

Auricelia do Nascimento Melo
Gillian Santana de Carvalho Mendes
(Orgs.)

A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL NOS DIAS ATUAIS

Anais do III Seminário do
Grupo de Pesquisa de
Direito Civil Constitucional





O grupo de pesquisa de Direito Civil Constitucional integrado por professores do Curso de Direito do Campus Torquato Neto, realizou nesse segundo semestre de 2020, via remota, mais um evento para divulgar as pesquisas de seus professores e orientandos. Cria-se, deste modo, um momento exclusivo e privilegiado para discussão e divulgação de produção científica e, desta forma, um ambiente propício para apoiar o desenvolvimento intelectual e contínuo dos discentes e professores. Como resultado, para concretizar tudo o que foi discutido ao longo desse período, apresentamos os anais do evento que foi denominado de “III Seminário do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitucional: a humanização do direito civil constitucional nos dias atuais”. O evento foi realizado pelos professores e foi executado através do canal do youtube da Empresa Jurídica Júnior da UESPI, Conectjus. Criou-se, com a realização do evento, um momento exclusivo e privilegiado para discussão e divulgação de produção científica, tendo como proscênio a Constitucionalização do Direito Civil e, desta forma, apoiar o desenvolvimento intelectual contínuo dos alunos da graduação dos cursos jurídicos. Agora, registrando e documentando o seminário com os anais, é mais um caminho socializador do conhecimento para todos os que se debruçam sobre o tema, especialmente, os estudantes e professores da Universidade Estadual do Piauí.



A humanização do Direito Civil Constitucional nos dias atuais

A humanização do Direito Civil Constitucional nos dias atuais

Anais do III Seminário do Grupo de Pesquisa de
Direito Civil Constitucional

Organizadoras

Auricelia do Nascimento Melo
Gillian Santana de Carvalho Mendes



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

Fotografia de Capa: Nicolas Jossi - [instagram.com/insta.jossi](https://www.instagram.com/insta.jossi)

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)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

MELO, Auricelia do Nascimento; MENDES, Gillian Santana de Carvalho (Orgs.)

A humanização do Direito Civil Constitucional nos dias atuais: Anais do III Seminário do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitucional [recurso eletrônico] / Auricelia do Nascimento Melo; Gillian Santana de Carvalho Mendes (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

109 p.

ISBN - 978-65-5917-105-7

DOI - 10.22350/9786559171057

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

1. Direito Civil; 2. Constituição; 3. Humanização; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Auricelia do Nascimento Melo	
Gillian Santana de Carvalho Mendes	
1	11
Direitos constitucionais do nascituro e o necessário contraponto da liberdade de decidir da mulher que não deseja ser mãe	
Ana Cecília Rosário Ribeiro	
2.....	26
Admissibilidade da adoção ao herdeiro esperado: análise do Artigo 1.799, I do Código Civil	
Ana Letícia Resende	
Gillian Santana de Carvalho Mendes	
3.....	45
Uma análise sob a ótica civil-constitucional acerca da vacinação obrigatória	
Isabelly de Castro Machado Da Silva	
Auricelia do Nascimento Melo	
4.....	62
Da aplicabilidade do princípio da função social aos contratos agrários no Brasil pós-codificação civil de 2002	
José Octávio de Castro Melo	
5.....	75
Abandono digital e responsabilidade civil parental, análise à luz do marco civil da internet e do estatuto da criança e do adolescente	
Patrícia Caldas Meneses P. Ferreira	
6.....	91
Divórcio Potestativo x Segurança Jurídica	
Sheila de Andrade Ferreira	

Apresentação

Auricelia do Nascimento Melo
Gillian Santana de Carvalho Mendes

O grupo de pesquisa de Direito Civil Constitucional integrado por professores do Curso de Direito do Campus Torquato Neto - UESPI, realizou nesse segundo semestre de 2020, via remota, mais um evento para divulgar as pesquisas de seus professores e orientandos.

Cria-se, deste modo, um momento exclusivo e privilegiado para discussão e divulgação de produção científica e, desta forma, um ambiente propício para apoiar o desenvolvimento intelectual e contínuo dos discentes e professores.

Como resultado, para concretizar tudo o que foi discutido ao longo desse período, apresentamos os anais do evento que foi denominado de “III Seminário do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitucional: a humanização do direito civil constitucional nos dias atuais”. O evento foi realizado pelos professores e foi executado através do canal do *youtube* da Empresa Jurídica Júnior da UESPI, Conectjus.

O objetivo do evento, que contou com a participação de mais de 200 inscritos, foi divulgar os resultados das pesquisas científicas realizadas por estudantes e professores do Curso de Graduação de Direito do Campus Torquato Neto - UESPI, além de contribuir para a formação dos participantes; apoiar, incentivar e divulgar o conhecimento científico na comunidade acadêmica; qualificar o corpo docente e discente da graduação, seguindo o processo de formação contínua; e estimular o interesse pela pesquisa em área tão relevante, como é o Direito Civil Constitucional.

Criou-se, com a realização do evento, um momento exclusivo e privilegiado para discussão e divulgação de produção científica, tendo como

proscênio a Constitucionalização do Direito Civil e, desta forma, apoiar o desenvolvimento intelectual contínuo dos alunos da graduação dos cursos jurídicos. Agora, registrando e documentando o seminário com os anais, é mais um caminho socializador do conhecimento para todos os que se debruçam sobre o tema, especialmente, os estudantes e professores da Universidade Estadual do Piauí.

Direitos constitucionais do nascituro e o necessário contraponto da liberdade de decidir da mulher que não deseja ser mãe

*Ana Cecília Rosário Ribeiro*¹

1 Introdução

Logo de início importa tecer um esclarecimento sobre a temática abordada nesse artigo científico. Trata-se de uma investigação sobre alguns direitos constitucionais do nascituro reconhecidos e reafirmados por nossos tribunais superiores ao longo de algumas décadas (imagem, honra, saúde, alimentos e vida).

Trata-se, portanto, de uma abordagem que se vale do método indutivo de investigação, no qual se parte de fatos particulares para se alcançar uma conclusão ampliada sobre esses direitos do nascituro tão exaltados na nossa jurisprudência.

Os direitos do nascituro reafirmados pelos tribunais partem da ideia de que o homem já concebido e não nascido detém direitos que precisam ser salvaguardados, tal qual preconiza a corrente concepcionista. Funda-se, portanto, na concepção de que o ser humano ainda no ventre materno é sujeito de direitos. A ideia norte da legislação civilista e da nossa Constituição é garantir o desenvolvimento digno e saudável no meio intrauterino e o conseqüente nascimento com vida.

¹ Promotora de Justiça. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí. Especialista em Direito Civil pela Universidade Salvador. Mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade de São Paulo

Ao final desse artigo é necessário correlacionar os direitos do nascituro enquanto sujeito de direitos com os também constitucionais direitos das mulheres (mães de nascituro) que não desejam levar adiante a gestação. Nesse ponto em especial, verifica-se que duas disciplinas aparentemente tão distintas (Direito Civil e Direito Penal), fundadas no mesmo tronco (o direito constitucional), devem ser harmonizadas. Assim é fundamental que toda a normativa civil e penal esteja ancorada na Constituição, disto emerge a necessidade de se tecer alguns comentários sobre o HC 124.306/RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

2 A primeira premissa: as legislações civil e penal protegem o nascituro desde a concepção.

Parte-se nesse ponto da análise do artigo 2º do Código Civil. Quando esse dispositivo traz que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2020). Pela literalidade do dispositivo, nota-se que apesar da lei condicionar a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento, não faz referência expressa à adoção da teoria natalista, segundo a qual a personalidade jurídica só iniciaria após o nascimento com vida. Percebe-se ainda, que a parte final do mesmo artigo 2º do Código Civil alinha-se muito mais à teoria concepcionista, já que ao garantir os direitos do nascituro desde a concepção está admitindo, ao mesmo tempo, que os nascituros são sujeitos de direitos e, portanto, detentores de personalidade jurídica. Interessante notar que esse dispositivo não traz um rol taxativo dos direitos do nascituro, razão pela qual a construção desses direitos fica realmente a cargo da jurisprudência.

A partir dessa construção, observa-se que o ordenamento jurídico também aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularidade de direitos. Apesar de uma leitura rápida do artigo 2º do Código Civil sugerir essa vinculação, esses são quatro conceitos e ideias

que devem ser estudadas de forma apartada sem que um conceito necessariamente vincule ou condicione o outro.

Assim é que se percebe alguns sinais trazidos pelo ordenamento jurídico indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos, apesar de condicionar a aquisição da personalidade jurídica ao nascimento com vida. São eles: o direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, evidente nesse ponto que a proteção à gestante visa, de fato, resguardar o nascituro, garantindo-lhe o direito à vida e à saúde); os alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); e, por fim, não se pode esquecer de mencionar o direito penal. E nesse ponto é importante colocar que o legislador brasileiro penal reconhece a condição de pessoa viva do nascituro. Prova desse caráter é afirmado pelo Código Penal quando traz o tipo penal do aborto em suas mais diversas formas (arts. 124 a 127 do CP, BRASIL, 1942). A própria localização do tipo dentro do Código Penal, no título referente aos "crimes contra a pessoa", e especificamente no capítulo " Dos Crimes contra a vida " deixa evidente que o nascituro é pessoa humana, inclusive seguindo toda a evolução científica que ocorreu nesse sentido, com o surgimento dos exames de imagem intrauterina. Com eles, de clareza solar que na gestação humana já se tem dentro do útero uma pessoa. Acresça-se a isso que a própria doutrina penal enfatiza a proteção do bem jurídico a vida humana no tipo penal de aborto. Nesse sentido, Alexandre Salim e Marcelo Azevedo trazem como primeira informação do tipo penal de aborto que o bem jurídico tutelado é a vida humana. Acrescentam que “na hipótese de aborto provocado por terceiro, tutela-se a vida e a incolumidade da gestante”, (SALIN; AZEVEDO, 2019, p. 79). Masson mais enfático exalta:

É com a fecundação que se inicia a gravidez. A partir de então já existe uma nova vida em desenvolvimento, merecedora da tutela do Direito Penal. Há aborto qualquer que seja o momento da evolução fetal. A proteção penal ocorre

desde a fase em que as células germinais se fundem, com a constituição do ovo ou zigoto, até aquela em que se inicia o processo de parto, pois a partir de então o crime será de homicídio ou infanticídio.

Há posições no sentido de que só há falar em gravidez após a nidação, isto é, implantação do óvulo fecundado no útero. Justificam esse entendimento no fato de algumas pílulas anticoncepcionais, e também do DIU (dispositivo intrauterino), admitidos no Brasil, agirem depois da fecundação, com a finalidade de impedir o alojamento do ovo no útero. Consequentemente, se a gravidez tem início com a fecundação, mulheres que se valem desses métodos anticoncepcionais cometem o crime de aborto, (2017, p. 81).

Evidencia-se, dessa maneira, que a nossa legislação penal também não descarta de tutelar a vida humana em formação, também denominada de vida intrauterina, elegendo-a como um bem jurídico fundamental merecedor de tutela penal.

Dentro desse panorama extenso de rol de direitos do nascituro, que descendem do mesmo tronco constitucional, tem-se a ausência de um rol taxativo de direitos do nascituro, o que para muitos constitui uma vantagem. Entretanto, essa falta de delimitação expressa do rol de direitos de titularidade do nascituro impõe a necessidade de balizar essa proteção. Dessa forma, para a delimitação da proteção jurídica do nascituro, que seja a mais próxima do real, torna-se indispensável voltar um pouco os olhos para as decisões dos tribunais superiores. Para tanto, toma-se por base alguns casos ou “cases” que constituíram norte para trazer esses contornos dos direitos constitucionais do nascituro.

3 O reconhecimento de direitos constitucionais do nascituro pelos tribunais superiores brasileiros.

Os tribunais superiores brasileiros vêm diuturnamente e já ao longo de muitos anos reconhecendo e reafirmando direitos de titularidade do nascituro, como pessoa humana que inevitavelmente é.² Muitos desses

² Ressalta-se aqui César Fiuza, segundo o qual mesmo que o nascituro não seja considerado sujeito de direitos por alguns doutrinadores e, portanto, detentor de personalidade jurídica, não se pode negá-lo a condição de pessoa humana, cuja dignidade deve ser resguardada conforme os ditames constitucionais. FIUZA, 2011).

direitos como se pode notar, não estavam elencados e nenhuma norma infraconstitucional de forma expressa.

3.1 O Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito do nascituro em receber indenização por danos morais a ele causado, decorrente da morte do seu pai.

Nesse primeiro caso, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 399028-SP, no ano de 2002, reconheceu o direito do nascituro de ser indenizado em decorrência da morte do seu pai. Enfatizou o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que o nascituro tem direito aos danos morais decorrentes da morte de seu pai; e mais, deixa expresso que o fato do nascituro não ter conhecido o pai tem repercussão na fixação do valor do dano moral:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ, Resp 399028-SP Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2002).

Nesse caso, o pai do nascituro e de mais dois irmãos desse, os quais contavam com cinco e três anos, foi atropelado na composição férrea. O nascituro somente nasceu após dois meses, da morte do seu pai. A mãe do nascituro alegou que com a morte do pai das crianças e do nascituro, a

família ficou desprotegida, advindo daí consequências danosas decorrentes da falta de assistência que o pai propiciava à família, além do sofrimento dos filhos, requerendo a condenação da requerida, ao pagamento de indenização. O ministro relator reconheceu o dano moral para os três filhos e fixou a indenização em 100 (cem) salários mínimos para os três autores, em conjunto. O ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira recorreu a lição do Professor Yussef Cahali, ao tratar do direito do nascituro:

"E também ao nascituro se assegura o direito de ...indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai. Certo, esta dor é menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu por muitos anos com o pai e vem a perdê-lo. Todavia, isso só influi na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado" (Dano Moral, RT, 2 a ed., n. 4.8.4, p. 162).

3.2 O Superior Tribunal de Justiça reconhece a indenização por dano moral ao nascituro decorrente de dano à sua imagem/honra.

Nesse segundo caso, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.487.089, mais uma vez, confirmou o direito do nascituro a galgar indenização decorrente de dano moral. Agora, essa indenização por dano moral, nesse caso decorre diretamente do direcionamento de piadas grosseiras ao nascituro e à sua mãe que atingem às suas imagens e honras.

Os autores da ação a cantora Wanessa Camargo, Marcus Buaiz e nascituro demandam o humorista Rafinha Bastos pelo seguinte fato. Em dezenove de setembro de 2011, Rafinha Bastos, na condição de apresentador do programa televisivo "CQC" – Custe o Que Custar transmitido pela BAND, após ouvir o comentário tecido pelo âncora Marcelo Tas sobre a beleza da cantora Wanessa Camargo, proferiu a seguinte frase: "Eu

comeria ela e o bebê, não tô nem aí! Tô nem aí!” Tal fato foi exibido no programa "CQC" do dia 20 de setembro de 2011.

Nesse caso, em primeiro grau, chegou a ser questionada a ilegitimidade ativa do nascituro, mas foi de logo, corretamente afastada pelo juiz de piso que deu procedência ao pedido, condenando o réu ao pagamento de indenização por dano moral em dez salários mínimos para cada um dos autores.

Demandantes e demandado interpuseram recurso de apelação. O réu tinha por finalidade obter a extinção do processo por ilegitimidade ativa do nascituro, bem como argumentava a inexistência de qualquer dano moral em suas afirmações durante a exibição do programa, razão pela qual pugnava pela improcedência da demanda. Os autores, através de recurso adesivo, quiseram o aumento da indenização. O Tribunal *a quo* negou provimento ao reclamo do réu, rejeitando a preliminar de ilegitimidade ativa do nascituro, e admitindo o dano moral. Por sua vez, foi dado provimento ao recurso adesivo para majorar a verba indenizatória para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) para cada um dos autores.

Esse caso analisado no Recurso Especial nº 1.487.089 é interessante porque além de trabalhar com o conceito de que o nascimento leva a investidura na titularidade da pretensão de direito material, ao mesmo tempo, enuncia a ideia de que a liberdade de expressão tem um limite, assim como todos os direitos subjetivos. Esse limite é bem delineado no acórdão através do conceito de abuso de direito, sendo rechaçada a ideia trazida pelo humorista de que teria exercido a sua liberdade de expressão, através do uso de piada voltada àquela família, com a única pretensão de fazer humor. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

EMENTA RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMENTÁRIO REALIZADO POR APRESENTADOR DE PROGRAMA TELEVISIVO, EM RAZÃO DE ENTREVISTA CONCEDIDA POR CANTORA EM MOMENTO ANTERCEDENTE - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE AFIRMARAM A OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO ANTE A AGRESSIVIDADE DAS PALAVRAS

UTILIZADAS E, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DETERMINARAM A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RÉU PELOS DANOS MORAIS SUPORTADOS PELOS AUTORES, APLICANDO VERBA INDENIZATÓRIA NO MONTANTE DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS). IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. Hipótese: A controvérsia cinge-se a aferir a existência ou não de dano moral indenizável em razão do conteúdo de frase pronunciada em programa humorístico veiculado na televisão aberta. 1. Revela-se inviável o pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ante a inadequação da via eleita, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte, tal pedido deve ser formulado de forma apartada, ou seja, mediante ação cautelar (artigo 288 do RISTJ), não se admitindo sua inserção nas razões do apelo extremo. Precedentes. 2. Quanto à apontada violação do art. 535, inciso II, do CPC, aplicável à hipótese o óbice da súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irresignação do recorrente, uma vez que apenas alegou, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido. 3. Inaplicável, ao caso, o óbice sumular nº 7/STJ, porquanto incontroverso o teor do comentário tecido pelo recorrente e, estando a controvérsia afeta exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do referido enunciado sumular. Precedentes. 4. Quanto à tese de responsabilização civil do réu pelo comentário tecido, aplicável o óbice da súmula 320 desta Corte Superior, pois o fato de o voto vencido ter apreciado a questão à luz dos dispositivos legais apontados como violados não é suficiente para satisfazer o requisito do prequestionamento. Precedentes do STJ. 5. Apesar de em dados e específicos momentos ter o Tribunal a quo, implicitamente se referido a questões existentes no ordenamento legal infraconstitucional, é certa a índole eminentemente constitucional dos fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, não tendo o recorrente interposto o regular recurso extraordinário, a atrair o óbice da súmula 126 desta Corte Superior. Precedentes. 6. No que tange ao pedido subsidiário de redução do quantum indenizatório fixado pela Corte local em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, totalizando a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ponto sobre o qual, implicitamente, houve o prequestionamento de dispositivo de lei federal, haja vista que nos termos do artigo 944 do Código Civil "a indenização mede-se pela extensão do dano" - não merece acolhida a irresignação ante a aplicação do óbice da súmula 7/STJ. O Tribunal local analisou detidamente a

conduta do ofensor, as consequências do seu comentário, a carga ofensiva do discurso, o abalo moral sofrido pelos autores e, de forma proporcional e razoável, o valor da indenização a ser custeada pelo réu para aplacar o sofrimento, a angústia e a comoção imposta aos ofendidos. Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o quantum indenizatório como quer a parte recorrente, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ). 7. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, desprovido. (Brasil. STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.089 - SP (2014/0199523-6), Relator Ministro Marco Buzzi).

3.3 O Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito a indenização do seguro DPVAT pela morte do nascituro.

No Recurso Especial 1.415.727/SC, julgado em 12.04.2016, a autora noticiou ter sido vítima de acidente automobilístico que lhe causou várias lesões corporais, a morte do seu marido e a interrupção de sua gravidez com óbito fetal. Em razão da perda do nascituro, de aproximadamente 4 (quatro) meses, requereu o pagamento do seguro DPVAT correspondente à indenização por morte nos termos do artigo 3, I da Lei nº 6.194/1974, em desfavor da Seguradora Líder. Nesse acórdão, reconheceu-se o direito da autora (mãe) de receber o seguro DPVAT, após sofrer aborto em decorrência de acidente de carro. O relator ministro Luis Felipe Salomão ressaltou que o ordenamento jurídico se alinhou mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro.

Interessante notar que nesse caso, em primeiro grau a autora obteve êxito, entretanto a parte demandada recorreu ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina e este reformou a decisão ao argumento de que o Código Civil brasileiro adotava a teoria natalista. Trouxe o Tribunal ainda que o nascituro não era sujeito de direitos, e, portanto, a indenização não era devida. Nesse ponto, é importante tecer um breve comentário sobre as três correntes que explicam o início da personalidade: natalista, por essa teoria não há direitos de titularidade do nascituro, mas mera expectativa

de direitos; concepcionista, segundo a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção; e personalidade condicional, pela qual a personalidade se inicia com a concepção, mas é submetida ao nascimento com vida.

BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)
RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE: GRACIANE MULLER SELBMANN ADVOGADO: JULIANE GONZAGA SCOPEL E OUTRO(S) RECORRIDO: SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DE SEGURO DPVAT S/A ADVOGADOS: JAIME OLIVEIRA PENTEADO E OUTRO(S) PAULO ROBERTO ANGHINONI GABRIELA FAGUNDES GONÇALVES FABIO OLIVEIRA SANTOS ANA LUCIA MATEUS EMENTA. DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de 36 personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). 3. As teorias mais

restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o pericínio de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido. (Brasil. STJ. Recurso Especial nº 1.415.727/SC, - SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão).

