

Revista SÍNTESE

DIREITO DE FAMÍLIA

ANO XVI — Nº 89 — ABR-MAIO 2015

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA
Superior Tribunal de Justiça — Nº 46/2000

DIRETOR EXECUTIVO

Elton José Donato

GERENTE EDITORIAL E DE CONSULTORIA

Eliane Beltramini

COORDENADOR EDITORIAL

Cristiano Basaglia

EDITORA

Simone Costa Saletti Oliveira

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Villaça Azevedo, Daniel Ustárroz, João Baptista Villela, José Roberto Neves Amorim,
Priscila M. P. Correa da Fonseca, Sergio Matheus Garcez, Sergio Resende de Barros

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Adriane Medianeira Toaldo, Almeri Gumesson, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas,
Douglas Phillips Freitas, Leonardo Macedo Poli, Luisa Helena Marques de Fazio,
Marco Aurélio Serau Junior, Pedro Podboi Adach, Rosilene Gomes da Silva Giacomini,
Thiago Baldani Gomes de Filippo, Wladimir Novaes Martinez

1999 © SÍNTESE

Uma publicação da SÍNTESE, uma linha de produtos jurídicos do Grupo SAGE.

Publicação bimestral de doutrina, jurisprudência e outros assuntos de Direito de Família.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

A solicitação de cópias de acórdãos na íntegra, cujas ementas estejam aqui transcritas, e de textos legais pode ser feita pelo e-mail: pesquisa@sage.com.br (serviço gratuito até o limite de 50 páginas mensais).

Revisão e Diagramação: Dois Pontos Editoração

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 5.000 exemplares

Capa: Tusset Monteiro Comunicação

Artigos para possível publicação poderão ser enviados para o endereço rdf@sage.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REVISTA SÍNTESE DIREITO DE FAMÍLIA
Nota: Continuação de REVISTA IOB DE DIREITO DE FAMÍLIA
v. 1, n. 1, jul. 1999

Publicação periódica
Bimestral

v. 16, n. 89, abr./maio 2015

ISSN 2179-1635

1. Direito de família – periódicos – Brasil

CDU: 347.6(05)(81)

CDD: 340

Bibliotecária responsável: Helena Maria Maciel CRB 10/851

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

SÍNTESE

sage

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca

05036-060 – São Paulo – SP

www.iobfolhamatic.com.br

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7247900

E-mail: sacsintese@sage.com

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7283888

Prezados leitores, nesta edição escolhemos como Assunto Especial o tema “Sucessão Patrimonial – Herdeiros”. Para compor o Assunto Especial contamos com dois artigos de renomados autores, quais sejam: Pedro Podboi Adachi e Rosilene Gomes da Silva Giacomini.

Mais do que criar um patrimônio é importante saber preservá-lo durante as gerações. A preocupação com a sucessão patrimonial se dá no momento em que um ou vários herdeiros não possuem o traquejo necessário para dar continuidade aos negócios da família.

O planejamento sucessório é o principal instrumento para que fortunas adquiridas durante toda uma vida não venham a se dissipar juntamente com o patriarca da família.

Reflexos financeiros e a falta de planejamento sucessório devem ser considerados como uma preocupação constante em nossas vidas.

Na Parte Geral da *Revista SÍNTESE Direito de Família* publicamos importantes doutrinas sobre diversos temas de autoria de Wladimir Novaes Martinez, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli, Almeri Gumesson e Adriane Medianeira Toaldo, Douglas Phillips Freitas e Marco Aurélio Serau Junior.

E, por fim, publicamos a seção denominada “Clipping Jurídico”, em que oferecemos a você, leitor, textos concisos que destacam, de forma resumida, os principais acontecimentos do período, tais como notícias, projetos de lei, normas relevantes, entre outros.

É com prazer que a IOB deseja a você uma ótima leitura!

