre de preconceitos.

6. Referências

ALTIERI, Juliana Fernandes. **O Instituto da Paternidade Biológica**. Disponível em <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29387/o-instituto-da-paternidade-biologica>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

BEVILAQUA, Clóvis. **Clássicos da Literatura Jurídica**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRASIL. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 mai. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Organização dos textos por Aloyzio Nunes Ferreira Filho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 de jun.2018.

BRASIL. **Lei nº 4.655, 1965**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm>. Acesso em 26 de junho 2.018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **TJ. REsp 1194059/SP**, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/11/2.012, DJE, 14/11/2012.

BRASIL. **Medida Provisória 776 de 2017**. Disponível em <https://www.google.com.br/search?q=medida+provis%C3%B3ria+n%C2%Bo+776+de+26+de+abril+de+2017&rlz=1C1VFKB_enBR67oBR67o&oq=medida+provis%C3%B3ria+776&aqs=chrome.3.69i57j69i60j0l2.19758j1j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html> . Acesso em 22 de maio de 2018.

BRASIL, **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 08 de maio de 2018.

BRASIL, **Lei n. 8.560**, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8560-29-dezembro-1992-349772-normaatualizada-pl.html> >. Acesso em 08 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei 6.699**, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em 22 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 22 de maio de 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1957/2010**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 23 de jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63**. De 14 de Novembro de 2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=NjAzNjM>>. Acesso em 23 de maio de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Certidões de nascimento já podem ser obtidas em maternidades. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/75818-certidoes-de-nascimento-ja-podem-ser-obtidas-em-maternidades>>. Acesso em 28 de junho de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7^o. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. “**Direito das Famílias – de acordo com a Lei n. 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei 11.441/07 – Lei de Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais**”. 2^a Triagem. Lumen Juris Editora. 2009. Página 310.

GOES, Vanessa. **A Irrevogabilidade da Adoção**. Disponível em < <http://www.odireito.com/impressao.asp?c1=613&s1=2&s2=1&s3=24>>. Acesso em 08 de maio de 2018.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 29 de jun. 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA, Carlos Magno Alves. CNJ cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva>>. Acesso em 29 de maio de 2018.