Posto isso, é importante ponderar que os Tribunais superiores têm adotado posicionamentos que conferem um novo olhar sobre o Direito Civil. Verifica-se a tentativa de sua “despatrimonialização”, conferindo-lhe um enfoque constitucional. Nesse Recurso Especial nº 1.415.727-SC, o Superior Tribunal de Justiça, atento ao tronco constitucional, albergou esse novo olhar do Direito Civil.

4 O conflito de interesses ente dois sujeitos de direitos: o nascituro e a sua genitora.

Como ficou bastante evidenciando durante todo esse trabalho, os tribunais superiores brasileiros abraçaram e acolheram a doutrina da teoria concepcionista salvaguardando os direitos do nascituro desde a sua concepção, mesmo antes do seu nascimento, a despeito da redação do artigo 2º do Código Civil.

Apesar do direito brasileiro afirmar que a personalidade tem início com o nascimento com vida e resguardar diversos direitos desde a concepção, inclusive reconhecidos pela jurisprudência, como restou amplamente demonstrado, o relator do HC124.306, no Supremo Tribunal Federal, ministro Marco Aurélio, deferiu cautelar para revogar a prisão de um dos denunciados, e, posteriormente, essa decisão foi estendida aos outros corréus, conferindo uma nova conotação ao tipo penal do aborto, que como já foi aqui salientado, protege o mais fundamental dos direitos constitucionais do nascituro: a vida.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto ao argumento de que a criminalização do aborto seria incompatível com os diversos direitos fundamentais da mulher. No voto vista do Ministro Barroso, há extensa fundamentação sobre esses direitos da mulher, trazendo os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade. Barroso ainda enuncia que é preciso examinar a constitucionalidade do crime de aborto e que, ao analisar o tipo penal do aborto frente ao princípio da proporcionalidade o tipo não atende ao espectro desse princípio.

O caso julgado no HC124.306 permitiu a análise da prisão de alguns médicos diante da prática dos crimes dos artigos 126 e 288 do Código Penal. Em 2013, os médicos foram presos em flagrante pela prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, já que eram proprietários de uma clínica de aborto. Entretanto tiveram sua liberdade provisória deferida pelo magistrado. Irresignado, o Ministério Público recorreu da decisão do juiz e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu o recurso do Ministério Público para decretar a prisão preventiva dos réus que terminou sendo mantida no Superior Tribunal de Justiça. Ato contínuo, agora quem fica descontente com a decisão é a defesa que manejou habeas corpus no Supremo Tribunal Federal. O resultado desse recurso foi surpreendente e representou um ponto fora da curva do que se vinha decidindo no âmbito cível acerca dos direitos do nascituro.

Ressalto que não se está afirmando, de modo algum, sobre o acerto ou erro da decisão, mas que apenas ela rompe com uma ideia.

É exatamente nesse ponto que se evidencia o aparente conflito entre a salvaguarda dos direitos do nascituro, que vinham sendo amplamente albergados pelos nossos tribunais, e a decisão tomada no HC124.306, já que o tipo penal do aborto protege a vida humana em sua fase intrauterina, tutelando o direito constitucional de espectro mais amplo do qual decorrem todos os demais: o direito à vida.

O ministro Barroso expõe que a vida potencial do feto é “evidentemente relevante”, mas a criminalização do aborto antes do primeiro trimestre de gestação, além de violar direitos fundamentais da mulher, não observa suficientemente o princípio da proporcionalidade. Para o ministro, os artigos 124 a 126 do Código Penal precisam ser interpretados conforme a Constituição e, aí vem a novidade, para excluir do âmbito de incidência da norma penal a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Finaliza o ministro que, como o Código Penal é de 1940, anterior à Constituição Federal, trata-se de hipótese de não recepção desse dispositivo penal. E aqui vale a transcrição de suas palavras:

Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva”, concluiu. (Brasil. STF. Habeas Corpus nº 124.306. Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio, 2016).

O problema acontece quando há um conflito de interesses entre dois sujeitos de direitos: o nascituro de um lado com o seu direito a vida, e a mulher do outro lado também com direitos fundamentais constitucionalmente albergados. Ressalta-se no acórdão os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada a manter uma gestação indesejada; a sua autonomia, com o consequente direito de realizar escolhas existenciais que perdurarão por toda a vida, já que ninguém deixa de ser mãe; a integridade física e psíquica da gestante, que sofre os efeitos

da gravidez, tanto no corpo como no psiquismo; a igualdade da mulher, pois o respeito a vontade da mulher constitui exigência da equiparação plena de gênero, já que homens não engravidam, acrescido aí o impacto da criminalização do aborto sobre as mulheres pobres, que ficam impedidas de acessar médicos e clínicas para a realização desse procedimento.

Tanto o direito do nascituro quanto o direito da mulher que não deseja ser mãe descendem do mesmo tronco constitucional e são relevantes e passíveis de tutela jurídica, mas ficou claro no julgamento do HC124.306 que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal fundamentou a soltura dos réus na própria inexistência do crime de aborto com consentimento da gestante, quando realizado no primeiro trimestre da gravidez, priorizando nitidamente a vontade da mulher em detrimento ao direito à vida do nascituro. Sobre essa decisão Masson pondera:

Não concordamos com essa decisão, pois é manifestamente contrária ao direito à vida reconhecido no art. 5, *caput*, da Constituição Federal. É preciso destacar que o julgado é isolado e revela o entendimento de apenas três ministros, razão pela qual não se pode falar que consagra o entendimento da Corte Suprema, (2017).

A despeito da ponderação de Masson (2017), não se pode descurar que o julgado revela o entendimento de três ministros sobre o aborto o que pode sim revelar uma tendência da Corte.

5 Considerações finais

Por todo o exposto, observa-se que a vida do nascituro quando entra em rota de colisão com outros direitos também constitucionais, mas de titularidade da mulher, cede. A 1ª Turma do Supremo Tribunal, ao julgar o HC124.306, prioriza o direito da mulher que não deseja ser mãe, em detrimento do próprio direito à vida do nascituro, mesmo enfatizando a sua importância. Dessa forma, abre espaço ao questionamento do mais fundamental dos direitos do nascituro: o direito à vida.

Referências

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1.415.727 – SC. 4ª Turma. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Data do Julgamento: 04/09/14. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.089 - SP (2014/0199523-6), Relator Ministro Marco Buzzi. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Mídias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf. Acesso em: 10 de nov de 2020.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 399028-SP Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464184/mod_resource/content/1/STJ-Nascituro%20-%20Min%20Figueiredo%20Teixeira.pdf. Acesso em: 10 de out de 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em 21 de nov de 2020.
- DANO MORAL, RT, 2ª ed., n. 4.8.4, p. 162 Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464184/mod_resource/content/1/STJ-Nascituro%20-%20Min%20Figueiredo%20Teixeira.pdf. Acesso em: 10.10.2020.
- FIUZA, César. **Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade**. Minas Gerais, 2011. Disponível em: <https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitosde-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>. Acesso em 03 de ago de 2020.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Parte especial. Vol.2. São Paulo: Método, 2017.
- SALIM, Alexandre; e AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal**. Parte especial – Dos Crimes contra a pessoa aos crimes contra a família. 8ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

Admissibilidade da adoção ao herdeiro esperado: análise do Artigo 1.799, I do Código Civil

*Ana Letícia Resende*¹

*Gillian Santana de Carvalho Mendes*²

1 Introdução

O direito sucessório é um direito natural, sempre existiu e existirá em todas as sociedades, durante todos os tempos. As pessoas em geral têm apego ao seu patrimônio, mas não desejam que por sua morte, ele seja transferido ao Estado, preferem que seu patrimônio seja apropriado por sua família ou por pessoas as quais designar, via testamento.

De acordo com os preceitos da legislação civil brasileira apenas as pessoas naturais podem realizar testamento, diferentemente da capacidade para receber a herança, pois a capacidade passiva para herdar se estende às pessoas naturais e jurídicas.

Em face da Constituição Federal de 1988, por conta especialmente do Princípio da Igualdade, toda a legislação infraconstitucional teve que ser interpretada de acordo com a Lei Magna, e não poderia ser diferente. No entanto, ainda existem algumas controvérsias em face das teses doutrinárias e jurisprudenciais adotadas ao caso concreto.

No Direito das Sucessões o artigo 1.799 do Código Civil retrata a possibilidade do testador deixar herança para alguém que ainda não foi

¹ Advogada e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual do Piauí- UESPI

² Doutora em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário UNICEUB, Mestre em Direito Constitucional, Especialista em Educação. Professora da UESPI e do Centro Universitário UNINOVAFAPI

concebido, o termo concebido provoca dúvidas quanto a admissibilidade do herdeiro esperado não decorrer apenas da conjunção carnal entre duas pessoas, mas também, do afeto decorrente das relações civis.

Assim, o objetivo do presente artigo é analisar a admissibilidade da adoção quando da interpretação do artigo 1.799 do Código Civil Brasileiro, tendo como vetor a incidência dos princípios constitucionais que se debruçam sobre as relações familiares, especialmente, o princípio da igualdade de filiação.

Para realização da investigação utilizar-se-á uma metodologia dedutiva, apresentando a interpretação literal do artigo do diploma civil em apreço e a ponderação com os princípios constitucionais para se chegar a uma conclusão, a pesquisa de cunho bibliográfico será apresentada com base na doutrina e na legislação existente

Para atingir o objetivo proposto se discorrerá sobre a sucessão testamentária, os requisitos necessários para que o herdeiro esperado possa atingir a capacidade de herdeiro, o princípio da coexistência e a adoção e seus princípios fundamentais.

2 Sucessão testamentária

A partir do nascimento com vida, a pessoa natural, o ser humano, adquire personalidade jurídica e passa a ter aptidão para adquirir direitos e contrair deveres (BRASIL, 2002); quando a pessoa morre, sua personalidade jurídica chega ao fim, e a titularidade sobre um patrimônio (ativo e passivo) passa, imediatamente, para seus herdeiros legítimos e testamentários, conforme o princípio do *saisine*, incidindo a sucessão *causa mortis*. Conforme Rizzado (2019, p.23) “A transferência imediata da posse e do domínio corresponde à expressão francesa *droit de saisine*. Todo acervo, tanto ativo como passivo, é transferido aos herdeiros”. Portanto, o vocábulo sucessão que se emprega no presente artigo é aquele que decorre da morte, seja real ou presumida (sem ou com declaração de ausência), pela qual a herança se transmite desde logo a todos os herdeiros e legatários.

De acordo com o artigo 1.786 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) a sucessão poderá ser legítima ou testamentária. A sucessão legítima é predominante no direito brasileiro, seja pelas dificuldades e formalidades necessárias para realizar o testamento ou pelas questões culturais da pessoa não desejar pensar na sua morte. Ademais quando a morte ocorre *ab intestato*, sem que o morto tenha deixado testamento, a legislação sucessória é supletiva.

No caso da sucessão legítima, há critérios para que alguém se torne sucessor de outrem quando não deixa testamento, quando o testamento caduca ou não atinge a validade, ou quando o testador não dispôs de todos os seus bens no testamento, o que chama-se de ordem de vocação hereditária, uma sequência de pessoas estabelecidas por lei como presunção da vontade do morto. Desta forma, quando aberta a sucessão, a herança é transmitida imediata e inicialmente aos descendentes e ao cônjuge, se o regime de casamento não tiver sido escolhido sob a forma da comunhão universal de bens, comunhão parcial se o *de cujus* não tiver deixado bens particulares e separação obrigatória. Na inexistência de descendentes, o cônjuge concorre com os ascendentes, ficando com a metade do patrimônio do morto se concorrer com ascendentes de segundo grau em diante.

Na falta de ascendentes e descendentes, o cônjuge herda sozinho. Caso o *de cujus* tenha vivido em união estável, o STF determinou que a interpretação fosse igualmente a deferida ao cônjuge sobrevivente, “Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988” (STF, 2017).

Não existindo descendentes, cônjuge ou ascendentes a herança será transferida aos herdeiros colaterais até o quarto grau, em ordem de preferência também, isto é, herdamos primeiro os parentes colaterais mais próximos, observando-se que os sobrinhos possuem preferência sobre os tios.

A sucessão testamentária, por sua vez, é aquela que deverá obedecer os contornos da lei para sua validade, depende de uma declaração de última vontade, vontade que deve ser livre ao momento da feitura do documento, perpetrada de forma personalíssima por aqueles que possuem higidez mental e sejam maiores de dezesseis anos no momento do ato, não sendo permitido nem representação e nem assistência para validar atos realizados por incapazes. O documento pelo qual se declara a última manifestação de vontade é o testamento, podendo ser revogado a qualquer tempo.

O testamento se dá nas formas ordinárias (público, cerrado e particular) e especiais (marítimo, aeronáutico e militar), podendo seu autor dispor da totalidade ou de parte de seus bens, exceto no caso do *de cuius* possuir descendentes, ascendentes e cônjuge, chamados herdeiros necessários, neste caso não poderá o testador ultrapassar quota testamentária além da metade do seu patrimônio.

Através do documento em que se declara a última vontade se nomeia tutores, se reconhece filhos, se deserda herdeiros, perdoa-se indignos e se deixa a titularidade de patrimônio para herdeiros, aqueles que herdaram fração ou a totalidade do patrimônio e legatários, os que sucedem a título particular.

Quando se trata da capacidade para receber a herança, na sucessão legítima, basta estar vivo, ou estar concebido no momento da abertura da sucessão, ocasião na qual se aguardará para efetivação o nascimento com vida. Na sucessão testamentária, o Código Civil dispõe no seu artigo 1799 que poderão ser chamados a suceder as pessoas jurídicas, as fundações instituídas pelo próprio testador, e os filhos ainda nem concebidos de pessoas indicadas pelo autor do testamento, desde que vivas estas no momento da abertura da sucessão, isto é, no momento da morte, chamados pela doutrina de herdeiros esperados, objeto do próximo tópico (BRASIL, 2002).

É possível ocorrer a simultaneidade de sucessões, sucessão legítima e testamentária ao mesmo tempo, uma vez que nem sempre o testador dá

conta de testar todo o seu patrimônio, ademais, quando possui herdeiros necessários legalmente já não pode fazê-lo, sob pena de redução testamentária em favor dos herdeiros necessários (cônjuge, ascendentes e descendentes).

3 Herdeiro esperado

O artigo 1.799 do Código Civil ao determinar as pessoas legitimadas a sucederem por testamento enumerou em três incisos: as pessoas jurídicas, as pessoas jurídicas que forem determinadas pelo próprio testador sob a forma de fundação e “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” estes últimos designados de herdeiros esperados (BRASIL, 2002).

Os herdeiros esperados somente poderão receber a herança ou legado em virtude de testamento. Mas, de acordo com a leitura do inciso I do art. 1799 do CC que contempla o herdeiro esperado, existem alguns elementos que exigem uma análise mais detida.

Primeiro, deve-se esclarecer que o legislador foi enfático ao dispor que após a abertura da sucessão herdariam, por testamento, os filhos de pessoas por ele indicadas, portanto, apenas os descendentes de primeiro grau da pessoa apontada pelo testador poderão receber a herança, com esta afirmação excluem-se a própria pessoa indicada pelo testador, bem como seus netos ou qualquer outro parente.

Neste caso é como se o testador, por algum motivo explícito ou não, declarasse que não gostaria que o genitor do herdeiro esperado recebesse sua herança, e assim pulasse o genitor para alcançar seu filho ou seus filhos, sim porque em nenhum momento a lei restringe a quantidade de filhos da pessoa indicada, então a herança será partilhada, igualmente, em tantos filhos quantos a pessoa indicada tiver dentro do prazo determinado por lei (2 anos, art. 1800 § 4º, BRASIL, 2002), salvo se o testador fizer na cédula testamentária tal reserva, como, por exemplo, deixar a herança para o primeiro filho da pessoa indicada.

Segunda observação que se faz é que o filho da pessoa indicada pelo testador para se tornar seu herdeiro ainda não deverá ter nem nascido, nem sequer concebido ao momento da abertura da sucessão e o seu genitor deverá encontrar-se vivo. Deve esclarecer aqui que se o herdeiro esperado já tiver nascido ou tiver sido adotado no momento da abertura da sucessão, não haverá interposta pessoa, a herança é deferida diretamente ao filho da pessoa indicada pelo testador, em situação diferente, se a pessoa indicada pelo testador estiver morta quando da abertura da sucessão, o testamento caducará (VENOSA, 2013, p 209-210).

Claro que em razão da teoria natalista predominante no Brasil a qual dispõe que aquisição da personalidade jurídica somente ocorre com o nascimento com vida, quando o indivíduo se torna apto a adquirir direitos e contrair deveres (art. 1º, BRASIL, 2002), o filho da pessoa indicada pelo testador somente será herdeiro se adquirir personalidade jurídica, isto é, se nascer com vida. “Não se trata mais do nascituro (*conceptus*), mas do *nondum conceptus*, ou seja, de indivíduo nem ainda concebido. Em tais casos, a transmissão hereditária é condicional, subordinando-se a aquisição da herança a evento futuro e incerto”,(GONÇALVES, 2017, p.71).

Reza o artigo 1.800 do Código Civil que, realizada liquidação ou partilha da herança e o herdeiro esperado ainda não tiver nascido, a sua herança designada pelo testador será conferida a um curador nomeado pelo juiz, de preferência à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, salvo disposição contrária do próprio testador (BRASIL, 2002).

No caso de exclusão do genitor do herdeiro esperado pelo testador ou de algum motivo que faça com que o juiz não o nomeie como curador do herdeiro esperado, o legislador, de pronto, apresentou a forma sucessiva de nomear como curador: em primeiro lugar, o cônjuge ou companheiro do herdeiro esperado, na sua falta, o pai ou a mãe do herdeiro esperado e não podendo estes assumirem, os descendentes do herdeiro esperado, e não existindo nenhum destes acima, é que competirá ao juiz escolher (art, 1775, BRASIL, 2002). O legislador não teve o cuidado com a questão de curatela que envolve o herdeiro esperado, haja vista que se o herdeiro

esperado nem foi concebido ainda como terá cônjuge ou descendente? Impossível.

No entanto, é plausível que a curatela recaia sobre o pai ou a mãe do herdeiro esperado que já eram naturalmente por força do artigo 1800, §1º do Código Civil, bastando que não tenham sido excluídos pelo próprio testador e que estas estejam vivas no momento da abertura da sucessão, como se depreende da leitura do caput do artigo 1.799, I do Código Civil.

Pela leitura do artigo 1.799, I do Código Civil interpreta-se, diferentemente de Tartuce e Simão (2010, p.46) que asseveram que o testador não poderá ter como herdeiro esperado o seu próprio filho, uma vez que o genitor do herdeiro esperado possa ser sim o testador, desde que ele indique como herdeiro esperado o filho do outro genitor. Assim, se Mário nomeia como herdeiro esperado o filho de Marta, que poderá ser seu, por inseminação, por exemplo, o herdeiro esperado, nestas condições poderá ser filho do testador, se Marta estiver viva no momento da abertura da sucessão de Mário.

A parte mais obtusa das disposições relacionadas ao herdeiro esperado encontra-se no inciso I do artigo 1.799 do Código Civil quando o legislador menciona que os filhos de pessoas indicadas pelo testador serão, mesmo que “ainda não concebidos” partes legítimas para receberem a herança (BRASIL, 2002).

Disposição semelhante à do artigo 1.799 do atual Código Civil encontrava-se no Código Civil de 1916 no seu artigo 1.718 (BRASIL, 1916), ele trazia a possibilidade do testador designar como herdeiro prole eventual de pessoas por ele designadas e vivas no momento da abertura da sucessão, o termo prole é muito mais abrangente do que o termo concebido apresentado no art. 1.799 do atual diploma civil. Afinal prole indica filhos em quaisquer condições, biológicos ou afetivos, por sua vez filhos concebidos indica os provenientes de uma relação sexual, gerado pela união de um espermatozoide com um óvulo.

Assim, a expressão “ainda não concebidos” apresenta dúvidas no que se refere a origem da filiação legitimada a receber por testamento,

entretanto a interpretação literal de tal dispositivo fere profundamente a Carta Constitucional de 1988.

Diniz (2017) implicitamente concorda que o filho do herdeiro instituído poderá vir a ser adotado e assevera que o melhor seria o testador excluir o filho adotado para não gerar a possibilidade da adoção apenas com o intuito de conseguir o benefício hereditário.

Diante do estágio atual da lei, o testador deverá excluir filho adotivo, pois a pessoa indicada poderia adotar tão somente para conseguir o benefício testamentário, fazendo com que a adoção deixe de ser um ato de amor para atender a finalidades econômicas, gerando problemas emocionais à criança adotada para tais fins, ante a não aplicabilidade do princípio do superior interesse da criança, (DINIZ, 2017, p.184).

A Constituição Federal de 1988 trouxe princípios como nenhuma outra Constituição no Brasil pôde se observar, princípios estes que devem ser norteadores de todo o sistema jurídico, os quais as normas infraconstitucionais devem se curvar, servindo de vetores para aqueles que interpretam, integram e aplicam a norma. Dentro das relações familiares, reputa-se o mais importante dentre eles, o princípio da isonomia, constante no art. 5º, da Constituição, e mais especificamente no artigo 226, § 6º do mesmo diploma, que consagra o princípio da igualdade de filiação, no sentido de proporcionar que os filhos biológicos, havidos ou não dentro do casamento e civis possuam direitos iguais.