Eliane Beltrami

Gerente Editorial e de Consultoria



Normas Editoriais para Envio de Artigos 7

Assunto Especial

SUCESÃO PATRIMONIAL – HERDEIROS

DOCTRINAS

- 1. Herdeiro Não É Sinônimo de Sucessor
Pedro Podboi Adachi 9
- 2. A Sintonia entre o Direito Sucessório e a Administração na Sociedade Limitada
Rosilene Gomes da Silva Giacomini 11

JURISPRUDÊNCIA

- 1. Acórdão na Íntegra (STJ)..... 24
- 2. Ementário..... 32

Parte Geral

DOCTRINAS

- 1. A Nova Pensão por Morte
Wladimir Novaes Martinez 36
- 2. Aborto nos EUA e no Brasil: um Estudo Comparado
Thiago Baldani Gomes de Filippo 46
- 3. A Legalização do Contrato de “*Barriga de Aluguel*”, sob a Ótica do Princípio da Autonomia Privada
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli 76
- 4. A Possibilidade Jurídica do Vínculo Previdenciário na Relação de Concubinato
Almeri Gumesson e Adriane Medianeira Toaldo 98
- 5. A Averbação Premonitória do Artigo 615-A e sua Aplicação à Execução de Alimentos
Douglas Phillips Freitas 120
- 6. Exigência Mínima de 2 anos de Casamento ou União Estável nas Novas Regras da Pensão por Morte Promovidas pela Medida Provisória nº 664/2014
Marco Aurélio Serau Junior e Luisa Helena Marques de Fazio 126

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

- 1. Superior Tribunal de Justiça..... 138

2. Superior Tribunal de Justiça.....	149
3. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios	161
4. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.....	167
5. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	171
6. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.....	177
7. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	180

EMENTÁRIO

1. Ementário de Jurisprudência.....	182
Clipping Jurídico.....	215
Bibliografia Complementar	218
Índice Alfabético e Remissivo	219

Normas Editoriais para Envio de Artigos

1. Os artigos para publicação nas Revistas SÍNTESE deverão ser técnico-científicos e focados em sua área temática.
2. Será dada preferência para artigos inéditos, os quais serão submetidos à apreciação do Conselho Editorial responsável pela Revista, que recomendará ou não as suas publicações.
3. A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da Revista, sendo reservado a ela o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido e, também, o de propor eventuais alterações, desde que aprovadas pelo autor.
4. O autor, ao submeter o seu artigo, concorda, desde já, com a sua publicação na Revista para a qual foi enviado ou em outros produtos editoriais da SÍNTESE, desde que com o devido crédito de autoria, fazendo jus o autor a um exemplar da edição da Revista em que o artigo foi publicado, a título de direitos autorais patrimoniais, sem outra remuneração ou contraprestação em dinheiro ou produtos.
5. As opiniões emitidas pelo autor em seu artigo são de sua exclusiva responsabilidade.
6. À Editora reserva-se o direito de publicar os artigos enviados em outros produtos jurídicos da SÍNTESE.
7. À Editora reserva-se o direito de proceder às revisões gramaticais e à adequação dos artigos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
8. O artigo deverá conter além de TÍTULO, NOME DO AUTOR e TITULAÇÃO DO AUTOR, um “RESUMO” informativo de até 250 palavras, que apresente concisamente os pontos relevantes do texto, as finalidades, os aspectos abordados e as conclusões.
9. Após o “RESUMO”, deverá constar uma relação de “PALAVRAS-CHAVE” (palavras ou expressões que retratem as ideias centrais do texto), que facilitem a posterior pesquisa ao conteúdo. As palavras-chave são separadas entre si por ponto e vírgula, e finalizadas por ponto.
10. Terão preferência de publicação os artigos acrescidos de “ABSTRACT” e “KEYWORDS”.
11. Todos os artigos deverão ser enviados com “SUMÁRIO” numerado no formato “arábico”. A Editora reserva-se ao direito de inserir SUMÁRIO nos artigos enviados sem este item.
12. Os artigos encaminhados à Revista deverão ser produzidos na versão do aplicativo Word, utilizando-se a fonte Arial, corpo 12, com títulos e subtítulos em caixa alta e alinhados à esquerda, em negrito. Os artigos deverão ter entre 7 e 20 laudas. A primeira lauda deve conter o título do artigo, o nome completo do autor e os respectivos créditos.
13. As citações bibliográficas deverão ser indicadas com a numeração ao final de cada citação, em ordem de notas de rodapé. Essas citações bibliográficas deverão seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
14. As referências bibliográficas deverão ser apresentadas no final do texto, organizadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda, obedecendo às normas da ABNT.
15. Observadas as regras anteriores, havendo interesse no envio de textos com comentários à jurisprudência, o número de páginas será no máximo de 8 (oito).
16. Os trabalhos devem ser encaminhados preferencialmente para os endereços eletrônicos conselho.editorial@sage.com.br. Juntamente com o artigo, o autor deverá preencher os formulários constantes dos seguintes endereços: www.sintese.com/cadastrodeautores e www.sintese.com/cadastrodeautores/autorizacao.
17. Quaisquer dúvidas a respeito das normas para publicação deverão ser dirimidas pelo e-mail conselho.editorial@sage.com.br.