Não se pode mais afirmar que, para o Direito Sucessório ou para qualquer outro direito, a legitimidade da filiação seja apenas biológica, o estado da filiação comporta filiação biológica, por reprodução assistida ou não e, também, a filiação decorrente da lei, como é a filiação por adoção.

A Constituição Federal de 1988 acolheu a igualdade entre filhos, o que teve que ser acompanhada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e não diferente o Código Civil de 2002 deverá ser interpretado. O atual Código Civil deverá preservar, acolher, interpretar, legislar e julgar de acordo com o Princípio da igualdade é norma de ordem pública na aplicação dos casos concretos, vez que todo o sistema infraconstitucional deve promover

a Constituição, obedecê-la e refutar qualquer norma que restrinja a igualdade de pessoas nas mesmas condições.

4 O herdeiro esperado e o princípio da coexistência

Como foi explanado em tópico anterior, no ordenamento jurídico brasileiro existem duas possibilidades de sucessão, a primeira ocorre por lei, chamada legítima, em que determina a quem será destinado o patrimônio do indivíduo após a sua morte e a sucessão derivada da última vontade do indivíduo, conhecida por sucessão testamentária, em que o próprio testador manifesta a destinação dos bens acumulados durante sua vida.

Para herdar via testamento deverá ser analisado a legitimidade passiva, ou seja, são legítimas para herdar, observando a regra do princípio da coexistência, as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. O herdeiro esperado é uma possibilidade de transmissão possível apenas na sucessão testamentária, caracterizada pela capacidade de tornar legítima a sucessão aos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que estejam vivas e nascerem com vida na abertura da sucessão, sendo dessa forma, uma exceção ao princípio da coexistência adotada pelo regimento de sucessões.

Une-se ao artigo 1799, I do CC, a matéria do §4º do artigo 1800, que determina o prazo de 02 (dois) anos, após a abertura da sucessão, para que as pessoas indicadas concebam os filhos. A grande questão encontra-se no termo escolhido pelo legislador ao tratar do herdeiro esperado: “concebidos”, que segundo alguns doutrinadores, significa que o herdeiro esperado somente seria legítimo caso dividisse o mesmo código genético do testador, ou seja, o beneficiário teria que ser um filho concebido biologicamente, nada falando sobre a possibilidade de estender ao filho adotivo, em caso de, por exemplo, a pessoa indicada no testamento ser estéril ou por qualquer outra razão, não poder gerar um filho biológico.

Diniz (2017), infere que, caso o filho seja concebido por adoção e não por forma biológica, os demais herdeiros poderiam requerer a

desclassificação dessa prole, devendo excluir o filho adotivo do testamento, utilizando-se da justificativa que a pessoa indicada poderia ter se aproveitado do instituto da adoção apenas para conseguir o benefício testamentário. Tendo em vista que, se o testador, como ato de sua última vontade, indicar o filho que ainda não foi concebido, entende-se que o mesmo desejaria um filho gerado por laços biológicos com a pessoa indicada em testamento, tornando ineficaz a adoção, eis que não iria ser atendida a última vontade do falecido.

Entretanto, sendo o testamento um negócio jurídico unilateral e um ato de vontade do testador, em que o mesmo descreve de forma solene, seus últimos desejos e como pretende ser realizado a partilha dos bens, não se pode auferir suposições e muito menos delegar a terceiros o cumprimento da vontade do testador. Desta forma, poderá o testador dispor livremente de seus bens, da maneira que quiser, desde que seja resguardado a parte da legítima (em caso de herdeiros necessários), podendo, inclusive, fazer distinções dos destinatários em testamento, justificado pelo princípio da autonomia de testar, devendo sua última vontade sempre prevalecer, desde que cumpridas as disposições legais e princípios inerentes.

Analisando o princípio da autonomia de testar, o testador tem a liberdade de querer contemplar pessoa física ou jurídica que entenda ser merecedora de seu patrimônio, podendo estabelecer expressamente, qual e como será feita a partilha àquela pessoa determinada. Sendo assim, levando em consideração o herdeiro esperado e o princípio da coexistência, o testador poderá definir que o filho seja concebido por determinada pessoa, utilizando-se de meios biológicos, ou até mesmo abrindo a possibilidade da adoção, o testador poderá, para que não paire dúvidas ser abrangente para facilitar a interpretação do seu testamento, porém não poderá ser restritivo a ponto de excluir o herdeiro adotivo.

Caso o testador não faça referência quanto ao método do herdeiro esperado, não poderá haver distinção quanto a filiação desses filhos futuros, sejam eles provenientes de forma biológica ou de forma cível, através

da adoção, pois leva-se em consideração a garantia constitucional de igualdade entre os filhos. Também, não é razoável que faça tais distinções entre os filhos biológicos do herdeiro indicado e os adotivos, pois fere a igualdade ressaltada no art. 226 da CF. É possível que o testador restrinja ao primeiro, segundo filho, ou mencione outra forma de indicar qual filho do herdeiro esperado deseja ter como capaz de receber sua herança, mas não poderá fazê-lo distinguindo as formas de “concepção” de filhos.

Dessa forma, entende-se que o testador não poderá excluir expressamente a transmissão de seus bens para filhos planejados através da adoção pela pessoa indicada em face da impossibilidade de violação das garantias fundamentais resguardadas pela Constituição Federal. O direito de herdar dos filhos provenientes de adoção deverá ser garantido igualmente, entendendo-se que o princípio da igualdade entre os filhos é aplicada de forma automática.

[...] entendemos que a evolução da situação sucessória do adotivo não permite mais essa afirmação peremptória. Lembre-se de que houve sucessivas alterações de direito sucessório em favor do filho adotivo. A intenção do legislador foi, sem dúvida, possibilitar a contemplação dos filhos de sangue. A pessoa indicada poderia adotar para exclusivamente para conseguir o benefício testamentário. Contudo, já a legitimação adotiva e adoção plena das leis revogadas não mais permitiam diferença entre a filiação natural e filiação civil (VENOSA,2013,p.209).

Nesse mesmo contexto, pressupõe que a intenção do legislador ao tratar da herdeira esperado seria contemplar os filhos biológicos, com intuito de proteger a linhagem sanguínea do testador, ideia predominante no Código Civil de 1916, entretanto, diante da evolução do direito sucessório em face da adoção, não se pode mais permitir a distinção entre filhos adotivos e biológicos. Acredita-se que, por motivos de princípios constitucionais e na atual legislação sobre sucessão testamentária, não há possibilidade de exclusão de filhos adotivos no que concerne ao instituto do herdeiro esperado.

5 Da adoção e o princípio da igualdade

Antes da promulgação da Constituição Federal, a adoção somente se fazia possível em casos de casais sem filhos, em que a principal finalidade era a de solucionar o problema do casal infértil, podendo até mesmo, ser revogada pelos adotantes, pelo fato do adotando não perder vínculo com a família biológica. Em 1957, houve uma mudança em relação a adoção, as pessoas podiam adotar independente de ter ou não filhos biológicos, entretanto, o filho adotivo não teria direito a herança (HISTÓRIA DA ADOÇÃO NO MUNDO, 2013). Somente em 1988 foi que a adoção passou a auferir todos os direitos para o adotado, ou seja, passou a tratá-los de maneira igualitária todos os filhos, sendo eles biológicos ou não (BRASIL, 1988).

A adoção, diferente da filiação biológica, é constituída pelo vínculo afetivo, conhecida como filiação socioafetiva, estabelecido de forma voluntária, os pais recebem como filho uma pessoa que pode não ter entre eles qualquer relação consanguínea ou afins.

Lei anteriores à Constituição federal de 1988, como o Código Civil de 1916, a Lei n.º 3.133/57 (BRASIL, 1957), que modificou alguns critérios da adoção, a Lei 4.655/65 (BRASIL, 1965), que dispunha sobre a legitimação adotiva, diferenciavam os filhos biológicos em detrimento aos filhos afetivos, valorizando a linhagem sanguínea da família, como por exemplo, lhes eram negados o direito à herança quando os pais haviam filhos biológicos.

Percebe-se que o instituto da adoção é recente no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando se trata do princípio da igualdade. Por ser algo tão recente, não é raro encontrar um certo preconceito e receio na adoção, principalmente se levar em conta o direito sucessório, como pode-se perceber analisando as divergências doutrinárias acerca do herdeiro esperado.

Embora a Constituição expressa a igualdade entre os filhos, a adoção ainda está acobertada pela insegurança quanto a sua legitimidade, seja como uma “solução” para casais inférteis ou como uma maneira mais

“fácil” de conseguir um benefício testamentário, deixando acreditar que a adoção serviria para atender as finalidades econômicas da pessoa indicada pelo testador (DINIZ, 2017).

Durante o lapso temporal do Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1988, predominava o entendimento que o herdeiro esperado por pessoa indicada pelo testador, não poderia compreender os filhos adotivos daquela pessoa, ao menos que o mesmo deixasse expressamente em testamento essa possibilidade. Ou seja, a prole eventual em 1916 compreendiam os filhos de descendência natural, sendo eles legítimos ou ilegítimos.

Gonçalves entende que essa linha de pensamento não pode ser mantida após a publicação da carta magna, tendo em vista que a mesma defende a igualdade entre os filhos, independente da origem de sua filiação. Sendo a discriminação entre a prole estar expressamente proibido no texto da Constituição, conclui-se que, no campo do direito sucessório testamentário, deverá prevalecer o princípio da igualdade entre os filhos, tornando possível a prole eventual ser fruto de adoção, resguardando seu direito a receber herança e o legado deixado pelo testador.

A prole eventual a que se referia o diploma de 1916 seria, portanto, a descendência natural, compreensiva de filhos legítimos, legitimados ou ilegítimos, mas filhos carnais. Tal posicionamento não merece ser mantido, tendo em vista que a atual Constituição não faz distinção, e proíbe quaisquer designações discriminatórias entre os filhos, seja qual for a sua origem ou a espécie de relação mantida por seus genitores (art. 227, § 6º). Diante da equiparação de todos os filhos, com a proibição expressa de qualquer discriminação, inclusive no campo do direito sucessório, é de concluir que a disposição testamentária há de prevalecer e o adotivo poderá receber a herança ou o legado a que tem direito. Esse entendimento é reforçado pelo art. 1.596 do Código Civil de 2002, que reafirma o princípio da igualdade entre os filhos no que concerne a todos os direitos e qualificações, sejam eles nascidos ou não de justas núpcias, sejam eles adotivos, restando proibidas quaisquer formas de discriminação. Ademais, dispõe o art. 1.626 do mesmo diploma que a adoção atribui a situação de filho ao adotado, rompendo-se todos os laços com sua família de origem, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais. (GONÇALVES, 2017 p.76)

Como já é sabido, a sucessão testamentária possibilita uma certa liberdade ao testador de poder testar, conforme sua vontade, a parte disponível de seus bens, e em caso de herdeiros necessários, a partilha se fará de forma igualitária, sem distinções entre os filhos, garantia essa, protegida pela Constituição Federal. Entretanto, quando a disposição dos bens for em testamento, o testador poderá fazer distinção no quanto cada filho poderá herdar, podendo deixar uma quantia maior para um, por exemplo.

Ao falar sobre herdeiro esperado, entende-se que, a vontade do testador, em tese é contemplar os filhos da pessoa que indicou, filhos estes que não conheceu e nem conhecerá antes de sua morte e caso o testador não faça referência expressa quanto a inclusão da adoção no instituto do herdeiro esperado, o testamento deverá ser interpretado baseando-se no princípio constitucional da igualdade perante os filhos.

Alguns doutrinadores debatem sobre a possibilidade da adoção quando o testador não fizer referência, afirmando que, o tempo limite de 02 (dois) anos, corridos da abertura da sucessão, que supostamente seria para o nascimento dos filhos da pessoa instituída (artigo 1800 §4º CC), pode ser utilizado para a adoção como um meio de cumprir com esse tempo, levando a acreditar que o motivo da adoção não seria legítimo, pois estaria destinada apenas para o recebimento dos frutos hereditários. Entretanto, essa interpretação não poderá ser validada, levando em consideração que os filhos havidos de forma biológica não devem ser considerados mais legítimos do que os filhos afetivos.

Ainda mais que, a afirmação da adoção ser um “caminho mais fácil” para conseguir os benefícios da prole eventual não condiz com a realidade brasileira e a morosidade do processo de adoção.

Observando que o procedimento da adoção é constituído por várias etapas, desde o processo de habilitação, em que é feita a escolha do perfil de filho desejado e que por diversas vezes não é condizente com a realidade das crianças que estão esperando serem adotadas, até o tempo de espera

na fila do Cadastro Nacional de Adoção, o prazo para destituição familiar e o próprio poder judiciário torna o procedimento da adoção moroso.

Há também a questão da tentativa de reintegrar a criança ou adolescente à família natural ou tentar localizar algum familiar, para enfim estar disponível para a adoção. De acordo com o site Adoção Brasil, o tempo médio de um processo de adoção nos Estados da região Sudeste (*Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo.*) está em média de 2 anos e 3 meses na fila da adoção para crianças com até 1 ano de idade, superando dessa forma o prazo decadencial de dois anos estabelecido pelo art.1800, §4º do CC.

Outra divergência seria ao termo utilizado pelo legislador, “concebidos”, o termo deverá ser interpretado, como já mencionado, à luz dos princípios constitucionais, embora o filho adotado já tenha sido concebido antes da abertura da sucessão, o mesmo só estabeleceu o vínculo com os pais indicado pelo testador na abertura desta. Deste modo, o filho adotivo, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, insere-se no conceito de prole. Contemplar os não concebidos significa contemplar aqueles filhos da pessoa indicada que o testador não conheceu em vida. Como afirma Hironaka.

Poder-se-ia, isso sim, buscar afastar o filho adotivo da sucessão em que foi indicado, pelo fato de ter sido ele concebido anteriormente à abertura da sucessão. Mas parece que nem mesmo essa possibilidade de exclusão pode prevalecer se atentar ao fato da lei tentar tutelar, em verdade, pessoas que o testador não conheceu em vida, pessoas estas ligadas pelos laços da filiação a outras que ele indicou. Contemplar os ainda não concebidos representa, para o testador, contemplar os filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte. (HIRONAKA,2003, p.93).

Dessa forma entende-se que, o termo aplicado pelo legislador, “concebido”, causa divergências doutrinárias quanto a possibilidade da adoção no que condiz ao herdeiro esperado, entretanto, sendo o princípio da

igualdade protegido pela Constituição Federal, deverá esta prevalecer acerca da discussão.

E, sendo o testamento um instrumento particular e de última vontade do testador, o mesmo possui autonomia para dispor seus bens a quem queira, dentro dos limites legais, portanto, possível a herança ser em favor do filho concebido biologicamente ou afetivamente.

Assim, o testador definirá a quem caberá os benefícios de seus bens, ou até mesmo se o filho da pessoa indicada poderá ser ou não adotada, fazendo com que a última vontade do testador seja respeitada e assim também, o princípio da igualdade entre filhos.

6 Considerações finais

A sucessão testamentária é caracterizada pela liberdade do testador em dispor seus bens da forma como queira, desde que respeitada os limites legais. O instituto do herdeiro necessário é uma exceção a regra do princípio da coexistência, em que é possível ser legítimo a suceder os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que estejam vivas no momento da abertura da sucessão.

Em tese, os filhos ainda não concebidos seriam apenas aquelas que possuíssem alguma semelhança genética com o testador, ou seja, advindos de forma biológica, porém, com o princípio da igualdade entre os filhos, resguardado pela Constituição Federal de 88, inicia-se a discussão se o uso da expressão “concebido”, escolhida pelo legislador, poderia abranger a filiação adotiva, com a finalidade de garantir a sua contemplação no instituto do herdeiro esperado. Com análise da doutrina, entende-se que, a concepção citada no Artigo 1799,I, do CC, seria o momento em que o vínculo familiar é estabelecido, que contemplar os não concebidos significa contemplar aqueles filhos da pessoa indicada que o testador não conheceu em vida, sejam eles adotados ou biológicos.

Entretanto, alguns autores entendem, como é o caso Maria Helena Diniz, que utilizar-se da adoção como forma de contemplar o herdeiro

esperado, torna a adoção ilegítima, pois a mesma só estaria sendo utilizada como uma forma mais simplificada de obter os frutos da herança, entendimento esse que não condiz com a realidade do sistema de adoção brasileira, em que a média para adoção é de 2 anos e 3 meses para crianças com até 1 ano de idade, superando o prazo decadencial de dois anos estabelecido pelo art.1800, §4º do CC e a teoria da adoção ser o caminho mais fácil.

Sendo assim, o pensamento que a adoção não é uma forma legítima de ser o herdeiro esperado não pode ser mantida após a publicação da carta magna, tendo em vista que a mesma defende a igualdade entre os filhos, independente da origem de sua filiação. Sendo a discriminação entre a prole estar expressamente proibido no texto da Constituição, conclui-se que, no campo do direito sucessório testamentário, deverá prevalecer o princípio da igualdade entre os filhos, incidindo diretamente no testamento, tornando possível o herdeiro esperado ser fruto de adoção, resguardando seu direito a receber herança e o legado deixado pelo testador.

Assim, espera-se que o presente artigo ofereça aos estudiosos uma visão atual acerca do instituto do herdeiro esperado, em que deverá fazer presente os valores constitucionais da igualdade entre os filhos, legitimando dessa forma, a adoção como herdeiro esperado.

Referências

ADMISSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO FILHO ADOTIVO COMO PROLE EVENTUAL PARA FINS DE SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA. Revista Âmbito Jurídico, Nº 67, agosto de 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/admissibilidade-do-reconhecimento-do-filho-adotivo-como-prole-eventual-para-fins-de-substituicao-fideicomissaria/> . Acesso em: 09 de nov de 2019

BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacao-original-1-pl.html>. Acesso em: 02 de nov de 2019.

BRASIL, Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957. *Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil.* Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-3133-8-maio-1957-355236-norma-pl.html>. Acesso em: 02 de nov de 2019.

BRASIL, Lei nº 4.655, de 2 de Junho de 1965. **Dispõe sobre a legitimidade adotiva.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4655-2-junho-1965-377680-norma-pl.html>. Acesso em: 02 de nov de 2019.

BRASIL. Lei n.º 4.106, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 nov 2019.

CARVALHO, Beatriz Girão Enes, MESQUITA, Danielisson Paulo de, SILVA, Luana Andrade. **Investigando o processo de adoção no Brasil e o perfil dos adotantes.** Revista de Ciências Humanas UFSC, vol 44, nº1, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/2178-4582.2010v44n1p191/14439>. Acesso em: 09 de nov de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito das sucessões**, 31ª Ed, 2017, vol VI, São Paulo: Saraiva, 2017.

DULTRA, Elza, MAUX, Ana Andréa Barbosa. **A adoção no Brasil: algumas reflexões.** Estudos e Pesquisas em Psicologia, vol 10, nº2, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4518/451844632005.pdf> . Acesso em: 10 de nov de 2019.

FONTANELLE, Patricia, RUSSI, Patricia. **A possibilidade da adoção da prole eventual diante da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Dezembro de 2010. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/adocprole_font.doc. Acesso em: 09 de novembro de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**, 11ª ed, Vol. VII, São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil:** parte especial: do direito das sucessões, (arts 1784 a 1856). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

HISTÓRIA DA ADOÇÃO NO MUNDO. Revista de audiências públicas do Senado Federal, Ano 4, n.º15, maio de 2013. Disponível em : <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>. Acesso em: 02 de nov de 2019.

O TEMPO MÉDIO NA FILA DA ADOÇÃO NA REGIÃO SUDESTE DO BRASIL. Disponível em: <https://www.adocaobrasil.com.br/o-tempo-medio-na-fila-da-adocao-na-regiao-sudeste-do-brasil/>. Acesso em: 02 de nov de 2019.

RIZAARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, 11ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SAMPAIO, Patrícia Outerial de Oliveira, SILVA, Éderson de Sousa. **O significado da expressão concebido, na redação do artigo 1.799, I, do Código Civil Brasileiro**. Vol. 4, n.º1, março de 2014. Disponível em: http://facos.edu.br/publicacoes/revistas/direito_cultura_e_cidadania/marco_2014/pdf/o_significado_da_expressao_concebido_na_redacao_do_artigo_1.799,_i,_do_codigo_civil_brasileiro.pdf . Acesso em 10 de novembro de 2019.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ 10/05/2017. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-heranca-conjuges-companheiros.pdf>. Acesso em: 01 de nov de 2019.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil** - Vol. 6 - Direito das Sucessões - Série Concursos Públicos - 3ª Ed. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, 13ª ed, São Paulo: Atlas, 2013, v. 7.

Uma análise sob a ótica civil-constitucional acerca da vacinação obrigatória

*Isabelly de Castro Machado Da Silva*¹

*Auricelia do Nascimento Melo*²

1 Introdução

A vacinação no Brasil não é uma questão recente, visto que nosso país já presenciou a Revolta da Vacina, que em 1904 estremeceu as relações políticas na cidade do Rio de Janeiro, fazendo o médico sanitarista Oswaldo Cruz e o então presidente Rodrigues Alves desistirem de implementar a vacinação obrigatória contra a varíola.

Os cariocas revoltosos iniciaram uma série de protestos e manifestações contrárias às medidas de reforma urbana e sanitária que há muito já os tinham prejudicados, com destruição de cortiços, remoção da população pobre e alargamento das ruas, que já se adequavam às novas exigências arquitetônicas de uma sociedade urbanizada. A obrigação de se imunizar foi apenas o estopim da Revolta, que durou cerca de uma semana.

Em primeira análise, deve-se ter em mente a problemática de, doutrinariamente, construir um posicionamento unânime a respeito do tema, visto que o embate principiológico surge e dificulta a postura acertada em

¹ Graduanda em Direito da Universidade Estadual do Piauí. Aluna integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Civil Constitucional da UESPI – Campus Poeta Torquato Neto. Presidente da ConectJus – Teresina. Diretora Acadêmica da LADIC-UESPI.

² Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, Professora Adjunta da UESPI, Mediadora Judicial, Advogada, Líder do Grupo de Pesquisa Direito Civil Constitucional da UESPI.

apenas um aspecto, dentre as diversas questões que perpetraram a obrigatoriedade da vacinação, principalmente no que tange à liberdade de consciência e de crença.

Neste artigo, o objetivo principal será resgatar o debate à luz do direito civil-constitucional, tendo como base o princípio do melhor interesse do menor, da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde e dos efeitos sociais e culturais causados pela pandemia do coronavírus. *A priori*, verifica-se essencial compreender o tema a partir do pressuposto fático da colisão entre diversos princípios para, em seguida, analisar criticamente o alcance e a implicação do princípio que prevalecer no sopesamento dos colidentes.

O artigo foi confeccionado em cinco tópicos de desenvolvimento, onde após a introdução será estudada a ponderação do princípio da liberdade de crença versus o princípio da dignidade da pessoa humana. O tópico seguinte irá tratar acerca do direito fundamental à vida e a relação deste com a obrigatoriedade da vacinação. O artigo perpassa também pelo princípio do melhor interesse do menor e da obrigação dos pais e responsáveis em imunizar as crianças, o projeto de Lei nº 3.842/2019 e os efeitos da pandemia do COVID-19 na aprovação deste e de outros projetos relacionados à imunização como obrigação do cidadão.

O presente artigo visa não só a discussão dessa escolha dentro de um aspecto do indivíduo social, cujo comportamento afeta outros indivíduos, mas das consequências desse comportamento dentro do âmbito jurídico, ampliando os horizontes para uma possível legislação específica e penal no pós-pandemia.

É notória a discussão acerca do novo normal, que devido à pandemia e ao estado de calamidade pública instaurado no Brasil pelo COVID-19 modificou culturalmente os hábitos sociais do brasileiro. Dentro de um contexto pandêmico, constata-se que é oportuno o debate sobre a vacinação compulsória, em decorrência não só da ânsia mundial por uma vacina para o coronavírus, mas da quantidade de vidas que a descoberta desta vacina poderia salvar.

Se antes o brasileiro não se preocupava tanto com a saúde sendo uma questão pública, hoje em dia, após o choque causado por mais de um milhão de vidas ceifadas pelo vírus, o povo brasileiro não só entende que a vacinação pode salvar vidas, mas como também é dever positivo do Estado oferecer campanhas de vacinações gratuitas, a fim de evitar a todo custo uma epidemia.

A doutrina brasileira há muito discutia a hipótese do Poder Judiciário determinar a vacinação de filhos menores, muitas vezes sendo corroborada por decisões de Tribunais obrigando famílias a vacinar filhos³, mesmo que já disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entende-se, após o caos gerado pelo coronavírus, que a obrigação da vacinação não ampara somente aquele que foi vacinado, mas serve de proteção a toda a população, garantindo o direito à vida e à saúde.

Por fim, é salutar a lembrança de que nenhum princípio é absoluto, nem mesmo o direito à vida, que é relativizado em tempos de guerra dentro da Constituição Federal de 1988. Portanto, é inimaginável que o Estado Brasileiro se omita em relação à vacinação de crianças e adolescentes, e até mesmo adultos, em respeito a ideais libertários que colocariam em risco a saúde e a integridade física de uma população inteira. Neste caso, nos deparamos com uma clara colisão de princípios, solucionada a partir da técnica de ponderação, amplamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal⁴.

2 A ponderação do princípio da liberdade de crença versus o princípio da dignidade da pessoa humana

O Estado Democrático de Direito trouxe como princípio basilar e norteador de todo o ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana,

³ Bem exemplificada na decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em obrigar um casal a regularizar a vacinação do filho de três anos, sob pena de caso não cumprida em trinta dias, ocorrer a busca e apreensão da criança pelo Conselho Tutela, para garantir a imunização.

⁴ Dentro deste contexto, vemos: caso Gloria Trevi, caso Law Kin Chong e HC 71.373, de 1996. Em ambos os posicionamentos, o Supremo Tribunal corroborou com a ideia de que, dentro de conflitos entre princípios, a solução é a ponderação.

vista agora como ponto central do Direito, como assegura os inúmeros princípios fundamentais contidos na Constituição de 1988 que irradiaram para toda a legislação infraconstitucional.

O princípio/garantia da liberdade de crença, inserido no art. 5º, VI, da CF/88, sem hierarquia quanto aos demais princípios constitucionais, é posto em questão ao tratar da vacinação obrigatória, visto que esta imposição poderia gerar um grande desconforto aos que aderem ao estilo de vida e religiosidade contrário a vacinas e medicamentos.

Tem-se em mente que o Estado de Direito preceitua a liberdade de crença, de opinião e a proteção às diversas práticas religiosas, sob forte inspiração dos ideais liberais e plurais que devem reger a democracia moderna⁵.

No entanto, ao se discutir a obrigatoriedade ou não da vacinação de crianças e de adultos, não se discute apenas a parte relativa à liberdade individual, mas também os efeitos dessa decisão, que a princípio é pessoal, dentro de uma comunidade.

No entanto, há que se entender a aplicação dos dois princípios em questão, visto que não seria razoável a exclusão integral de um. Como assevera Robert Alexy, “princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”.

O princípio da dignidade da pessoa humana, amparo dos mais diversos temas e assuntos, nos remete à compreensão de que o ser humano deve ser alvo da mais requintada preocupação, não devendo o Estado deixar seus cidadãos expostos a um perigo, mesmo que abstrato (contágio de doenças virulentas), pelo simples respeito à liberdade de escolha de alguns, ainda que o princípio da liberdade de crença e religiosidade sirva como base do Estado democrático.

⁵ Norberto Bobbio (2019, p.81), em sua obra *O futuro da Democracia*, constata: “a democracia de um Estado moderno nada mais pode ser que uma democracia pluralista”. Ou seja, a base da democracia atual deve ser o entendimento que nenhum tema é unânime entre o povo, justamente pela pluralidade existente.

Desta maneira, verifica-se que, por serem os princípios demasiadamente abstratos e genéricos, o encaixe na realidade fática é feito de maneira a permitir a maior ou menor aplicação principiológica, a depender da situação concreta.

É plausível que, por ser o princípio basilar da democracia moderna, a dignidade da pessoa humana não seja jamais afastada em quaisquer situações. De igual modo, na questão da obrigatoriedade da vacina não há o que se falar sobre a não aplicação deste princípio, pois seria desconsiderar o Estado Democrático de Direito e a base do nosso ordenamento jurídico. O ponto crucial deste debate é a aplicação da dignidade da pessoa humana sob a ótica de liberdade ou a aplicação sob a ótica de segurança de saúde, que obrigaria a vacinação em massa para proteger a sociedade como um todo.

3 O direito fundamental à vida engloba a obrigatoriedade das vacinas?

O direito fundamental à vida, embasado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, abrange diversos aspectos da vida em sociedade, seja em questões de saúde física ou mental. Com isso, é de suma importância entender a influência da vacinação na vida em sociedade e na garantia da integridade física da população.

Entende-se, devido à construção deste direito fundamental, que a relação de aplicação seria apenas vertical, com o Estado garantindo e assegurando o direito à vida dos particulares. No entanto, com a vida em sociedade, a aplicação deste direito é muito mais dentro das relações particulares, servindo o Estado apenas como garantidor.

É dentro das relações privadas que a questão de saúde pública é posta em discussão, com a proximidade das pessoas e do real risco de contágio de doenças que prejudicam a integridade física e mental do indivíduo.

Há que se compreender que a vacinação obrigatória é necessária para proteger a população, com o objetivo de conter a transmissão da doença, esvaziar os hospitais públicos e melhorar a qualidade de vida de todos.

Com isso em mente, entende-se que o direito fundamental à vida reflete na integridade física e mental do indivíduo, a fim de servir como proteção da saúde e do bem-estar. Desta maneira, a única forma de proteger a vida é protegendo a saúde, que se desmembra em uma série de procedimentos necessários, sendo a vacinação um deles.

Nesta linha de raciocínio, foi promulgada a Lei 6.259/1975, que dispõe acerca das ações de Vigilância Epidemiológica e o Programa Nacional de Imunizações e, dentre outras coisas, atribui ao Ministério da Saúde a definição das vacinações obrigatórias, em seu art. 3º e parágrafo único.

Consoante ao artigo anterior, o art. 5º da Lei mencionada acima, estabelece que a comprovação da imunização será mediante Atestado de Vacinação. E, a falta ou atraso das vacinas pode acarretar em diversas sanções, corroborando com seu caráter obrigatório.

Junto a esses dispositivos legislativos, foi editada a Portaria nº 597 de 2004, do Ministério da Saúde, que programa o calendário nacional de vacinação, definindo as vacinas necessárias e a faixa etária contemplada, além de grupos especiais, como crianças e idosos.

Sintetiza-se, dessa forma, que ao Estado incumbe o dever de assegurar a saúde de todos, por ser direito fundamental inerente à vida humana, cuja principal tarefa é garantir, mediante políticas públicas, a redução da introdução e da propagação de doenças contagiosas. Tal tarefa se dá, sobremaneira, com a implantação da vacinação obrigatória e a fiscalização do cumprimento deste calendário de imunização.

4 O princípio do melhor interesse da criança frente à vacinação

A discussão sobre a vacinação compulsória atinge de maneira intensa a liberdade de criação dos filhos, visto que os pais são responsáveis pela integridade física e mental de seus filhos menores, podendo decidir o estilo de vida adotado e a filiação à determinada convicção existencial.

Em relação à vacinação de crianças, a jurisprudência não é harmônica, divergindo sobre o ponto dos pais não poderem deixar de vacinar

seus filhos por questões ideológicas. Além disso, o art. 14, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza: “é obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias”.

Ainda que o referido artigo seja omissivo quanto aos adolescentes, por enfatizar a obrigatoriedade de imunização apenas às crianças, classificadas no mesmo Estatuto até a idade de doze anos incompletos, o posicionamento adotado é necessário para a proteção dos infantes e condizente com o princípio do melhor interesse do menor.

Sobre o assunto, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu obrigar um casal a vacinar seu filho e impôs um prazo de 30 dias, que caso não fosse cumprido, ocorreria a busca e apreensão da criança pelo Conselho Tutelar, para garantir a imunização.

Em sua decisão, o desembargador Fernando Torres Garcia disse ter a criança ‘prioridade absoluta no que diz respeito à proteção dos interesses do menor, prevalecendo sobre interesses particulares ou decorrentes de posições ideológicas próprias dos genitores”.

A máxima de que as crianças são o futuro da nação se encaixa perfeitamente no cerne do debate. As crianças que, futuramente, irão definir o caminho da sociedade e, se tratando de doenças, são essas crianças não imunizadas que servirão de vetor, nos leva a crer na necessidade urgente de ampla vacinação infantil. Por isso, a vacinação obrigatória protege a sociedade de maneira global, evitando que doenças já erradicadas voltem a se propagar.

Em seu voto, o desembargador ainda afirma que a “liberdade de exercer o poder familiar encontra limites absolutos no interesse objetivo da saúde”. Ou seja, as escolhas dos genitores ou responsáveis não podem jamais representar qualquer prejuízo aos interesses da criança ou ofender a normas de ordem pública.

Entende-se, portanto, que a crença e posição ideológica dos genitores pode influenciar a criança enquanto não interferir em sua integridade física e mental, preservando sua saúde e dignidade humana. A vacinação é uma das formas de proteger a saúde do indivíduo e da sociedade, sendo,

então, de extrema necessidade e não podendo sofrer limitações diante de posições de ideologias contrárias, sob pena de ofender a ordem pública e ser responsabilizado tanto na esfera cível como na seara penal.

Esta decisão do TJ-SP teve Recurso Extraordinário com Agravo (1.267.879), onde o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu a Repercussão Geral do Tema (tema 1.103). Caberá ao nosso Supremo decidir esta questão e, se for acertado, reafirmar a eficácia do art. 14, § 1º do ECA, uniformando de maneira duradoura a jurisprudência nacional.

Cabe, ainda, dentro deste tópico, a discussão sobre a possibilidade da responsabilidade civil parental diante da não imunização de seus filhos. Acertada é a posição filiada à possibilidade desta responsabilização, visto que se caracteriza por reparar o dano causado. E, se tratando de criança que efetivamente ficou adoentada e/ou sofreu sequelas pela doença que poderia ter sido evitada com a imunização, há que se pensar na reparação deste dano, de responsabilidade dos pais ou responsáveis.

O ECA é claro ao declarar ser obrigatória a vacinação infantil nos casos recomendados pelo Ministério da Saúde, sendo, portanto, dever dos pais ou responsáveis o cumprimento no tempo correto, respeitando as ordens das autoridades sanitárias competentes.

Cita-se como exemplo a vacinação contra a poliomielite, paralisia infantil, que é feita através de vacina oral atenuada bivalente. As sequelas ocasionadas por esta doença estão relacionadas à infecção da medula e do cérebro pelo poliovírus e, normalmente, se externam como sequelas motoras, sem cura.

Nestes e em outros casos semelhantes, em que existe a imunização, é obrigatória e está disponível nas unidades públicas de saúde, verifica-se a negligência parental e o risco assumido pelos pais. Tendo isto em vista, a responsabilização civil parental em decorrência de sequelas ou doenças que poderiam ser evitadas com vacinas obrigatórias e distribuídas pelo Governo é possível e gera o dever de indenizar.

5 O projeto de Lei nº 3.842/2019

O projeto de Lei Nº 3.842/2019 é de autoria da Deputada Federal Alice Portugal, filiada ao PCdoB, e está tramitando na Câmara dos Deputados, aguardando o parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). O conteúdo do projeto busca tipificar criminalmente, dentro do Código Penal, a conduta, de pais ou responsáveis, de omissão ou de contraposição à vacinação de crianças e adolescentes.

O projeto busca sanar a omissão do legislador ao redigir o art. 14, § 1º do ECA, que estabeleceu a obrigatoriedade de vacinação apenas para crianças e, por conseguinte, apenas até os doze anos de idade. Além disso, objetiva incluir no Código Penal Brasileiro, a fim de garantir maior aplicação e reconhecimento social da norma incriminadora.

Apesar da conduta contrária a vacinação ser desestimulada com os dispositivos legislativos já existentes e sofrer as consequências de diversas sanções, o Código Penal, ao tratar diretamente sobre o assunto, facilitaria a aplicação da norma, por gerar maior reconhecimento da população sobre a seriedade da questão.

O projeto de Lei tende a ser aceito, visto que o cerne de seu conteúdo advém do já disposto no ECA e já uniformizado na jurisprudência nacional. No entanto, não deve ser dado encaminhamentos ao trâmite enquanto o Supremo Tribunal Federal não decidir sobre a Repercussão Geral do Tema 1.103.

Há que se concordar, também, que a crucial questão da obrigatoriedade da vacinação não está em maior ou menor imposição legislativa, visto que esta já existe, mas sim em maior e melhor fiscalização dos órgãos públicos acerca de seu cumprimento, com imposição de sanções previstas e aplicação fiel da legislação atual.

As sanções aplicáveis são diversas, a depender do caso concreto, com multas que podem chegar a 20 salários mínimos ou a perda da guarda do menor. Já para a resistência da vacinação entre adultos e idosos, benefícios

socias do governo podem ser retidos e fica proibido o alistamento militar se comprovada a ausência de imunização.

Tendo em vista a inexistência de punições severas e a rara aplicação das sanções previstas, a norma que determina a obrigatoriedade da vacinação acaba por cair em desuso e incita a discussão acerca da sua constitucionalidade ou não, como bem reconheceu o STF.

Levando isso em conta, conclui-se que o mais interessante no momento é aguardar o pronunciamento da nossa Suprema Corte e esperar que a jurisprudência nacional se harmonize ainda mais, diminuindo a possibilidade de recursos para uma questão já estabilizada no Direito Brasileiro. Com isso, deve o governo se ater à aplicação correta e fiel do já disposto em nosso ordenamento para incutir no imaginário popular a necessidade da imunização tanto de crianças e adolescentes quanto de adultos e idosos.

6 Os efeitos da pandemia do Covid-19 na discussão da vacinação compulsória e a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

O recente aumento de famílias que optam por não vacinar seus filhos ou mesmo se vacinar está relacionado à tendência de se aderir um estilo de vida vegano e livre de procedimentos médicos invasivos. Este estilo de vida leva a crer que as imunizações geram diversos males ao organismo humano e, por isso, devem ser evitadas a todo custo. Sabe-se, no entanto, que as vacinas passam por inúmeras etapas de estudos e testagens para serem liberadas à população em geral, a fim de assegurar a não nocividade de seus elementos e garantir sua eficácia.

Admite-se, porém, que as pessoas portadoras de alguma sensibilidade em relação a qualquer dos componentes das vacinas, objetivando de maneira ainda mais concreta a sua integridade física e mental, que poderia ser comprometida caso viesse a injetar em seu corpo alguma substância a qual é alérgica, se recusem à vacinação. Tendo isto em vista, nota-se ainda a maior necessidade e importância da vacinação geral, visto que dessa

forma a pequena fração da população que possui tais níveis de sensibilidade estaria protegida, pela diminuição de circulação de doenças contagiosas.

Vale ressaltar, ainda, que os adotantes do estilo de vida que rejeitam a importância da vacina e se opõem à imunização obrigatória acreditam, em grande parte, na erradicação total de determinadas doenças e creem ser desnecessária a imunização para impedir um contágio que já não mais existe, como mostra um estudo feito em Portugal⁶.

Com a pandemia do COVID-19, estourada na Europa e nas Américas no início de 2020, a população global se atentou à letalidade de doenças desconhecidas pelo homem e clamaram por uma cura, que seria bem-vinda em forma de vacina. Diante disso, vemos que a pandemia do coronavírus deixou em voga a questão da vacinação obrigatória e resgatou a debate acerca da influência na sociedade acerca das liberdades individuais que põe em risco a todos, como ocorre com a opção de não se imunizar.

Se na Idade Média a população mundial sofreu com a peste negra, a qual matou mais de 50 milhões de pessoas, e hoje possui tratamento e cura com antibióticos, a humanidade sofre por ter se desenvolvido a tal ponto de levar o homem à Lua e ainda não poder administrar as doenças contagiosas que ceifam a vida de milhões, prejudicam a economia e testam a ciência e a pesquisa, como deixou registrado em nossas vidas e histórias a pandemia do COVID-19.

É de se cogitar se a possível vacina do COVID-19 seria obrigatória ou não e se nossos governantes iriam fiscalizar a obrigatoriedade dessa imunização, visto que as consequências sociais e econômicas da atual pandemia perduram e, como muitos economistas afirmam, ainda estão longe de serem findadas. Se a máxima de que o brasileiro só se atenta ao que afeta o bolso é verdadeira, será que os inúmeros comércios que fecharam as portas, faliram ou desistiram de empreender serão suficientes para

⁶ Estudo português intitulado “O Valor da Vacina e das Vacinações”.

reavivar a necessidade de se vacinar e, ainda, servir de exemplo sobre os graves efeitos da transmissão de doenças dentro da sociedade?

Os dispositivos legislativos existentes e explicitados anteriormente padecem de ineficácia dos próprios governantes, que desestimulam o seu cumprimento. É visível o descaso com a questão de saúde pública relacionada à vacinação obrigatória na fala do então Presidente da República Jair Bolsonaro, que ao ser confrontado por uma cidadã acerca da vacinação, respondeu que "ninguém será obrigado a se vacinar" e que as liberdades individuais irão prevalecer⁷.

Confrontando a própria Constituição, que em seu bojo reafirma reiteradas vezes a prevalência dos interesses sociais diante dos individuais, quando de colisão entre eles e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz ser obrigação dos pais ou responsáveis manter em dia a caderneta de vacinação dos menores. O Presidente se mostrou indiferente com os riscos ocasionados pela não vacinação em massa e com a legislação nacional, o que corrobora com a ideia da não aplicação correta dos mandamentos relacionados à vacinação advindos do Poder Legislativo e consoantes com a necessidade da população brasileira.

Este descaso do Poder Público incentiva a postura contrária à imunização e gera, dentro da vida em sociedade, o risco real de contágio por doenças, além do aumento da taxa de transmissibilidade e, por conseguinte, o maior gasto público com internações, procedimentos médicos e remédios.

É plausível que a pandemia do COVID-19 venha a tornar a discussão da obrigatoriedade ou não da imunização ainda mais agressiva, visto que as inúmeras mortes ainda recentes mostram quão frágil é a vida do ser humano e o quão suscetível está a modernidade a doenças, com as altas transações de mercadorias e pessoas. Portanto, deve ser ainda mais combatida a negligência estatal diante do não cumprimento das vacinas obrigatórias, estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

⁷ Trecho retirado do pronunciamento presidencial ocorrido no dia 19 de outubro de 2020.