Herdeiro Não É Sinônimo de Sucessor

PEDRO PODBOI ADACHI

É sócio diretor da Societàs Consultoria, prestando assessoria e consultoria a diversas empresas familiares em projetos focados nas áreas de governança corporativa, planejamento sucessório, formação de sócios e herdeiros e planejamento estratégico. Possui forte formação acadêmica, com graduação em Direito pela USP, pós-graduação em Administração de Empresas na EAESP-FGV e mestrado em administração (Master in Business Administration) pela Ohio University (EUA), além da participação em diversos cursos sobre empresas familiares, destacando-se o Leading the Family Business no IMD (em Lausanne, na Suíça). É o responsável por diversas pesquisas focadas em empresas familiares, realizadas no Brasil, sendo também associado a várias organizações como FBN-Brasil, IBGC, entre outras.

RESUMO: Reflexos financeiros e a falta de planejamento sucessório devem ser considerados como uma preocupação constante em nossas vidas. É parar e planejar o futuro, cuidando dos bens adquiridos e das pessoas que amamos. Mas, infelizmente, muitos projetos ligados neste setor a cada dia vêm sendo engavetados por falta de tempo, oportunidade e tantas outras desculpas que arrumamos para fugirmos deste assunto, quando, na realidade, deveríamos pensar diariamente na proteção daqueles que amamos, para deixá-los tranquilos e protegidos, não deixando ao arbítrio de um Magistrado decisões que você poderia ter tomado em vida, afinal de contas, a única certeza que temos é de que um dia iremos bater as botas, fechar o paletó de madeira, e tratar do tema não dói... Pensem no que as outras pessoas irão fazer quando você não existir. Saberão cuidar do patrimônio que deixou? A seguir, você vai saber distinguir a sucessão pessoal da empresarial. Como consultores neste setor, não poderíamos deixar de ventilar esse tema, que é atual, relevante e extremamente interessante. Um planejamento sucessório é falar de vida nas empresas que estão em pleno vigor e tratarmos de como passar o bastão.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão; planejamento sucessório; herdeiro; *affectio societatis*.

A sucessão costuma ser um dos momentos mais delicados nas empresas familiares. E este assunto exige ainda mais atenção nos negócios gerenciados pelos fundadores. O principal problema relacionado com a sucessão é a ausência de um adequado planejamento sucessório, decorrente da dificuldade que a maioria das pessoas tem em abordar este assunto, já que, erroneamente, associam a sucessão empresarial com a morte.

Ressalte-se que esta associação é equivocada e não deve ocorrer. O principal motivo desta conexão indevida é o fato da palavra sucessão ser

utilizado em duas situações distintas: a sucessão patrimonial e a sucessão empresarial.

A sucessão patrimonial, também conhecida como herança, é o patrimônio transmitido em virtude do falecimento de alguém, e encontra-se devidamente regulamenta no Código Civil Brasileiro com o título Direito das Sucessões. Conforme dispõe a legislação brasileira, somente existe herança quando ocorrer o falecimento de alguém, portanto, a associação da sucessão à morte acaba sendo inevitável.