O momento de caos histórico em que vivemos serviu para mostrar quão importante é a responsabilidade social dentro de uma comunidade, visto que o contágio do novo coronavírus só poderá ser contido com o isolamento social e a adequada proteção. A responsabilidade social existe quando um indivíduo contaminado se abstém de viver normalmente no meio social, a fim de proteger seus companheiros e resguardar a saúde alheia, com o fito de diminuir a propagação do vírus e reduzir a taxa de transmissibilidade.

Espera-se, portanto, que a pandemia do COVID-19 tenha alertado a população mundial sobre a rápida propagação de um vírus letal e o perigo de não ter soluções científicas rápidas e seguras. E, além disso, é esperado que o caos gerado no Brasil tenha propiciado um ambiente de maior atenção à saúde por parte dos indivíduos.

A lei em questão estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do surto do coronavírus, iniciado no continente Asiático em 2019. Os seus dispositivos permitiram que as autoridades adotassem diversas medidas de contenção do vírus, entre elas o isolamento social, a quarentena, a determinação de realização de exames e vacinações compulsórias.

O mesmo artigo que trata acerca das vacinações compulsórias, dispõe ser possível também a restrição excepcional e temporária de rodovias, portos e/ou aeroportos. Ou seja, o Poder Legislativo equipou a referida lei com todas as barreiras possíveis de propagação da doença, reconhecendo seu caráter inusitado dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Com relação ao inciso que permite a determinação da vacinação compulsória, verifica-se certa repetição desnecessária por parte do legislador, que preferiu antever a previsão legal específica, com o fito de evitar futuras judicializações sobre o assunto. Como já explicitado em tópicos anteriores, o art. 3º da Lei 6.259/1975 já previa a obrigatoriedade.

Dado o exposto, a Lei que trata das medidas possíveis para o enfrentamento do COVID-19 foi acertada e ratificou, mais uma vez, a obrigatoriedade de determinadas vacinas e, ainda, a possibilidade das

autoridades, dentro de seu âmbito de atuação, determinarem a imunização compulsória, quando constatada a real necessidade da prevenção.

7 Considerações finais

O cerne da discussão envolve o embate entre liberdades individuais e o interesse social. Em um regime de Estado Democrático de Direito, como é o do Brasil, deve-se ter como ponto fulcral o respeito às liberdades do indivíduo, como garantia da manutenção de um governo democrático e plural, mas, aliado a isso, a proteção e prevalência do interesse social, que muitas vezes não é coincidente com o posicionamento individual dos cidadãos.

Cabe, dentro do debate, a análise do direito fundamental à saúde como dever do Estado e, portanto, dos “microdeveres” imbuídos no todo. A saúde é, de certa forma, demasiadamente genérica, abrangendo aspectos acerca de procedimentos/medicamentos, alimentação, atendimento psicossocial e imunização em massa.

Por isso, a vacinação obrigatória, sob a ótica do direito à saúde ser de todos e dever estatal, engloba a diminuição dos riscos de contágio e diminuição da letalidade, que afeta diretamente o bem-estar e a higidez da sociedade.

A primazia da saúde coletiva deve ser levada em conta, entendendo-se que a vacinação obrigatória, mesmo que contrária a determinadas convicções existenciais e filosóficas pessoais, deve ser imposta, por objetivar um bem maior: a proteção da vida. Para isso, deve o governo construir no imaginário popular a importância e necessidade da vacinação, mantendo uma postura coerente com os dispositivos legislativos já existentes.

Desta maneira, é essencial a correta aplicação dos mandamentos em vigor, como o art. 3º da Lei 6.259/1975 e o art. 14, §1º do ECA, que tratam especificamente da obrigatoriedade da vacinação. Tendo isto em vista, a imposição de sanções, quando do descumprimento destes dispositivos, é crucial para incutir na sociedade o perigo e o medo de não se vacinar.

Cogita-se, ainda, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da nossa República, como pressuposto de limitação da liberdade individual de crença, tornando inaceitável a recusa para a determinação da vacinação obrigatória. Pode-se afirmar que, em razão da supremacia do interesse coletivo, o governo não tolera o risco de contágio em razão de simples convicções existenciais ou preceitos religiosos.

Apesar de soar, à primeira vista, uma medida autoritária ou incoerente com o Estado Democrático de Direito é, na verdade, uma garantia de que nenhuma liberdade individual será prejudicial à sociedade em geral, pois esta é considerada com primazia e especial atenção por parte do governo. Tendo em conta a complexidade do convívio social e a proximidade dos indivíduos pós-modernos, a saúde recebe olhares mais atentos, refletidos com maior avanço no campo científico-medicinal e maior preparo dos profissionais dessa área.

Diante disso, com a maior dedicação na pesquisa de procedimentos e medicamentos mais eficazes, as vacinas evoluíram e se tornam cada dia mais seguras, ainda que subsistam pessoas sensíveis a determinados compostos. A obrigação de se imunizar não é válida a estes, logicamente, visto que o que se preza é a saúde e integridade física e mental, não sendo justa nem razoável medida que obriga pessoas a injetar em seu corpo substâncias as quais possui algum tipo de hipersensibilidade ou graves efeitos colaterais.

Em consequência disto, é possível extrair que a imunização em massa é obrigatória quando não constatada nenhuma contraindicação, a ser analisada individualmente, diante do caso concreto e por profissional competente. Outro fator que corrobora o pensamento é que a vacinação coletiva serve de proteção a esses indivíduos que, devido a possíveis complicações com as substâncias componentes, são impedidos de se imunizar. Em razão da menor circulação de doenças contagiosas e, no mesmo raciocínio, menor taxa de transmissibilidade, as pessoas com hipersensibilidade estarão resguardadas.

Conclui-se, portanto, que a vacinação obrigatória é constitucional, ao passo que preza pela segurança e saúde coletiva, obedece a primazia do interesse social e assegura o cumprimento do dever estatal de possibilitar uma vida digna e em respeito à integridade física e mental.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição. Malheiros Editores: 2017.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**. 16ª Edição. São Paulo: Paz & Terra, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Projeto de Lei 3.842**, de autoria da deputada federal Alice Portugal (PCdoB).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DIAS, Mariana. **Um quinto dos portugueses desvaloriza a vacinação**. Disponível em: <https://www.publico.pt/2013/04/22/sociedade/noticia/um-quinto-dos-portugueses-desvaloriza-a-vacinacao-1592172>. Acesso em: 20 de out de 2020.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estudo da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Pedro Henrique. **Bolsonaro diz que vacinação contra a Covid-19 não será obrigatória**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/19/bolsonaro-diz-que-vacinacao-contra-a-covid-19-nao-sera-obrigatoria.ghtml>. Acesso em: 21 de out de 2020.

Habeas Corpus nº 71.343 – Diário de Justiça, 22/11/1996. **Portal STF Internacional**. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185162&modo=cms. Acesso em: 13 de out de 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24^a Edição. Editora Saraiva: 2020.

LOURENÇO, Valéria. **Colisão de Direitos Fundamentais: análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20328/colisao-de-direitos-fundamentais/2>. Acesso em: 13 de out de 2020.

MAIA, Lorena. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 13 de out de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

Da aplicabilidade do princípio da função social aos contratos agrários no Brasil pós-codificação civil de 2002

*José Octávio de Castro Melo*¹

1 Introdução

A análise da realidade fundiária no Brasil reflete um forte desequilíbrio na concentração da propriedade imóvel, como forma de concentração de riqueza, com origens que remontam a nossa colonização. De tradição eminentemente civilista, tanto a propriedade quanto o contrato são dois dos principais institutos defendidos pela legislação civil brasileira, representando a tradição do direito romano germânico, de apego excessivo aos dispositivos legais.

A formação ruralista do Brasil é fruto de um processo de colonização predatória e latifundiária, marcado pelas sesmarias e pelo donatarismo e pela exploração do trabalho escravo, tradição esta que se perpetuou muito tempo depois de extinta a monarquia e a proclamação da libertação dos escravos.

As sesmarias, doações de terras que foram, ou são de alguns senhores, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são² tinha como finalidade precípua o repovoamento, coisa que não se verifica na conjuntura atual do Brasil pelo Estatuto da Terra, dada a grande

¹ Advogado, professor da Universidade Estado do Piauí - UESPI. Mestre em Direito pela UFPE.

² Ordenações Manuelinas, Liv. IV, Tit. 67, e Filipinas, Liv. IV, Tit. 43

densidade demográfica de algumas zonas coloniais, com acentuadas emigração para as terras mais férteis e abundantes de outras zonas agrícolas.

O primeiro monumento das sesmarias no Brasil é a carta-patente dada a Martin Afonso de Sousa na Vila do Crato a 20/011/1530, que lhe permitia conceder sesmarias das terras que achasse e se pudessem aproveitar. Posteriormente, D. João III tomou nova resolução mandando dividir a costa do Brasil em Capitanias, cabendo a seus donatários a faculdade de conceder terras. Essa medida fracassou e deu os piores resultados, implantando em nossa terra maior latifúndio que se possa imaginar, pois tinha cinquenta léguas de costa, (OPITZ, 2009).

Numa estrutura agrária e escravocrata, como a brasileira do século XIX, não havia lugar para o abrigo de concepções avançadas na esfera do Direito Privado. Enquanto o país independente implementa sua legislação constitucional, penal, processual e mercantil no período que se instaura com a emancipação política de 1822, sua regulamentação civil seria norteadada pelas ordenações, leis e jurisprudências portuguesas. Somente em 1855 é que o governo imperial incumbiu o jurista Teixeira de Freitas de preparar a consolidação de nossas leis civis sendo montado um projeto de Código Civil de grande rigor sistemático, que ao longo de seus mais de 1300 artigos, aglutinava um texto de preceituações comuns ao Direito Civil e Comercial. Com efeito, todo fundamento desse modelo jurídico liberal-conservador, montado no início do século para assegurar e proteger os interesses da oligarquia rural, veio privilegiar, de modo exclusivo, inatacável e absoluto, o Direito Individual de propriedade, (WOLKMER, 2009).

2 Da autonomia da vontade a função social do contrato

A função clássica dos contratos é gerar obrigações validas a partir de acordos de vontade, que fazem nascer uma relação de imputação, estabelecida por razões de política jurídica, com efeitos determinados e limitados, (VILANOVA, 1989). As transformações ocorridas na base econômica e política que consagraram a concepção de contrato elaborada por Savigny, de

acordo de vontades dirigido a produção de efeitos jurídicos, mudou o modelo de contrato dominante na doutrina, fazendo nascer uma linha de estudos voltada para a função do contrato, (BRANCO, 2009).

As matrizes doutrinárias da função social dos contratos no Código Civil são aquelas que de maneira expressa foram indicadas pela Comissão Elaboradora do código civil na exposição de motivos do anteprojeto 634-B, as que foram adotadas pela câmara e no senado e também as ideias que, embora não tenham sido expressas de alguma forma contribuíram para a conformação do atual sistema, (BRANCO, 2009).

Embora tanto o contrato quanto o negócio jurídico se ma figuras constituídas em momentos históricos distintos, nos últimos anos há uma corrente, cuja origem é o direito civil italiano, que despreza as diferenças existentes entre ambos, fundamentalmente pelo desaparecimento do negócio jurídico da cena jurídica, em prol das discussão sobre o contrato, (IRTI, 1991).

Sendo pela existência de uma relação analógica entre contrato e negócio jurídico, ou em razão do desaparecimento do superconceito negócio jurídico, não há efeitos negativos em utilizar uma ou outra locução, por exemplo, para indicar negócio fiduciário, que significa exatamente um contrato fiduciário, (GALGANO, 2002).

Roppo (1988) chega a afirmar que não seria possível no direito italiano ou germânico tratar de temas como função, disciplina e reconstrução doutrinária do contrato prescindindo da figura do negócio jurídico, que sobreposta ao contrato. Argumenta que o negócio jurídico atua com fator de simplificação e racionalização da linguagem e do raciocínio jurídico, não obstante essa generalização tenha funcionado historicamente como mecanismo de distanciamento da discussão jurídica da realidade social, razão pela qual o negócio cumpre melhor a função ideológica da autonomia privada tal qual concebida pela teoria da vontade.

A função social dos contratos representa a realização no âmbito do direito contratual da chamada diretriz da socialidade, cujo papel central foi o de superar o princípio individualista e liberal que estava posto no código

civil de 1916. O individualismo e o liberalismo postos no código civil de 1916 estavam caracterizados por uma disciplina do contrato baseada no paradigma da autonomia da vontade, cujo principal efeito era uma ampla liberdade de contratação e estipulação contratual. Os limites da autonomia da vontade postos no código civil de 1916 estavam relacionados a proteção da ordem pública, incluindo-se aí a proteção das regras do direito de família e sucessões, e à proteção da própria vontade, (BRANCO, 2009).

A proteção da ordem pública sempre foi um limitador da autonomia da vontade, mesmo nos códigos civis liberais como era o brasileiro de 1916, pois representa a preservação do próprio sistema de direito privado como sistema ordenador e organizado segundo valores. Uma análise das regras do código civil de 1916 a respeito dos casos de invalidade demonstra dois bens que eram protegidos: ordem pública e liberdade da declaração de vontade. A exigência de uma forma especial para a celebração de um contrato foi um mecanismo encontrado pelo ordenamento para que os atos de disposição de determinados bens, considerados mais importantes, sejam revestidos de especiais cuidados para que se tenha certeza sobre a liberdade da declaração de vontade, (BRANCO, 2009).

Se o contrato foi celebrado com obediência a lei e se houve liberdade na declaração de vontade, ele é válido e eficaz, pois é “justo”. A pessoa mais apta a decidir sobre a justiça da celebração de um contrato é aquela que declara a vontade de contratar. As regras do código civil de 1916 trazem junto de si a concepção de que a justiça é inerente e natural ao contrato. Qualquer intervenção, a qualquer pretexto (de uma imaginária equidade), provocaria injustiça, (GHESTIN, 1981).

O princípio da autonomia privada no código civil de 1916 não tinha conteúdo meramente jurídico, porque também integrava determinado ordenamento moral vigente no meio social, vinculado ao ideal liberal de construção de uma esfera privada, livre de intervenção estatal, como forma de emancipação econômica e social. O ideal liberal não afastou a necessidade de o Estado regular a vida social, em especial a vida econômica. O contrato foi eleito como instrumento da autonomia privada em

razão de representar o modelo utilizado nos processos de troca de mercadorias na livre concorrência, sendo o instrumento mais eficaz para a mobilização do direito de propriedade, (BRANCO, 2009).

O contrato acaba por ser considerado fenômeno elementar da ordem social, e o princípio da autonomia da vontade possui utilidade social em razão da necessidade de servir a lei da oferta e da procura, respondendo ao interesse geral hegemônico do século XIX. A teoria da vontade não elimina de todo uma perspectiva funcional, mas esta é pressuposto do próprio contrato, realizada de maneira automática. A simples utilização de contatar é suficiente para garantir o funcionamento ótimo da vida econômica e social, (PRATA, 1982).

No caso brasileiro o movimento histórico de intervenção, de dirigismo estatal, considerou a necessidade de atuação do Estado como redutor das desigualdades para a preservação do contrato como instrumento da autonomia privada. Preservar o contrato significa preservar o mercado, ainda que não seja o mercado absolutamente livre, idealizado no final do século XVIII: o mercado continua sendo um espaço da autonomia da vontade, mas regulado: portanto, não se pode mais falar em uma autonomia da vontade tal qual foi concebida no final do século XVIII, (BRANCO, 2009).

Formalmente, no regime da liberdade contratual do código civil de 1916, supunha-se que todos os indivíduos são livres e iguais, ainda que no curso das relações econômicas, no mercado, a igualdade não seja um valor. Por isso, o equilíbrio econômico como efeito do contrato é o único mecanismo que se pode buscar, já que o processo de trocas é baseado em sujeitos naturalmente desiguais, (BRANCO, 2009). Com o intervencionismo estatal consagrado pela Constituição de 1988, institucionalizou-se a interferência do Estado nas relações contratuais, definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e informal, ficavam a margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem, (TEPEDINO, 2001).

O contrato, típico instrumento do direito privado, vem sofrendo uma série de alterações conceituais e estruturais. A antiga visão de autonomia plena da vontade perde espaço para uma elaboração mais voltada a realidade social, tendo como base os envolvidos na relação negocial. Busca-se a realidade em detrimento da formalidade e do tecnicismo, (TARTUCE, 2007).

São tendências do direito privado não só a compatibilização do princípio da liberdade com o da igualdade, como também a busca da expansão da personalidade individual de forma igualitária e o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custos de diminuir a esfera da liberdade individual. Também constitui tendência a busca da verdade real pelo aplicador do direito, que deve ter conhecimento em relação as situações fáticas que envolvem os negociantes para então interpretar o conteúdo da avença celebrada, (LORENZETTI, 1998).

A necessidade da concepção de um direito social também em matéria relativa aos contratos tornou-se crescente após a emergência dos direitos existenciais de personalidade e dos princípios de proteção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, ambos consagrados pela Constituição Federal de 1988, bem como do incremento da produção, surgido principalmente após a segunda revolução industrial, trazendo uma nova maneira de negociar e novos elementos subjetivos em clara posição de disparidades, (TARTUCE, 2007).

Os civilistas da nova geração têm buscado um novo dimensionamento para o conceito de contrato, levando-se em conta valores existenciais atinentes a proteção da pessoa humana, (TARTUCE, 2007). O contrato seria uma relação jurídico subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada a produção de efeitos jurídicos existências e patrimoniais, não sé entre os titulas subjetivos da relação, como também perante terceiros, (NALIN,2005).

3 A codificação civil, os contratos agrários e a função social

O código civil de 2002 foi instituído pela lei 10.406 de 10.01.2002, entrando em vigor após um ano de *vacatio legis*, no dia 11 de janeiro de 2003. A comissão revisora do código civil seguiu duas diretrizes básicas: a) a alteração principiológica do direito privado, em relação aos preceitos básicos que constavam na codificação anterior, buscando o código civil de 2002 valorizar a eticidade, a socialidade e a operabilidade, que traduzem princípios com relação direta ao direito contratual moderno; b) busca valorizar o sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. Judith Martins-Costa, percebe a nova codificação com um sistema aberto ou de janelas abertas, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa, (TARTUCE, 2007).

Tartuce (2003) vem defendendo que não se pode mais conceber um direito privado estagnado, individualista, egoísta e, nesse sentido, conservador. O desafio do civilista no novo século seria a busca de um ponto de equilíbrio entre os conceitos novos e emergentes e o mínimo de segurança que se espera do ordenamento jurídico.

Gustavo Tepedino (2007) defende ser imprescindível e urgente uma releitura do código civil e das leis especiais a luz da constituição. Assim, reconhecendo a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, e de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tabua axiológica da constituição da república o ponto de referência antes localizado no código civil.

A verdade é que o direito civil constitucional constitui uma variação hermenêutica, uma mudança de atitude no ato de interpretar a lei civil em confronto com a Lei Maior. Uma atitude que tem contribuído para a evolução do pensamento privado, para a evolução dos civilistas contemporâneos. Direito constitucional e direito civil são interpretados dentro de um todo e não isoladamente. Há, assim, não uma invasão do

direito constitucional sobre o civil, mas sim uma interação simbiótica entre eles, funcionando para o desenvolvimento econômico, social e político, mas respeitando determinadas premissa que nos identificam como seres coletivos, (TARTUCE, 2007).

O código civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao código civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional, (TEPEDINO, 2004).

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada a desigualdade natural, é que se acham a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, serial desigualmente flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mais atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem, (BARBOSA, 2019).

Os códigos, filhos dos ideais iluministas, buscavam reunir o Direito todo em si próprio, não apenas para que fosse atingido um dogma de completude que elevasse o patamar do conhecimento jurídico (e o próprio valor do direito, já que o conhecimento foi erigido a valor em si por estes pensadores), mas também para que fosse realizado um controle sobre o conteúdo deste mesmo direito, para que dele fosse expurgada toda pratica que remetesse ao *status quo ante*. A escola da exegese é, antes de tudo, uma estrutura de controle hermenêutico daquilo que deve ou não ser admitido em uma nova ordem. Os incidentes da segunda guerra criaram uma necessidade metodológica de se construir uma teoria do direito comprometida com valores, e não apenas com interesses ou conceitos, que podem resultar na aplicação de preceitos apenas porque são a lei, ou no

atendimento de interesses de maioria, sem que haja qualquer comprometimento ético com a pessoa humana, (NEVES,2002).

Inicialmente entre positivistas, graçou a visão de que os princípios eram tipos de normas com redação mais genérica, e a distinção entre ambos se daria com base na redação. Esta percepção é insustentável: há princípios que tem aplicação e redação restritas e regras há de aplicação e redação genérica. Outra confusão possível se dá entre os princípios e a legislação por clausularão geral, esta sim efetivamente uma técnica de redação. De qualquer modo, os positivistas traçaram uma diretriz que, se comparada com o entendimento da escola da exegese, parece-nos uma grande conquista: eles afirmaram, e consolidaram a concepção dos princípios como uma categoria de normas jurídicas, (NEVES,2002).

Os autores que trabalham na linha do direito civil constitucional se servem da teoria dos princípios como forma de se desenredar da malha firme dos códigos e da legislação arcaica. Ao fazerem referência a constituição, fazem referência também aos princípios, apesar de toda interpretação constitucional corretamente situada ser uma interpretação principiológica. Além disto, qualquer bandeira levantada por uma ordem justa em uma sociedade cujos patamares jurídicos contemplem o pluralismo não pode prescindir dos princípios, os quais, metodologicamente, são de todo adequados para a flexibilidade e as quebras necessárias em um sistema que contemple a discordância, (NEVES,2002).

Dolorosas experiências históricas e penetrantes críticas ideológicas mostraram a insustentabilidade de um sistema neutro: tudo assume uma dimensão histórico-relativa. O redescoberto relativismo não se traduz, todavia, na crítica de qualquer conceito ou técnica jurídica. As críticas se propõe não tanto a não-sistematização, a negação do caráter científico do estudo do direito, quanto a reconstrução do sistema depois de corretas e rigorosas análises segundo a nova normativa e as técnicas a elas adequadas. A tarefa da atual metodologia consiste, portanto, na elaboração de um sistema fundado nos valores presentes no ordenamento jurídico vigente, (PERLINGIERI,2002).

O direito civil perde, então, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no código civil... o interprete passa então a se valer dos princípios constitucionais, como normas jurídicas privilegiadas para reunificação do sistema interpretativo, evitando, assim, as antinomias provocadas por núcleos normativos dispares, correspondentes a lógica setoriais nem sempre coerentes, (TEPEDINO, 2001).

A predominância da teoria da vontade no direito brasileiro teve vida curta sob o ponto de vista legislativo, embora sempre tenha estado presente na doutrina e nos tribunais. (...) o Estatuto da Terra, (...) dentre outros diplomas que caracterizavam microssistemas, provocaram alterações substanciais na estrutura da autonomia privada, pois não só passaram a estabelecer regras formais a respeito do processo de contratação como fixaram e limitaram o conteúdo dos preceitos contratuais, (PRATA, 1982).

4 Considerações finais

O Estatuto da Terra regulou integralmente contratos com extrema importância para a vida social e econômica, estabelecendo sistemas de invalidades que não estavam adaptadas ao código civil, bem como limitou severamente a possibilidade de definição do conteúdo dos contatos pelos particulares, (1964). As mudanças legislativas também foram acompanhadas de tímida, mas crescente, modificação da postura dos tribunais, que no decorrer do século XX foram descartando os pressupostos da teoria da vontade, mediante constantes intervenções no conteúdo dos contratos. Porém, a função social dos contatos somente se transformou em tema de debate geral no direito brasileiro após o advento do código civil vigente. Até o advento do novo código, eram poucas as referências da doutrina a matéria, razão pela qual a contribuição da doutrina nacional, salvo raras exceções, é incipiente, (BRANCO, 2009).

A mudança na vida econômica durante o século XX provocou mudanças no contato, tendo em vista a ação intervencionista do Estado, mediante leis especiais para censurar o comportamento incorreto dos contratantes, moralizando, senão espiritualizando os efeitos dos acordos privados, mediante a inserção do elemento da solidariedade social, (LOPES, 1991).

A atribuição da função de instrumento da vida econômica como expressão da autonomia privada tem pressupostos ideológicos e sociais, econômicos e políticos, relacionados com a economia de mercado livre da intervenção estatal e a igualdade formal. Esses pressupostos foram modificados na segunda metade do século XX, em razão do dirigismo econômico realizado pelo Estado, por uma política legislativa destinada a compensar as falhas da igualdade formal, tratando diferentemente os sujeitos da relação contratual, e por uma limitação a liberdade de contratar para compensar a inferioridade econômica dos pobres, com uma superioridade jurídica, (GOMES, 1980).

Não há uma construção completa, não há sistematização ou edificação de uma teoria que justifique a aplicação dogmática da função social dos contratos como instrumento para resolução de conflitos. Essa incompletude é referendada por estudos mais recentes, que apontam a origem da funcionalização na doutrina italiana, (BRANCO, 2009). A funcionalização da autonomia privada é uma transformação do papel do direito, que passa a se preocupar com a eficácia das normas jurídicas vigentes, em especial com a eficácia dos institutos jurídicos.

No caso da autonomia privada, a funcionalização representa o condicionamento do ato de auto-regulamentação, para que este tenha a utilidade social esperada, como meio adequado a satisfação das necessidades sociais, (AMARAL, 2009). A função social dos contratos foi adotada pelo nosso ordenamento jurídico vigente como novidade técnica legislativa, mas não sob a ótica das ideias que geraram a expressão função social dos contratos. Socialidade e funcionalidade são preocupações que sempre estiveram presentes no cenário jurídico na análise dos mais variados

modelo. A questão da função social já tem sido objeto do pensamento jurídico desde o final do século XIX, (BRANCO, 2009).

Referências

- AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental na ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. Revista de direito civil, n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. Senado Federal, 2019.
- BRANCO, Gerson Luis Carlos. Função social dos contratos: interpretação a luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ESTATUTO DA TERRA. Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964.
- GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. 2 ed. São Paulo: RT, 1980.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil – fontes das obrigações: contratos. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: RT, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Direito GV, São Paulo: v.1, n.1, maio 2005.
- NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Paraná: Juruá, 1ª ed. 2005.
- NEVES, Gustavo Killoh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos (org. ET AL. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- OPITZ, Silva C. B. Curso completo de direito agrário. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009; Ordenações Manuelinas, Liv. IV, Tit. 67, e Filipinas, Liv. IV, Tit. 43.
- PERLINGIERI, Pietro, Perfis do direito civil. Pag. 9. In: NEVES, Gustavo Killoh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos (org. ET AL. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. Filosofia do direito, São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

TARTUCE, Flavio. A revisão do contrato pelo novo código civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02, in: Mario Luiz Delgado; Jones Figueiredo Alves (coord.), Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2003.

_____. Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. A constitucionalização do direito. Coord. Claudio Pereira de Sousa Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

VILLANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Abandono digital e responsabilidade civil parental, análise à luz do marco civil da internet e do estatuto da criança e do adolescente

*Patrícia Caldas Meneses P. Ferreira*¹

Introdução

Um dos maiores desafios da atualidade, que se agravou com o advento da pandemia do corona vírus consiste em saber lidar com o acesso de crianças e adolescentes aos meios digitais virtuais. Isso se deve ao crescente uso da internet pelos mais diversos setores da sociedade, surgindo, assim, novos conflitos e realidades a serem enfrentadas e analisadas.

Não obstante as redes sociais tenham como ponto positivo o estímulo a inclusão digital, abrindo espaço para a interação social globalizada e sem fronteiras, é possível observar a crescente dificuldade em se fixar, dentro dos domínios da internet, limites entre os espaços públicos e privados. Esse contexto negativo ganha maior relevo quando os usuários das redes sociais e dos aplicativos virtuais são crianças e adolescentes, situação que ainda pode se agravar mais quando o acesso é desprovido das necessárias orientações, limites e fiscalização.

O acesso aos aplicativos de jogos e redes sociais por menores cresce vertiginosamente e em 2020, em virtude da pandemia do corona vírus tornou-se algo mais acentuado.

¹ Professora Efetiva DE da Universidade Estadual do Piauí -UESPI e Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Brasília- UCB.

Obviamente que o uso de tecnologias modernas é crescente e sua necessidade nos meios acadêmicos, profissionais, sociais e pessoais é um caminho sem volta, contudo uma das grandes preocupações da atualidade gira em torno da superexposição de seres desprotegidos, inexperientes e vulneráveis a um mundo virtual, aberto e globalizado que pode ter consequências emocionais e materiais perigosas, fato que requer atenção e cuidado dos pais e responsáveis em relação a quantidade e qualidade dessa inclusão digital.

Pretende-se com o presente artigo compreender o que caracteriza o abandono digital e investigar como o nosso ordenamento jurídico brasileiro trata do tema da responsabilidade parental diante do dever do cuidado e exercício de sua autoridade.

O artigo divide-se em quatro tópicos onde no primeiro será abordada a perspectiva histórica da concepção de infância, no segundo, conferiu-se ênfase aos instrumentos jurídicos de proteção da criança e do adolescente no mundo até o advento da Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente. A temática do abandono digital e sua configuração foram os objetos de análise no terceiro tópico do artigo e ao final tratou-se da responsabilidade parental e leis aplicáveis nas hipóteses de caracterização do abandono digital.

1 Surgimento da concepção de infância

No ordenamento jurídico brasileiro criança e adolescente gozam de proteção integral e de uma ampla rede de apoio e tutela aos seus direitos fundamentais, nos termos preconizados pela Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do adolescente. A consagração da doutrina da proteção integral teve como principal suporte os movimentos da sociedade civil organizada que contribuíram para o reconhecimento da criança e adolescente como merecedores de proteção especial.

Antes da abordagem sobre os marcos legais de proteção à criança e adolescente, interessa a compreensão primeira acerca do processo de

construção histórico e sociológico em torno da concepção de infância, que atualmente possui uma concepção completamente diferente do passado. Por mais que isso cause certa estranheza o fato é que a humanidade nem sempre percebeu a criança como um ser em particular. Até o século XVII, pouca importância se dava à infância, havia descaso, falta de condições e altos níveis de mortalidade infantil. O que existia era a ideia de desapego pela criança, algo comum, posto que a qualquer momento poderiam perde-las. Como afirma Áries “...as pessoas não podiam se apegar muito a algo que era considerado uma perda eventual...” (1978, pag.22).

Na Idade Média as crianças não eram poupadas do trabalho e assim que tinham condições, eram inserida no mundo laboral como adultos em miniaturas. A falta de atenção, a estrutura física, as especificidades da tenra idade, não as livravam de toda e qualquer exposição. Áries relata, que até século XVII, o convívio social da criança e a transmissão de saberes, não era da responsabilidade dos familiares. A criança era retirada muito cedo do seio da família convivendo muito cedo com os adultos sendo expostas as diferentes experiências, vestindo-se inclusive como adultos. A transição da infância para vida adulta acontecia quase que de forma imperceptível. (Áries, 1978). Sem uma definição adequada, a infância se estendia sem importar-se com as fases de seu desenvolvimento.

A mudança nesse cenário teve início a partir do século XVII, apenas para as crianças da nobreza. A partir deste século as vestimentas das crianças eram mais adequadas a sua idade, diferenciando-as dos adultos. Algumas transformações sociais contribuíram para o surgimento do sentimento de infância, dentre elas as reformas religiosas que colocaram a criança como um ser, enfatizando a importância da aprendizagem. A questão do afeto no ambiente familiar foi outro ponto de destaque à época. Com isso a educação ganha um status diferenciado, passando a ser muito mais valorizada. A convivência com os adultos já não era mais vista como a única forma de aprendizagem centrada nos trabalhos do dia a dia, a escola passa a ser o lugar onde as crianças são preparadas para o convívio social. (Áries, 1978).

Nas escolas os ensinamentos se estendem a questão moral da criança, e a igreja assume essa papel, visando encaminhar a criança para o bem. E foi em meio a educadores moralistas se construiu o sentimento de infância, século XVII, se estendendo a toda educação do século XX (Áries, 1978).

As famílias passam a ver a criança como um investimento que precisava ser preservada física e moralmente (Kramer, 1987, pag.18), mas é relevante enfatizar que tais ideias sobre a infância tem representação de padrão burguês que se universalizou.

O século XVIII foi marcado por outras preocupações relacionadas à saúde e higiene dos pequenos, resultando na diminuição do índice de mortalidade infantil que tinha números alarmantes. As mudanças privilegiavam apenas crianças da burguesia, enquanto as crianças advindas de famílias pobres tinham sua força e energia explorada nas fábricas, indústrias e em vários tipos de trabalho e não recebiam qualquer tipo de cuidado.

Observa-se que gradativamente a criança passa a ocupar lugar de destaque e tratamento especial na sociedade e isso refletiu-se em elaboração de lei e instrumentos legais que cuidaram em tutelar crianças e adolescentes.

2 Instrumentos de tutela dos direitos da criança e adolescente

É importante esclarecer que a declaração de Genebra de 1924, apesar de não considerar a criança e adolescente como sujeitos de direitos abriu caminho para conquistas futuras. Foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) que se refere a criança como um ser que deve receber atenção e cuidados especiais.

Com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, ocorre uma mudança de paradigma, onde a criança deixa de ser objeto de proteção para ser sujeito de direitos, reconhecendo-se a vulnerabilidade destes menores e a necessidade de serem amparados por uma

legislação especial. Foi em meio a esse contexto que aprovou-se por unanimidade na Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1989, a Convenção Internacional dos Direitos da Infância, documento mais ratificado na história e um marco significativo para a consagração da doutrina da proteção integral e especial de crianças e adolescentes.

No Brasil, em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal de 1988 e com isso inaugura-se um novo tempo para crianças e adolescentes reconhecidas como **sujeitos de direito**, em especial condição de desenvolvimento e dignos de receber proteção integral e ter garantido seu melhor interesse. A norma constitucional confere **prioridade absoluta garantindo que em** qualquer situação deve-se garantir que os interesses da criança e do adolescente estejam sempre em primeiro lugar.

O artigo 227 estabeleceu, também, que a responsabilidade de garantir os direitos de crianças e adolescentes é compartilhada entre Estado, famílias e sociedade.

A compreensão do princípio da proteção integral e da prioridade absoluta requer de todos nós o entendimento de que somos responsáveis por nossos filhos, bem como pelos filhos de terceiros.

O advento da Constituição Federal, mesmo consagrando a doutrina da proteção integral não representou uma efetiva ruptura à doutrina da situação irregular que de fato ocorreu com a entrada em vigor da Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente que adotou como pilar o Princípio da Proteção Integral em direção oposta ao princípio da situação irregular que vigorava na legislação menorista revogada.

o ordenamento jurídico cindia a coletividade de crianças e adolescentes em dois grupos distintos, os menores em situação regular e os menores em situação irregular, para usar a terminologia empregada no Código de Menores brasileiro de 1979. E ao fazê-lo não reconhecia a incidência do princípio da igualdade à esfera das relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes. Hoje não.

Se o Direito se funda num sistema de garantias dos direitos fundamentais das pessoas, e no tocante a crianças e adolescentes um sistema especial de proteção, as pessoas (entre elas crianças e adolescentes) necessariamente têm um

mesmo status jurídico: aquele que decorre dos artigos 227, 228, e 226 da CF e se cristalizou, na lei ordinária, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A nova doutrina consagrada na Carta Constitucional e no ECA ressaltam que crianças e adolescentes sejam ou não vítimas, abandonados, autores de ato infracional devem receber o mesmo tratamento legal, vedada qualquer discriminação.

Não há mais uma dualidade no ordenamento jurídico envolvendo a coletividade crianças e adolescentes ou a categoria crianças e adolescentes: a categoria é uma e detentora do mesmo conjunto de direitos fundamentais; o que não impede, nem impediu, o ordenamento de reconhecer situações jurídicas específicas e criar instrumentos para o tratamento delas, como aliás, ocorre em qualquer ramo do direito (A proteção constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos", 1ª edição, Barueri - SP, Manole, 2003,. Pág. 146).

3 O abandono digital e sua caracterização.

A internet foi a grande responsável por mudar o cotidiano da sociedade, desde a forma como as pessoas consomem serviços, produtos, entretenimento até a busca por informações e conhecimentos. Como diz Castells (2001), o conjunto das tecnologias da informação e telecomunicação gera um novo tipo de organização social, o da sociedade em rede. As fronteiras e distância entre as pessoas diminuiu drasticamente. Esse fenômeno global que aproxima pessoas do mundo inteiro teve seu início a partir da segunda metade dos anos 90.

Andrei L. Jornalista e conteudista SEO na WebLink, enfatiza que:

A internet chegou para se firmar como uma das tecnologias mais usadas diariamente pelas pessoas. Atualmente, qualquer atividade pessoal ou profissional é potencializada e pode ser executada com os recursos e as ferramentas disponibilizadas na internet.”

E continua sua afirmação sobre o assunto:

“Em cerca de 50 anos, a transformação trazida pela tecnologia revolucionou a forma como as pessoas se comunicam, buscam conhecimento, estudam,

trabalham e interagem entre si. As distâncias e as barreiras dos fusos horários foram quebradas pela instantaneidade da internet.

Diante desse contexto é natural que as crianças da atualidade não conheçam o mundo sem a internet que já faz parte do dia a dia desta nova geração. Contudo, a relação entre o convívio de crianças e adolescentes com a internet é para o meio social e jurídico um fenômeno relativamente novo e por isso não há um entendimento claro acerca dos riscos que ela pode oferecer para estes sujeitos que estão em processo de desenvolvimento. Uma das grandes questões atuais gira em torno da quantidade de tempo que crianças e jovens ficam expostos às redes sociais, jogos e aplicativos bem como sobre a qualidade e conteúdo dos mesmos.

Alguns pais e responsáveis por desconhecimento, falta de tempo ou até mesmo por negligenciar atenção e cuidados deixam seus filhos horas e horas diante de equipamentos eletrônicos e sequer dão conta das consequências negativas dessa superexposição.

Azambuja (2019) comenta sobre essa ausência de acompanhamento dos pais da seguinte maneira:

Muitos pais não se dão conta do ato de violência que estão praticando contra seus filhos, ao deixá-los expostos aos conteúdos da web, sem o devido acompanhamento, entregues à própria sorte e a seus equipamentos eletrônicos. Percebe-se que muitos delegam à internet a função de entreter e acalmar seus filhos, sendo esta, inclusive, chamada por alguns estudiosos do assunto como “chupeta digital” ou “babá digital”. As crianças e adolescentes passam horas tendo como melhor companhia um tablet, um computador ou um smartphone.

A questão que chama atenção e que preocupa no momento ocorre quando os pais negligenciam totalmente os cuidados e atenção a crianças e adolescentes deixando-os à mercê do mundo digital e aos perigos que o mesmo oferece. Saber o que caracteriza essa negligência e qual a responsabilidade dos pais e responsáveis por seres ainda tão vulneráveis é tema de intenso debate na atualidade mormente em tempos de pandemia onde o uso da internet e do meio digital tornou-se ainda mais necessário.

É possível afirmar que o abandono digital se dá quando crianças e adolescentes são excessivamente expostos ao ambiente virtual sem a devida fiscalização, orientação e limitação dos pais ou responsáveis.

A advogada Patrícia Pinheiro, especialista em Direito Digital, autora de vários livros sobre o tema, entende o abandono digital como uma forma de negligência parental, caracterizada pela desatenção dos genitores quanto à segurança dos filhos no mundo virtual. Segundo a advogada essa falta de atenção dos pais não os faria perceber os efeitos nocivos deste ambiente diante das muitas situações de vulnerabilidade e risco a que estão expostas as crianças e adolescentes. O que se percebe é uma falsa ideia que está em casa, na internet, é mais seguro que está na rua desacompanhado. Pinheiro chama a internet de rua da sociedade atual e que os riscos e perigos digitais são muito parecidos com os perigos do mundo real (PINHEIRO, 2019).

No que diz respeito ao abandono digital é possível perceber que a negligência se configura pela desatenção ou falta de interesse em participar ou pelo menos verificar as atividades realizadas pelos filhos no mundo virtual. Não se trata de ausência de assistência material ou intelectual pois muitas crianças abandonadas e negligenciadas no mundo digital possuem equipamentos de última geração, mas o abandono, na hipótese, se caracteriza pelo total descuido dos pais para com os filhos no ambiente virtual, não sabendo com quem os filhos interagem, o que fazem e qual o conteúdo acessado.

Na situação de abandono digital é possível perceber a substituição do convívio familiar por uma vida virtual, ausência de diálogo e orientação aptas e oportunas para que crianças e jovens possam utilizar de forma segura, evitando-se uso excessivo.

Deve-se atentar, contudo, para a análise casuística da situação pois nem sempre crianças e adolescentes mergulham no mundo digital e ficam horas a fio nas ruas da internet por negligência dos pais. Muitas vezes o que se tem são adultos com pouco ou nenhum conhecimento sobre o tema, sobre uso das redes sociais e internet ou pais que acreditam que apenas o

uso de bloqueadores ou formas automáticas de restringir o uso do meio digital são suficientes para afastar da vida das crianças e jovens dos perigos.

4 A responsabilidade parental no abandono digital

A temática do abandono digital e a conseqüente responsabilização dos pais ou responsáveis ainda não possuem previsão jurídica específica no ordenamento jurídico brasileiro contudo tal ausência normativa não exime os eximem de responderem civilmente por suas ações e para isso é possível a aplicação de normas já existentes.

O primeiro ponto a ser observado diz respeito a “poder familiar” expressão adotada pelo Código Civil atual por romper com uma tradição conservadora e machista que colocava o pai como centro e detentor de todo poder no ambiente familiar desconsiderando completamente a manifestação de vontade dos demais entes da família como esposas, filhos e filhas. A nomenclatura outrora utilizada era pátrio poder que refletia os ideias de uma época onde nem mulheres e nem crianças eram vistas como sujeitos de direitos. Os autores mais progressistas preferem utilizar uma outra terminologia, “autoridade parental”, por entenderem como a mais adequada para o momento e por refletir o fato de que as relações entre pais e filhos não se sustentam em poder mas em autoridade e em especial em responsabilidade.