No entanto, a mesma expressão “sucessão” pode ser utilizada em outro sentido, como na sucessão empresarial, que não deve ter nenhuma associação com o falecimento. *A sucessão patrimonial é a substituição de uma pessoa em determinado cargo ou função.*

Para facilitar a compreensão, são incontáveis as substituições de profissionais que ocorrem sem a necessidade de ter ocorrido o falecimento: diariamente milhares de funcionários são contratados para desempenhar as funções de empregados dispensados. Esses casos são de sucessão, ou seja, de substituição de uma pessoa em determinado cargo. No entanto, apesar deste exemplo evidenciar que a sucessão empresarial não deve estar associada ao falecimento, não são essas substituições de funcionários (ou sucessões) que causam preocupação nas empresas familiares, mas sim a sucessão do principal executivo, muitas vezes o próprio fundador.

E a grande dificuldade que surge é a indisposição, tanto do fundador como dos seus familiares, em abordar este assunto, já que, equivocadamente, associam a sua sucessão com o falecimento.

Comentar sobre a sucessão, quando ocorre esta indevida associação com a morte, costuma gerar tanto desconforto nas famílias empresárias que, não raramente, costuma ser imposta a chamada Lei do Silêncio sobre o assunto, não podendo nenhum membro da família comentar sobre planejamento sucessório sem que todos fiquem desconfiados que ele está interessado no falecimento, ou melhor, na herança do fundador.

A Sintonia entre o Direito Sucessório e a Administração na Sociedade Limitada

ROSILENE GOMES DA SILVA GIACOMIN

Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos e Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto IDP em Brasília. Atualmente, é Editora-Chefe da *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras em Belo Horizonte. Atua como advogada, pesquisadora, palestrante e professora universitária.

RESUMO: Em meio a divergências discutidas no âmbito das sociedades por quotas de responsabilidade limitada e à grandeza do tema proposto, desenvolveu-se um processo investigativo, notadamente envolvendo as relações entre a sociedade, os sócios e os terceiros envolvidos, com inúmeros pontos de intersecção, haja vista a precariedade exercida pelos herdeiros quando assumem a administração. O exercício da administração é feito por herdeiros ainda não definidos como sócios, com participação específica na sociedade limitada. A morte do sócio apresenta-se como hipótese de ruptura parcial dos vínculos societários aos sócios supérstites. Ocorrendo sucessão à causa de morte, haverá automaticamente a transferência dos bens arrecadados aos seus herdeiros, formando uma universalidade. Conveniente destacar que, por força do falecimento e da ausência de manifestação de vontade negocial do sócio detentor das quotas envolvidas, o momento de se passar o bastão ao herdeiro poderá incorrer na dissolução, exclusão e extinção da quota-parte, deixado ao sucessor, como última disposição de vontade, se o contrato social for silente, como se fosse um legado. Ressalta-se que o herdeiro legítimo sempre será um sucessor e nunca o legatário. A legislação em vigor não determina ou aceita que, com a morte, o herdeiro assuma imediatamente as atividades na sociedade. As quotas do sócio já falecido integrarão o monte partível, depois de apurados os haveres e os deveres.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade limitada; sucessão; administração; herdeiro.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da transferência involuntária de quotas; 1.1 Do sócio quotista; 1.2 Da capacidade de ser sócio; 1.3 Falecimento do sócio; 1.4 Apuração de haveres; 1.5 Resolução da sociedade em relação ao sucessor; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Considera-se, na análise deste artigo, a integração do sucessor e sua afinidade no seguimento do negócio jurídico, em paralelo com a economia,

administração de empresa e contabilidade, não sendo função exclusivamente jurisdicional, mas de quem suportar o encargo da sucessão.

Urge salientar preliminarmente que a função de uma sociedade é norteada por princípios fundamentais vigentes, como o de preservação da empresa. A sociedade se reveste como instituição estruturada para a produção e a circulação de bens e serviços, admitindo ou não o lucro, o que será questionado à luz de outros princípios constitucionais, em detrimento de valores éticos que tenham por escopo a valorização da dignidade da pessoa humana.

A análise será realizada no âmbito do Direito Empresarial, notadamente em relação às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, nas quais, não havendo no contrato social previsão de falecimento do sócio e substituição de um sucessor para integrar a sua quota social.

Inicialmente, considerando a hipótese de falecimento de sócio consignada no art. 1.028 do Código Civil¹, as quotas de uma sociedade (uma parcela indivisível do capital) transferem-se imediatamente a seus herdeiros por força de sucessão. E, ainda, em face da previsão legal do atual art. 1.784 do Código Civil de 2002² e do então revogado art. 1.572 do Código Civil de 1916³.

A sintonia entre esse direito sucessório é verdadeira em se tratando de abertura da sucessão, mas, voltando os olhos para o direito societário, tem-se que considerar que os bens arrecadados formam uma universalidade e somente será desfeita com a partilha. Até esse momento, os herdeiros serão considerados donos de todo o patrimônio, sem exclusão⁴.

1 “Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I – se o contrato dispuser diferentemente;

II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.”

2 “Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

3 “Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.

Revogada pela Lei nº 10.406, de 10.1.2002 Código Civil

Art. 1.572. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

4 Art. 90 do CC: “Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias”.

A sociedade limitada poderá ser administrada pelos herdeiros do sócio falecido, se estes assim o quiserem, mesmo se tratando de uma faculdade, estará implícita a continuação da sociedade limitada.

Tem-se a possibilidade de que, com base no princípio da preservação da empresa e da presunção *hominis ou facti*, este último decorrente das regras de experiência comum, os futuros sócios herdeiros legítimos poderão participar da sociedade limitada, estabelecendo seu destino, em lugar do sócio falecido, podendo administrar a sociedade ao lado dos consócios remanescentes.

Considerando tal possibilidade, os herdeiros serão integrados como sócios, poderão prosseguir com os negócios e, em comum acordo, poderão partilhar suas quotas, evitando possíveis litígios e dissolução da sociedade, saindo da posição precária de meros administradores para tornarem-se sócios quotistas.

A tendência predominante dos tribunais, com base nos fatos esposados, é decidir pela continuidade da sociedade da forma mais ampla possível. Perceber esse ponto de partida é refletir sobre o desafio do herdeiro em administrar com a razão, prestando contas corretamente e mantendo uma unidade familiar.

Já o direito pessoal é relativo à condição de sócio, ou seja, o *status socii*, considerado um conjunto complexo de direitos e obrigações, podendo estas últimas ser de ordem econômica ou social.

1 DA TRANSFERÊNCIA INVOLUNTÁRIA DE QUOTAS

1.1 Do sócio quotista

O capital social da sociedade limitada é dividido em quotas e seus sócios considerados quotistas. Mas os chamados quotistas são titulares dessa fração de valores que divide todo o capital da sociedade, com responsabilidade à força do capital.

Em sua obra de Direito Processual Civil, condensada em um único volume, o processualista Daniel Assumpção trata de forma muito clara sobre a responsabilidade primária das dívidas da sociedade empresarial em relação aos bens do sócio:

A responsabilidade primária [...] é naturalmente da própria sociedade e somente de forma excepcional responderão seus sócios por tais dívidas com os seus próprios patrimônios. Tal aspecto é uma das consequências da personalidade jurídica própria da sociedade, que não se confunde com a de seus

sócios. [...] o sócio responde com o seu patrimônio pela satisfação da dívida da sociedade empresarial nos termos da lei, sendo possível encontrar em leis de diferentes naturezas essa responsabilidade secundária. (Neves, p. 866)

Assim, os bens deixados pelo *de cuius* em sua universalidade irão satisfazer as dívidas contraídas pela sociedade, enquanto estava na administração do sócio falecido; não comunicando, em regra geral, com o patrimônio particular dos seus sucessores.