Para Gagliano e Pamplona (2017, pág. 1329) o direito Civil o poder familiar pode ser compreendido como o complexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em virtude da importância jurídica, moral, espiritual que a sua autoridade parental ostenta em relação aos filhos menores.

A autoridade parental previstos no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente decorrem justamente do caráter eudemonista das famílias que consiste em um ambiente de acolhimento, onde as pessoas promovem a busca da felicidade e realizam a sua dignidade humana.

Atualmente a família não é mais vista em sua função econômica ou política, pois o papel da família não é patrimonializador, mas repersonificador, em busca da promoção da dignidade e do projeto de felicidade de seus integrantes (FIGUEIREDO E FIGUEREDO, 2019, pág. 81).

Não resta dúvida que cabe aos pais fiscalizar as atividades dos filhos no mundo virtual, bem como orientá-los quanto aos danos que o mundo digital pode implementar na saúde mental das pessoas. Aos pais cabe a complexa tarefa de destinar tempo de qualidade às crianças e adolescentes que estão sob sua responsabilidade e autoridade, sendo porto seguro para as situações difíceis que venham a surgir que no mundo real quer no mundo digital.

Diante do fato de que à família e em especial aos pais por serem dotados de autoridade parental e do dever de proteger seus filhos é razoável entender pela existência da responsabilidade dos pais ante a configuração do abandono digital, devendo ser aplicada na situação e diante da análise cuidadosa do caso medidas punitivas aos pais negligentes. A negligência em muitas situações podem acarretar danos à saúde da criança e adolescente ou até mesmo a terceiros. Não raro vemos notícias de pedofilia, cyberbullying e outros crimes virtuais e por isso devem os pais manter-se informados e atentos, limitando, orientando e controlando os filhos. Além disso, a utilização exagerada da internet, jogos e aplicativos pode acarretar em déficit de aprendizagem, prejuízos na concentração e socialização.

Um ensaio publicado pelo Instituto FIOCRUZ do Rio de Janeiro, com o título “O uso intensivo da internet por crianças e adolescentes no contexto da COVID-19 e os riscos para violências autoinflingidas”, pesquisadores elencaram as consequências do uso excessivo da internet e o consumo massivo de conteúdos que tratam da situação de epidemia, esclarecendo que podem gerar ansiedade, pânico, bem como levar à depressão. Ainda sobre acesso à internet e uso exagerado o ensaio ainda esclarece que é possível que ocorra uma situação de dependência que eles tecnicamente chamam de adição .

O próprio uso excessivo da internet, pode também gerar uma forma de adição, um transtorno que gera dependência, expressando-se nas cinco formas catalogadas pelo *Center for Online Addiction*: 1- o cyber sexo (cybersex), 2- a relacional (das redes sociais), 3- o Net Gaming Addiction, que inclui uma ampla gama de comportamentos, como jogos de azar, videogames, compras e comércio eletrônico obsessivo 4- a busca de informações; 5- a adição por jogos. (DESLANDES e COUTINHO, 2020)

Uma das normas que pode servir de fundamento para a relação e constatação da autoridade dos pais em relação ao limites que devem ser impostos aos filhos na utilização da internet é a Lei nº 12.965/2014 que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. O artigo 29 dispõe que:

o usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Observa-se que o citado dispositivo traz a possibilidade de controle parental pelos pais de conteúdo a ser acessado pelos filhos e utilização de ferramentas para esse controle. Contudo, é fato que tal controle não se revela como suficiente para a prevenção dos danos que a internet pode provocar na vida de crianças e adolescentes.

Outro dispositivo legal que pode ser utilizada no que diz respeito a responsabilidade dos pais por abandono digital é a Lei nº 13.441/2017 alterou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que prevê a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Dessa forma se a criança e adolescente cometerem, ilícito civil, como por exemplo, praticarem bullying cibernético, os pais poderão responder pelos atos de seus filhos, pois o inciso I do art. 932, do Código Civil, preceitua que “são também responsáveis pela reparação civil, os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.

O Estatuto da Criança e do adolescente também traz dispositivos que tratam da responsabilidade da família, nos termos do que preceitua o art.4º.

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O Código Civil de 2002, No mesmo sentido, também atribui obrigações aos pais quando prevê que:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

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

Assim, diante do que já foi dito, há em um complexo de deveres e direitos que ligam pais e filhos e ao interpretarmos as normas realizando um verdadeiro diálogo entre elas é possível concluir que é dever da família assegurar aos filhos, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos inerentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Nesse rol inserem-se os pais com o

respectivo dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Isto significa dizer que a família é responsável por prover assistência material e intelectual, assim como, de acordo com a lei, também há obrigações econômicas, morais, afetivas e psicológicas.

O fato é que não faltam normas que demonstram a responsabilidade parental quando ficar evidente a ausência dos cuidados essenciais voltados a crianças e jovens e tais normativas podem e devem ser utilizados também para as situações de negligência digital dos pais em relação aos filhos ou abandono digital, o que deixa evidente o dever dos pais em orientar e educar os filhos. A Constituição Federal de 1988 trata desse dever quando dispõe no art. 229, que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O artigo 129 do estatuto da Criança e do Adolescente traz um rol de medidas aplicáveis aos pais quando ocorrer violação à dignidade da criança e do adolescente e entre tais medidas insere-se o encaminhamento a tratamento psicológico e medidas extremas como a suspensão e destituição do poder familiar.

Considerações finais

O advento da internet trouxe para o mundo novos modelos sociais de convivência, comunicação, consumo, aprendizado e socialização. Sem dúvida a conexão entre as pessoas nas mais diversas partes do mundo foi facilitada e ampliada. Mas essa globalização do acesso ao mundo digital ao tempo em que trouxe inúmeros benefícios também acarretou em perigos para a saúde do ser humano, em especial crianças e adolescentes.

É fato que a muitas pessoas passam boa parte do seu tempo na internet, seja em redes sociais, utilizando e-mails, realizando pesquisas, trabalhando, estudando ou simplesmente se divertindo. A questão que traz preocupação na atualidade é a constatação de que muitas crianças e adolescentes estão ficando expostos durante muitas horas no mundo digital,

fato este que pode trazer danos para a aprendizagem, concentração, humor, atenção e até mesmo colocar em situações de contato com crimes cibernéticos como o cyberbullying, redes de pedofilia, crimes sexuais e outras práticas que podem trazer danos não apenas a criança e adolescente mas a toda família.

Entender que as crianças e adolescentes nem sempre receberam proteção e eram reconhecidas como sujeitos de direitos é de suma importância posto que o reconhecimento da concepção de infância e a consagração do princípio da prioridade absoluta trouxeram para esses seres pequenos e vulneráveis uma proteção necessária diante da falta de cuidado e dos descaso com seu desenvolvimento humano, e por isso, com o advento da Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram a receber atenção especial do Estado, da família e da sociedade.

O abandono digital se caracteriza como vista ante a constatação da negligência dos pais em limitar, fiscalizar e orientar seus filhos quanto a uso da internet. Essa negligência pode trazer prejuízos tanto à criança e adolescentes submetidos a autoridade parental quanto a terceiros. Uma vez constatada tal situação de abandono e havendo danos à saúde, cabe aos pais assumir tais responsabilidades diante de seu dever de cuidar, prover e acolher seus filhos previstos tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não há ainda em nosso ordenamento jurídico normas específicas sobre a questão da responsabilidade dos pais por abandono digital mas esta não pode e não deve ser desconsiderada, posto que a análise sistemática da Constituição Federal, Estatuto da Criança e Adolescente, Código Civil e Marco Civil da Internet, oferecem subsídios para fundamentar a existência e aplicação de sanções aos pais negligentes.

Para concluir impende trazer a baila a função social das famílias na contemporaneidade que não mais possui caráter meramente econômico, devendo ser considerado um ambiente saudável e propício ao bom desenvolvimento daqueles que nela habitam e em especial das crianças e

adolescentes, consagrando assim direito fundamental de qualquer pessoa que é a dignidade humana.

Referências

ARIÈS, P. **História social da infância e da família**. Tradução: D. Flaksman. Rio de Janeiro: LCT, 1978.

CASTELLS, Manuel. *The Internet Galaxy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.

FIGUEIREDO, Luciano L; FIGUEIREDO, Roberto L. **Direito Civil. Famílias e Sucessões**. 6ª edição, rev. atual e ampl. Salvador—Bahia, Juspodium editora, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

KRAMER, Sonia. **A Política do Pré-Escolar no Brasil: a arte do disfarce**. Rio de Janeiro: Dois Pontos, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**, 1ª edição, Barueri - SP, Manole, 2003.

Acessos à internet

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança, o adolescente: aspectos históricos**. 2019. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/art1.doc>. Acesso em: 14 out 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças** - UNICEF. 1959. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Planalto. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.046 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Senado Federal. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 15 de out. 2020.

DESLANDES, Suely Ferreira; COUTINHO, Tiago. **O uso intensivo da internet por crianças e adolescentes no contexto da COVID-19 e os riscos para violências autoinflingidas**. Ciênc. saúde coletiva vol.25 supl.1 Rio de Janeiro June 2020 Epub June 05, 2020. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.11472020>. Acesso em 15 de out. 2020.

ONU. Nações Unidas Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 14 out 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Abandono digital**. 2014. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/patriciapeck-pinheiro/abandono-digital_a_21670532/. Acesso em: 10 out. 2020.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)**. 2020. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/declaracao-universal-dos-direitos-do-homem1948/21858>. Acesso em: 14 out. 2020.

Weblink. Andrei L. **A História da Internet – Do Início ao Status Atual da Rede**, 8 de agosto de 2019. Disponível em <https://www.weblink.com.br/blog/historia-da-internet/>. Acesso em 14 out 2020.

Divórcio Potestativo x Segurança Jurídica

*Sheila de Andrade Ferreira*¹

1 Introdução

Vivemos numa sociedade que demanda rapidez e solução eficaz para determinadas situações. E no âmbito do Direito das Famílias não é diferente. Logo, a fluidez das relações afetivas, atreladas as mudanças de costumes e de hábitos sociais que decorrem de um século XXI precisam de agilidade e facilitação dos institutos para se enquadrarem na nova realidade do indivíduo na pós-modernidade.

Portanto, não só a visão da família como matrimonializada, patriarcal e com laços indissolúveis cai por terra, como também o futuro é agora e demanda facilidade, celeridade e desburocratização para que os novos arranjos familiares e a vontade do indivíduo seja considerada em sua plenitude. O Direito, então, deve ser posto à serviço dos indivíduos e não o oposto.

Nesta toada, diversos instrumentos desburocratizantes já foram implementados neste século de maneira a fixar as diretrizes em comunhão com esses novos paradigmas.

Nesse cenário, podem ser citados para vivificar tal afirmação, a saber: quanto à parentalidade, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

¹ Mestra em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), Defensora Pública do Estado do Piauí, Diretora Cível da DPE-PI. Professora Efetiva da Universidade Estadual do Piauí. Colaboradora da Empresa Júnior da UESPI – Campus Torquato Neto: Conectjus. Membro da Diretora do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias - Seção Piauí (IBDFAM-PI)

(TJ-PE), por meio do Provimento nº 9 de 2013 admitiu o reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, sem a necessidade de intervenção judicial para tanto. Basta, pelo citado provimento, a declaração pelo interessado que se assume pai afetivo de alguém. O provimento foi bastante festejado e, posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou a questão no Provimento nº 63 de 2017. Dentro da seara da conjugalidade, o TJ-PE, de maneira precursora, disciplinou a possibilidade de pacto antenupcial para as pessoas que devem se casar pelo regime de separação obrigatória de bens (artigo 1.641 do CC). Assim, adveio o Provimento nº 6, de 2016, o qual permite que se adote a separação total de bens para que se evite a incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF). Isso afasta todas as questões adversas que a referida súmula tem gerado, inclusive com parte da doutrina que defende a inconstitucionalidade do artigo 1.641 do Código Civil em algumas hipóteses.

Foram editados por diversos Tribunais de Justiça (em sua maioria da região Nordeste do Brasil) provimentos que alteraram suas normas de modo a permitir o casamento de pessoas do mesmo sexo, muito antes do CNJ o admitir por meio da Resolução nº 175, de 2013. Válido lembrar que não há no Código Civil nenhum artigo que trate do tema. Os casamentos ocorrem por decisão do STF (STF Pleno ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJE de 14.10.2011) e regulamentação do CNJ, e não do parlamento. Assim, antes mesmo de o CNJ regulamentar o tema para todo o Brasil, tínhamos a admissão de casamento homoafetivo por força de orientação dos Tribunais de Justiça.

- **Paraná:** instrução da Corregedoria de 26 de março de 2013;
- **São Paulo:** provimentos CGJ 41/12 e 06/13, que alteram o Provimento 58 de 1989;
- **Mato Grosso do Sul:** provimento 80, de 2 de abril de 2013, que alterou o Código de Normas;
- **Sergipe:** Provimento 6, de 5 de julho de 2012;
- **Piauí:** Provimento 24, de 14 de dezembro de 2012;
- **Bahia:** Provimento Conjunto CGJ/CCI - 12/2012, de 4 de outubro de 2012;
- **Alagoas:** Provimento 40, de 6 de dezembro de 2011;

- **Espírito Santo:** Ofício Circular 59/12.

Fato é que há muito tempo o Congresso brasileiro deixou de legislar em matéria de Direito das Famílias. E a jurisprudência, nesta perspectiva, que tem dado a aparência moderna e atual Direito Familiarista, com base em procedimentos administrativos dos tribunais de Justiça e do CNJ.

Se não se exige prévia intervenção judicial para o casamento, por que razão haver-se-ia de exigir tal intervenção para dissolução do vínculo conjugal. Tanto a constituição do vínculo como o seu desfazimento são atos de autonomia privada e concerne apenas aos interessados, mormente devem ser respeitados por todos, reservando-se a tutela estatal apenas para hipóteses excepcionais. E, dentro desse viés, o presente trabalho se incumbe cuidar exatamente da facilitação do divórcio e se esta feriria a segurança jurídica, sem o condão de exaurir todas as controvérsias. Então, vamos lá!

2 O divórcio e suas mudanças no atual contexto histórico e social

Tratar da questão do Divórcio Potestativo (ou Impositivo) é estar sujeito a diversos riscos culturais, sociais e até religiosos. Todavia, no período pós-quarentena, e após o longo período de isolamento social de mais de oito meses, surgiram números que tornaram o presente trabalho capital, vez que com aumento de quase cento e oitenta por cento dos números de divórcios no país demonstra que vários casais viviam, mas não conviviam. E o confinamento social, que nos foi imposto em razão da Pandemia do COVID-19, ocasionou uma desestruturação do cotidiano das pessoas (CRC Nacional – instituída Pelo Provimento nº 46 do CNJ). E restou por colocar todos os membros de um núcleo família sob o mesmo teto, quase que 24 horas por dia. Tudo isso, aliado ao *home office*, stress emocional da pandemia, filhos em casa sem aula ou com aulas pela internet, portanto, demandando acompanhamento escolar mais direcionado pelos pais, desemprego, crise econômica entre outros fatores, fez falir muitos relacionamentos.

Inclusive, alguns com violência doméstica, onde o legislador pátrio se incumbiu até de alterar a Lei Maria da Penha, duas vezes no ano de 2020, prevendo a possibilidade do juiz determinar medidas mais severas de proteção a vítima, dentre as quais se destacam o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, bem como de aproximar-se ou ter qualquer contato com a vítima, seus parentes, testemunhas e familiares. Podendo, ainda, determinar a separação de corpos do casal, fixar alimentos, entre outras (arts 22 e 23 da Lei 11.340/2006).

Dentro deste contexto e considerando o texto da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que deu nova redação ao art. 226 da CF, incluindo o §6º, o qual retirou a separação como etapa obrigatória antecedente ao divórcio, assim como o lapso temporal, e, especialmente a discussão da culpa, o direito ao divórcio está incluído no rol de direitos potestativos. Vale dizer, “trata-se de direito do indivíduo que se caracteriza por o seu titular o exercer de pela sua vontade exclusiva, desencadeado efeitos na esfera jurídica de outrem independente da vontade deste” (Prata, 2008, p. 60) Assim, fácil notar que diante de tal conceito evidencia-se um tipo de direito que não admite contestação.

“Trata-se de um poder de alterar unilateralmente, através de uma manifestação de vontade, a ordem jurídica” (Menezes Cordeiro, 2005), a qual deve ser reconhecida, de plano, pelos operadores do Direito, já que nenhum tipo de oposição implicará em alteração da vontade do declarante.

Veja que a discussão de guarda de filhos, bens, direito de convivência (termo mais bem empregado do que a mera “visitação” da prole) não comporta óbice para que seja extinto o vínculo entre os cônjuges. Estes devem e podem ser resolvidos em ações próprias e não comportam servir de obstáculos para o prolongamento de envolvimento jurídico de duas pessoas, onde pelo menos uma delas não quer mais estar junto ao outro. Claro está que para casar é preciso a vontade de dois. Todavia, para dissolver o vínculo matrimonial basta apenas o anseio de um só.

É esse, também, o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 555): “o divórcio passou a se caracterizar (...) como um simples

direito potestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges, independentemente da fluência de prazo de separação de fato ou de qualquer outra circunstância indicativa da falência da vida em comum”.

A jurisprudência pátria, por sua vez, também não diverge desde os primeiros julgados proferidos após a edição da Emenda Constitucional nº. 66/2010 dessa orientação, podendo-se citar, v.g.: **TJRS** , Ap. Cível nº. 70044818680, 8ª Câmara Civil, Rel. Rui Portanova, j. 06.10.2011; **TJPR** , Ap. Cível nº. 786715-8, 12ª Câmara Civil, Rel. Antonio Loyola Vieira, j. 30.11.2011; ou **TJRJ** , Ap. Cível nº. 0003488-76.2010.8.19.0205, 17ª Câmara Civil, Rel. Lindolpho Marinho, j. 27.03.2012.

O instituto do Divórcio Potestativo ou Impositivo veio como forma de salvaguardar a gênese do próprio Divórcio, que inserido no Sistema Jurídico Constitucional-Civil brasileiro, deve atentar o princípio da justa duração do processo, eficiência da prestação jurisdicional, ressaltar a dignidade da pessoa humana do jurisdicionado (autor da ação), possibilidade de reconstrução da vida pessoal e emocional dos divorciandos e afastar o uso do divórcio como uma forma de vingança privada como já aconteceu no passado.

Nesse viés, pensando o Direito das Famílias, numa perspectiva Constitucional, onde o conceito de família é lócus da felicidade e da realização pessoal, não faz sentido burocratizar a permanência do estado civil de duas pessoas como ‘casadas’, apenas para atender aspectos formais e processuais. Portanto, manifestado o interesse pelo desfazimento do vínculo conjugal por uma das partes. Este deve ser respeitado pelo magistrado, não impondo ao peticionante a angustiante espera ao longo de anos por uma decisão judicial, quando na prática já não existe mais possibilidade de manutenção daquele liame entre os polos da relação jurídica-processual.

Aqui, percebe-se, que há que se pensar no divórcio como um instituto jurídico moderno, não como invenção atávica, atemporal e imutável. Portanto, a evolução mostra ao jurista, nessa pós-modernidade, que o simples rompimento do vínculo matrimonial é a essência do divórcio. E que, hodiernamente, ele deve ser prestado de maneira eficaz, desburocratizada. Sob

esta ótica, a Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, anterior a própria EC nº 66, de 2010, alterou o Código de Processo Civil de 1979, incluindo a possibilidade do casal em consenso, sem filhos menores incapazes e nascituro, pudesse realizar, acompanhados por advogados ou defensor público, o divórcio em Cartório de maneira administrativa mediante escritura pública lavrada e na qual deve constar todas as disposições relativas a partilha de bens, quando houver, e alimentos entre os cônjuges, caso um deles necessite. É o chamado divórcio administrativo ou extrajudicial.

Em 2015, com o advento do Novo Código de Processo Civil (CPC), cora-se uma nova era, com o realce para os princípios com o da boa-fé processual, cooperação, respeito ao autorregramento da vontade, solução por autocomposição, eficiência, primazia da decisão de mérito e efetividade do processo; sua conceituação e aplicabilidade no processo civil atual. Desse modo, o novo Digesto Processual não só previu a possibilidade do **Divórcio Extrajudicial ou Administrativo**, como também o regulamentou e disponibilizou todos os requisitos necessários para que possa ser realizado, conforme o **art. 733 e seus parágrafos do CPC/2015**.

Já, em 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 100, o qual impulsionou essa modalidade de divórcio, passando a regulamentar os atos notarias de maneira não presencial. Esta modalidade denominada de Divórcio Virtual ou Digital exige os mesmos requisitos do Divórcio Extrajudicial. É feito em cartório de notas pelo E-notarial através de plataforma digital. Também necessita do acompanhamento das partes por advogado ou defensor público, precisa de certificado digital, e quem não o possui ou não tem condições de adquirir, o tabelião deverá providenciar um de maneira gratuita. A sessão com as partes e patronos é gravada. Todos receberão um link de acesso a plataforma e haverá a coleta da vontade das partes.

Marco importante e digno de aplausos, uma vez que desjudicializou o fim do vínculo matrimonial. Sagrou-se vitorioso o clamor social, possibilitando ao casal não ter de passar por toda a espera, desgaste e lapso temporal que, por vezes, é ocasionado pela demora e burocracia jurídicas,

para, somente após, ainda que sem lide e sem embaraço pelas partes, estas pudessem seguir com suas vidas privadas.