1.2 DA CAPACIDADE DE SER SÓCIO

Quanto ao sócio menor de idade, não há impedimento para participar da sociedade, desde que assistidos por seus pais, tutor ou curador, ou seja, pelo seu representante legal.

Divergindo de alguns juristas, Rubens Requião levanta poeira de pontos importantes. Em primeiro lugar, porque o Código Comercial vedava que os menores pertencessem à sociedade comercial. Tanto que, no art. 308, era determinado que, se entre os herdeiros houvesse algum ou alguns menores, estes não poderiam ter parte nela, ainda que autorizados judicialmente, salvo sendo legitimamente emancipados. Se isso ocorre quando a sociedade dissolvida por morte de um dos sócios tiver de continuar com os herdeiros do falecido, com mais forte razão há de ocorrer o impedimento na constituição ou alteração do contrato social.

Ainda neste sentido, o menor não podia ser sócio-quotista por proibição legal. O fato de se admitir, na doutrina, que os menores sejam acionistas acontece porque, ao subscrever ação e integralizá-la *incontinenti*, o pai ou tutor desempenha simples ato de administração dos bens do menor. Adquire apenas coisa móvel, que é a ação. Pode, inclusive, doar-lhe a ação integralizada, no ato de constituição da sociedade, tornando-o acionista. Como titular da ação, desde que integralizada, nenhuma obrigação patrimonial o menor assume. Ora, isso não acontece com a quota (Requião, p. 570).

No nosso entendimento, Egberto Lacerda Teixeira apresenta o argumento decisivo contra a participação de menor, púbere ou impúbere, na sociedade por quotas. Escreve ele que há, todavia, uma circunstância que fala em desfavor do ingresso de menores nas sociedades por cotas, embora integralmente realizado o capital social. É que, na hipótese de os sócios, em maioria, votarem o aumento do capital social sem integralizá-lo imediatamente, o menor encontrar-se-ia em situação insegura, visto como ficaria, em caso de falência, responsável pela integralização das quotas não liberadas. Existindo sempre esse risco, eis que a lei brasileira, ao contrário da francesa e espanhola, por exemplo, não exige a realização imediata de todo

o capital social no ato da subscrição ou do aumento. É de rigor afastar os menores das sociedades por quotas, prescrevendo a anulabilidade de sua subscrição. Risco igual existiria na hipótese de o valor atribuído à contribuição *in natura* de alguns do sócio não corresponder à realidade e dessa circunstância resultar prejuízo para terceiros (Teixeira, p. 45).

O Supremo Tribunal Federal, mesmo diante de argumentos fundamentados, publicou decisão contrária, no sentido de permitir a integração do menor na sociedade limitada, desde que as cotas estejam integralizadas e que ainda não faça parte da gerência da sociedade.

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Participação de menores, com capital integralizado e sem poderes de gerência e administração como cotistas. Admissibilidade reconhecida, sem ofensa ao art. 1º do Código Comercial. (STF, Pleno, RE 82.433/SP, J. 26.05.1976, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJU 08.07.1976, p. 5.129, unânime)

Com base nessa decisão, o DNRC, à época, em Ofício-Circular nº 22, de novembro de 1976, determinou que as Juntas Comerciais aceitassem e definissem os contratos sociais nos quais figurassem menores impúberes, desde que suas cotas estivessem integralizadas e não constassem nos contratos sociais atribuições aos mesmos relativas à gerência e administrações (Requião, p. 570). Após, as Instruções Normativas nº 12, de 1986, e nº 29, de 1991, mantiveram a mesma orientação.

Sem uma regra específica sobre o tema, a Instrução Normativa nº 46/96 revogou a legislação e o Código Civil em vigor, sendo que este último também suprimiu boa parte do Código Comercial vigente, não regulando a matéria em seu Capítulo IV.

O art. 1.028 do Código Civil estabelece que, no caso de morte do sócio, a quota da sociedade será liquidada, salvo se o contrato dispuser diferentemente (art. 1.028, I, Código Civil).