O divórcio liminar ou antecipado é outro exemplo de facilitação e evolução do vínculo matrimonial em processos judiciais, pois permite através de concessão de liminar, seja por tutela de urgência ou evidência (art. 311, CPC, 2015), permite que o magistrado conceda o divórcio das partes antes da decisão final do processo pondo fim ao vínculo entre os cônjuges. Deixando pendentes apenas discussões concernentes a filhos (alimentos, guarda direito de convivência) e divisão de patrimônio entre os querelantes para o final da ação.

Avançamos mais e na modalidade de Divórcio Impositivo ou Potestativo, objeto do presente ensaio, haverá a dissolução do casamento baseada apenas no pedido/vontade da parte autora, sem necessidade da citação e consentimento da parte contrária. Essa progressão é necessária e viável e merece destaque, pois antes da triangularização da relação jurídica processual, vale dizer, independente de citação, o juiz, de plano, concederá o divórcio. Pondo, assim, fim ao casamento, vez que se trata de direito potestativo da parte divorcianda e nada a ser alegado pela parte contrária pode retirar esse direito. Ficando os demais pontos controversos, tais como: guarda de filhos, convivência com estes, alimentos, divisão patrimonial para ações autônomas.

3 A aplicação das garantias e princípios constitucionais para concretização do direito ao divórcio potestativo na ordem civil-constitucional

Dentro de uma perspectiva progressista, é desnecessário criar obstáculos temporais como aguardar a citação, defesa, audiência de conciliação/mediação, etc. A concretização de direitos, muitas vezes, tem pressa. E isso perpassa por uma constante evolução da matéria. Não há violação de direito de defesa ou necessidade de resposta da parte contrária, vez que se tem na espécie uma que se tem uma vontade inequívoca,

manifestada pela autora, que independe prova ou condição, sendo matéria puramente de direito.

Veloso (2020, p.2) aponta que a ideia do Divórcio Potestativo é predominante doutrinariamente, bem como indica que diversos Tribunais de Justiça do país, tais como: Bahia, Santa Catarina, Rio de Janeiro e São Paulo vem sendo admitido o deferimento da antecipação dos efeitos do pedido de dissolução do vínculo conjugal em sede liminar considerando tratar-se de Direito Potestativo, com fulcro no art. 311, IV do CPC.

Carbonera (1998, p. 34) acrescenta que o afeto passou a ser elemento identificador das entidades familiares. É este sentimento que serve de parâmetro para definição dos vínculos parentais, levando ao surgimento da família eudemonista², espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito.

Após o advento da Constituição de 1988, surgiu o novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito de fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo. (Agravo nº 243.555-1, acórdão unânime da 2ª Câmara Cível, TJMG, Rel. Des. Francisco Figueiredo, p. 15.03.2012).

Os reflexos dessa concepção eudemonista do casamento e sua dissolução, é que o indivíduo é centro da relação e não Estado. Em outras palavras, a família eudemonista é um conceito moderno que se refere à família que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico.

Portanto, não é crível que a parte que deseja o desfazimento do vínculo matrimonial, cuja norma diretiva tem caráter constitucional e potestativo, seja obrigada a aguardar os percalços de toda uma tramitação

² O termo *família eudemonista* é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros.

processual, que, por vezes é morosa, para somente, ao final, da ação ver sua pretensão atendida.

Nessa linha, anda mal quem ainda quer ver presa as amarras de uma suposta violação da Segurança Jurídica, por cerceamento de defesa, compelir a parte, maior e capaz, a manter um vínculo conjugal contra sua vontade, até que o Poder Judiciário cumpra todas as etapas do processo, mormente quando não há outras questões a decidir.

Sobre o tema há posicionamento firme e favorável que ecoam da doutrina pátria mais balizada, como explica DIAS (2011, p. 322): “**a ação de divórcio não dispõe de causa de pedir.** Não é necessário o autor declinar o fundamento do pedido. Assim, **não há defesa cabível.**” (grifos adicionados).

Entendimento que é compartilhado, dentre outros, por DONIZETTI (2011, p.387): “(...) Em razão de não mais se admitir discussão sobre a culpa tampouco sobre qualquer aspecto temporal, reduziu-se, sobremaneira, o campo de defesa. **Para se separar de direito ou divorciar, basta que os cônjuges estejam casados.**” (grifos adicionados).

Desse modo, a natureza jurídica do divórcio é a de declaração unilateral de vontade, cujos requisitos e validade são, exclusivamente, os necessários a qualquer outro ato jurídico. Portanto, a opinião e a oposição, eventualmente adotada pelo outro cônjuge, não são obstáculo para que cumpra seus efeitos. Por outras palavras, o pedido de divórcio não comporta sequer contestação, sobre a dissolução do vínculo conjugal considerado em si mesmo.

Nesse toada, colacionam-se os arrestos abaixo transcritos:

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRENCIA. DIVÓRCIO DIRETO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. PRELIMINAR REJEITADA. DIVÓRCIO. DIRETO. ADMISSIBILIDADE. LAPSO TEMPORAL, ADEMAIS, QUE É O ÚNICO REQUISITO EXIGIDO PARA A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. APLICAÇÃO DO ART. 226, § 6º, DA CR. E 1.580, § 2º DO CC/02. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-SP - APL: 990101207362 - SP, Relator: Vito

Guglielmi, Data de Julgamento: 06/05/2010, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/05/2010).

CITAÇÃO. EDITAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO JULGADA PROCEDENTE, HAVENDO O RÉU SIDO REPRESENTADO POR CURADOR ESPECIAL E APRESENTADO DEFESA. DEMANDADO NÃO LOCALIZADO, EM QUE PESE A REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA OBTENÇÃO DE SEU PARADEIRO PELOS SISTEMAS BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD, RECEITA FEDERAL E INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO RICARDO GUMBLETON DAUNT - IIRGD. CITAÇÃO POR EDITAL QUE SE MOSTROU ADEQUADA. CURADOR ESPECIAL, ADEMAIS, QUE ATUOU NA DEFESA DOS INTERESSES DO DEMANDADO. NULIDADE REJEITADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. DIVÓRCIO. DECRETAÇÃO APÓS A DEFESA DO RÉU. ADMISSIBILIDADE. DIREITO À DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL QUE TEM NATUREZA POTESTATIVA, UNILATERAL E INSUSCETÍVEL DE QUALQUER OPOSIÇÃO. IRRELEVÂNCIA DE EVENTUAL RESISTÊNCIA MANIFESTADA PELO RÉU EM CONTESTAÇÃO. PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.(TJ-SP - AC: 10034547820158260152 SP 1003454-78.2015.8.26.0152, Relator: Vito Guglielmi, Data de Julgamento: 18/06/2020, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/06/2020).

O papel do Poder Judiciário na questão do divórcio impositivo é fundamental, vez que na ausência de norma expressa sobre o tema, a interpretação a ser dada pelo julgador quanto ao texto do art. 226, §6º da CF é crucial para que solidifique a ideia de que, hoje, basta o pedido da parte autora para decretação, de plano, do fim do liame conjugal.

Assim, o estudo da matéria está inserido na seara dos direitos fundamentais, que servem de interpretação e aplicação das leis, podendo ser elencados: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o direito a convivência familiar e comunitária, a liberdade de constituição da família e de vínculos parentais, o respeito à intimidade, privacidade, o direito fundamental a felicidade³ e a afetividade como base de qualquer relação familiar.

Sarlet (2009, p.60) destaca que a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano, que o faz merecedor

³ Felicidade esta que cada vez mais alcança patamar constitucional, vez que é garantia expressa em tratados e Convenções Internacionais, como é o caso dos Princípios de Yogyakarta.

do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Implicando, nesse sentido, num complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto quanto todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesse contexto, o divórcio como Direito Potestativo ou Impositivo deve ser implementado como regra, pois pouco ou nada adianta assegurar constitucionalmente, o respeito a vontade de extinguir o casamento baseada apenas na declaração da parte ao propor a ação, enquanto houver obstáculos de ordem processual criados pelos aplicadores do Direito.

Barroso (2001, p.23) enfatiza que a interpretação da Constituição Federal só é legítima se exaltar o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, os princípios que decorrem deste axioma, quais sejam, o princípio da afetividade e o princípio do livre desenvolvimento da personalidade

A liberdade de gerir a própria vida e formação do modelo familiar é de interesse apenas do divorciando(a) que ingressa com a ação. Logo, não há espaço para miscluir-se em questões de ordem pessoal que motivaram tal pedido, aguardar citação, promover audiência de mediação/conciliação, esperar prazo de defesa.

Dessa maneira, torna-se imperioso que, independentemente do surgimento de uma lei, que os aplicadores do Direito passem a acompanhar a mudança de mentalidade, bem como a evolução da moralidade na sociedade, e que basta o que já está inserido no Texto Magno para que se resguarde e efetive o direito ao divórcio de maneira plena, como deve ser, de plano, sem delongas. Ou seja, como o próprio nome diz de maneira Potestativa ou Impositiva, como preferem alguns.

Neste jaez, Madaleno (2011, p.25) detecta que o Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque, ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988, prevalece à busca do

direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade. E esta, por vezes, está no desfazimento de uma relação caótica em que já não mais existe amor, respeito, carinho e, principalmente, cessou a vontade de estar casado(a).

Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), esta já decidiu:

O que deve balizar o conceito de ‘família’ é, sobretudo, o Princípio da Afetividade, que “fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” (REsp. n. 945283-RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, p. 28.09.2009).

Também é preciso enfatizar que a dignidade humana assegura um respeito mínimo ao homem, unicamente pelo fato de ser humano, independentemente do grupo ou da classe social. Portanto, ainda que o homem faça parte de um grupo, sua dignidade é individual, mesmo que tenha adotado as características coletivas, mesmo que tenha imitado as condutas, sua dignidade lhe é singular e deve ser assegurada enquanto indivíduo. Portanto, além de ser concreta, a dignidade é individual e não pode ser sufocada pela coletividade, já que se trata de diretriz básica individual, que vai além do ter, efetivando o primado do ser.

Este princípio demonstra uma nova ótica do Direito Constitucional e do Direito das Famílias, em especial, que constitui fundamento da República Federativa do Brasil. As Constituições passadas, bem como o Código Civil de 1916, só reconheciam a família decorrente do casamento, como instituição de produção e reprodução dos valores sociais, culturais, éticos, religiosos e econômicos. A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, por sua vez, colocam a família sob o enfoque da tutela individualizada dos seus membros, ou seja, trata-se da visão constitucional antropocêntrica e eudemonista, repita-se, que coloca o homem como centro da tutela estatal, valorizando o indivíduo e sua satisfação no seio familiar e não apenas a instituição familiar. Assim, sua vontade de estar casado ou desfazer este vínculo deve ser respeitada e concretizada sem obstáculos inúteis.

Oliveira (2002, p. 384) destaca a extensão da evolução dos fundamentos da família no Direito brasileiro, à luz do Direito Constitucional e os seus desdobramentos ocorridos tanto em relação à família constituída pelo casamento, quanto àquela não matrimonializada, cominando com a análise da essência da família como o último ponto de evolução na nossa Lei Civil codificada em 2002. Tudo isso, servindo para enfatizar as características das famílias contemporâneas, no que diz respeito aos seus princípios Constitucionais norteadores, dentre os quais, destacam-se a dignidade da pessoa humana, bem como sua noção em um sistema jurídico aberto.

A propósito desse fundamento da República, Moraes (2009, p.p. 21-22) arremata:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

4 A desjudicialização do divórcio

Dentro desse contexto evolutivo, em 2019, a Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (CGJ-PE) editou o Provimento nº 06/2019, conclamando regras para efetivação do divórcio unilateral, segundo tal regramento os cartórios de Registro Civil procederão à ‘notificação’ do outro cônjuge para conhecimento da averbação pretendida. Todavia, o Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Humberto Martins proibiu o citado provimento, negando-lhe validade, sob o seguinte argumento:

Inova o provimento do TJ-PE, ao prever que os cartórios de Registro Civil procederão à 'notificação' do outro cônjuge para conhecimento da averbação pretendida, sem, contudo, regulamentar a matéria como, aliás, não poderia fazê-lo. As leis que tratam da atividade notarial e registral não deram a atribuição de intimação ou notificação aos cartórios de Registro Civil. (Decisão mantém que impediu Divórcio Jurídico em todo país, São Paulo, p. 24.06.2019, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/corregedoria-mantem-decisao-proibe-divorcio-impositivo-pais>>. Acesso em: 30.09.2020).

Em sua decisão, acrescentou que como a questão de fundo tratada no provimento pertence ao Direito Civil, ao Direito Processual Civil e aos registros públicos, cuja competência privativa para legislar a matéria é da União, de modo que somente poderia ser disposta em lei federal.

Segundo o Ministro, além do vício formal e de não observar a competência privativa da União, o Provimento nº 06/2019, da CGJ-PE, também descumpre o princípio da isonomia (uma vez que estabelece uma forma específica de divórcio no Estado de Pernambuco, criando disparidade entre esse e os demais Estados que não tenham provimento de semelhante teor). E conclui da seguinte maneira:

Nesse ponto, há uma consequência gravíssima para a higidez do direito ordinário federal, cuja uniformidade é um pressuposto da Federação e da igualdade entre os brasileiros. A Constituição de 1988 optou pela centralização legislativa nos mencionados campos do Direito. Ao assim proceder, o constituinte objetivou que o mesmo artigo do Código Civil ou do Código de Processo Civil fosse aplicado aos nacionais no Acre, em Goiás, em Natal, em São Paulo, no Rio Grande do Sul e nos demais Estados. (Decisão mantém que impediu Divórcio Jurídico em todo país, São Paulo, p. 24.06.2019, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/corregedoria-mantem-decisao-proibe-divorcio-impositivo-pais>>. Acesso em: 30.09.2020)

Notadamente, com a devida vênia, não se trata de invadir Competência Legislativa Federal, mas, sim, como dito nas linhas pretéritas, de dar efetividade à previsão do artigo 226, §6º da Constituição Federal. Sem qualquer violação formal.

Os Estados do Piauí e Maranhão (PROVIMENTO CGJ-MA nº 25/2019) também editaram provimentos, através das respectivas Corregedorias Gerais de Justiça de cada um, regras sobre o “divórcio impositivo ou unilateral”, cujo texto possibilitava que o requerimento pudesse ser formalizado com o preenchimento de formulário e apresentado somente por aquele que quer partilhar os bens, se houver.

Frise-se que para o divórcio unilateral, no entanto, os provimentos foram uníssomos em prever a necessidade do casal não ter filhos com menos de 18 anos ou incapazes e a mulher não poderia estar grávida. Também impunham a necessidade do interessado está acompanhado de advogado ou defensor público. A apresentação do requerimento ao registrador independe da presença ou da anuência do outro cônjuge, o qual, no entanto, será notificado, para fins de prévio conhecimento da pretendida averbação.

De igual forma convém esclarecer que não há repercussões negativas para a atividade notarial, pois quem ostenta legitimidade para requerer a averbação unilateral do divórcio não poderia fazê-lo por escritura pública, à falta de anuência do outro. A competência exclusiva dos tabeliães de notas, conforme determina o artigo 7º da Lei 8.935/94, para lavrar escrituras públicas de separação e divórcio não é atingida.

O provimento, em momento algum, desloca atribuições próprias do notário para o registrador civil das pessoas naturais. A Lei 8.935/94, ao regulamentar o artigo 236 da Constituição Federal, é taxativa quando determina caber ao notário (ou tabelião de notas) “intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo”.

O registrador civil, por sua vez, averba e dá publicidade ao ato. Ambos são entes estatais por delegação e sempre atuaram de forma harmônica no procedimento para dissolução administrativa do casamento. O tabelião, formalizando em escritura pública a vontade “comum” das partes,

enquanto o registrador, tornando pública essa manifestação, averbando-a no registro próprio. A possibilidade de averbação direta, por requerimento unilateral e sem prévia escritura pública, não compromete essa harmonia, eis que a escritura jamais poderia ser lavrada nesses casos.

Ao instituir o divórcio impositivo, ambas as corregedorias consideraram que a dissolução do casamento é um direito individual, que pode ser exercido unilateralmente por quaisquer dos cônjuges, em igualdade de condições. Além disso, apontaram que, a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, o único requisito para decretar o divórcio é a manifestação da vontade de um dos cônjuges, sem entraves de tempo ou justificativa que fundamentasse o pedido. Algo lógico de que deveria ter sido reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça, o que infelizmente não ocorreu, pois mesmo diante do pedido de reconsideração entabulado pelo Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDAFM), não houve resposta positiva. Mantendo o Corregedor Nacional do CNJ a sua posição de invalidar os proventos estaduais que regulamentavam o divórcio impositivo em todo o país.

É necessário ressaltar que há um Projeto de Lei (PL) de nº 3475/2019, em tramitação na Câmara dos Deputados, elaborado por juristas renomados como Flávio Tartuce, Mario Delgado, José Simão e Jones Figueredo Alves, segundo o qual permite que um cônjuge pleiteie diretamente no Cartório de Registro Civil o fim do matrimônio, ainda que o outro consorte discorde ou não queira colaborar com o fim do casamento.

Todavia, a vida segue e as pessoas não pode esperar a aprovação do citado PL, assim o melhor cenário impõe a desjudicialização imediata. Vale dizer, o pedido de divórcio direto por averbação fica restrito, exclusivamente, à dissolução do vínculo, sem possibilidade de cumulação de qualquer outra providência. Outras questões, como alimentos, partilha de bens, medidas protetivas etc., devem ser judicializadas e tratadas no juízo competente, porém com a situação jurídica das partes já definida e reconhecido estado civil das pessoas envolvida como divorciadas. Evitando, nesse jaez, mais conflitos e sofrimento.

A averbação do divórcio não repercute em nenhum outro direito patrimonial ou existencial. Só evita que a pessoa se veja compelida a postular uma providência judicial que não tem qualquer outra função senão a de dissolver o vínculo. Sem qualquer prejuízo ao consorte que não aceite/concorde com o pleito do divórcio.

5 Considerações finais

Como diz Cazuzu na letra da música “o tempo não para não”. De nada adianta ficar atávico alheio ao que a realidade nos impõe sobre o desfazimento das relações conjugais mais rápidas e preservando a vontade das partes seja para realizar novas uniões, seja para desfazer antigas. E impor qualquer restrição ao provimento de registro da declaração unilateral de extinção da sociedade conjugal por um dos consortes é negar a falta de percepção desses novos tempos.

Não se pode esperar inerte uma aprovação legislativa vindoura e sem qualquer perspectiva temporal e sujeitas a interesses políticos e/ou religiosos. Tampouco é legítimo criar obstáculos de ordem moral ou interpretativa, onde o Texto Constitucional ou mesmo a lei inferior, há muito (uma década já nos distancia da EC nº 66/2010), já retirou qualquer apêndice temporal, requisito formal ou fundamentação para a extinção do vínculo matrimonial.

Portanto, aceitar o fim do casamento advindo da única e exclusiva vontade de uma das partes já passou da hora. E o momento de mudar é agora, quando uma demanda crescente de divórcios bate as portas do Poder Judiciário e com ânsia ao fim de relacionamentos falidos na prática e que podem ser resolvidos com base no que já temos por força de uma leitura/interpretação constitucional.

Tudo isso balizado em forte Corrente Doutrinária de juristas que ecoam por todos os cantos do país pelo reconhecimento do Divórcio Testamentário ou Impositivo e esperam dos Tribunais Pátrios uma resposta à altura, seguindo esta mesma linha e outorguem um retorno positivo e

efetivo para que o Direito ao Divórcio independe de termo ou condição. O contraditório será formado após a decisão de extinção matrimonial e para fins de ciência ao outro cônjuge do fim do matrimônio.

Alinhado com os fatos e os novos tempos surge uma prevalência na declaração do interessado(a). Sem comprometer qualquer instituto jurídico processual e sem risco a segurança jurídica. Ao contrário, estar-se-ia a cumprir o comando máximo da vida que é a busca da felicidade, mesmo que esta não seja ao lado de quem já se jurou amor eterno, pois sabemos que é eterno enquanto dura, se um dos consortes já não quer mais o outro, que siga sua vida e procure essa eternidade amorosa ao lado de outrem ou até mesmo sozinho(a).

Referências

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O fim da culpa na separação judicial**: uma perspectiva histórico-jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revovar, 2001.
- CARBOBERA, Silvana Maria. O papel jurídico nas relações de família. In FACHIN, Edson Luiz (Coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- Decisão mantém que impediu Divórcio Jurídico em todo país, São Paulo, p. 24.06.2019, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/corregedoria-mantem-decisao-proibe-divorcio-impositivo-pais>>. Acesso em: 30.09.2020.
- DONIZETTI, Elpidio. **A EC n. 66/2010 e a sua repercussão no Processo Civil**, In C. VALENÇA FERRAZ et al. (coord.), 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida. **Revista Persona**, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2002. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/gfarias.htm>>. Acesso em: 25 out. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 6, 6 ed., São Paulo: Saraiva.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Direito Civil Português**. v.1., t. 1, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed, São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PRATA, Ana. **Dicionário Jurídico**. V.1. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VELOSO, Zeno. Divórcio Liminar. *In: Jornal O Liberal*. Belém, publicado em 18.10.2020.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org