[...] poderá continuar, assim, a sociedade, com sócios incapazes que nela ingressarão por comando judicial, contido na partilha de bens, naturalmente se não houve pedido de dissolução da sociedade por parte dos demais sócios. Quanto à constituição da sociedade limitada com a participação do incapaz ou o ingresso deste em sociedade já constituída, após a sanção do Código Civil, muitos autores a admitem, na esteira dos julgados e atos administrativos acima examinados e guardadas as cautelas também descritas. É de se lembrar, outrossim, que, nos termos do art. 1.085, a sociedade limitada não se resolve, no caso de incapacidade superveniente de sócio, ao contrário do que ocorre na sociedade simples (art. 1.030, CC). (Requião, 2011, p. 571)

1.3 FALECIMENTO DO SÓCIO

A sociedade limitada é constituída pela manifestação de vontades que unem esforços para consecução de um fim comum, com a perspectiva de obter lucro com o resultado: “A liberdade contratual é compreendida como um poder-dever. O direito faculta ao indivíduo o poder de contratar, mas impõe-lhe o dever de fazê-lo de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido” (Sampaio Júnior, p. 89).

O que sustenta essa seção é a hipótese prevista no art. 1.028 do Código Civil. Tem-se como base o princípio da preservação da empresa, garantindo aos sucessores do *de cuius* a apuração de haveres. De lado outro, existe a possibilidade dos próprios sócios, em vida, decidirem o destino da sociedade limitada, desde a sua constituição, estipulando causa específica em contrário ou possibilitando aos sócios remanescentes optarem pela sua dissolução. Ou mais, poderá ainda deixar a quota-parte da sociedade limitada como um legado, permitindo o ingresso do herdeiro como legatário, em lugar do falecido.

Com efeito, existe a possibilidade de influência deixada pelo sócio falecido e o sucessor encontrar dificuldade no exercício de suas atividades na sociedade, seja por desvio de poder ou pela absoluta falta de *affectio societatis* com os consócios remanescentes.

1.4 APURAÇÃO DE HAVERES

Nos pactos societários, concentram-se cláusulas, definidas pela manifestação de vontade dos sócios, destinados a prevenir divergências futuras, em que o contrato social na execução do seu objeto cumpre sua função social.

Por mais completa que seja sua redação, é praticamente impossível prever todas as consequências jurídicas que serão vividas pelos contraentes e fatos futuros que essa união poderá trazer. Poderá, entretanto, prever cláusulas destinadas às faltas cometidas pelos sócios ou, quando pela morte de um deles, houver previsão de qual herdeiro daria seguimento à sociedade limitada.

Seria o modelo ideal se toda a sociedade em funcionamento tivesse um planejamento sucessório. Destaca-se, para tanto, que o coração deste trabalho pulsa pelo silêncio do contrato social no que diz respeito à transferência involuntária de quotas.

Aplicar a previsão legal, excluindo-se o sucessor e liquidando-se a quota-parte deixada pelo falecido, possibilita aos sócios supérstites adquiri-

rem a quota da sociedade limitada. Questiona-se nesta seara é o valor desta quota, como será apurada, qual seria o marco inicial.

Não existe dúvida no tocante à validade do pacto, mas, ao aplicar no caso concreto, dúvidas são levantadas, porque essa convenção poderá ofender preceitos do direito sucessório ou tributário quando da morte do sócio seu quinhão social, ao ser transmitido ao sucessor.

O Professor Hernani Estrella traz essa lição de forma exemplificada: dar-se-ia isso principalmente na sociedade entre pai e filho, na qual, pelo decesso do primeiro e por efeito do pactuado no contrato, o último viesse a receber os contingentes do progenitor, juntamente com outros sócios, embora estranhos, com exclusão dos demais descendentes. Em uma hipótese dessas, a aplicação literal do convencionado no pacto societário pode parecer infringente, seja ao princípio da intangibilidade das legítimas, seja às regras da partilha (Estrella, p. 109).

Existem controvérsias sobre se o quinhão social apurado na forma estabelecida no contrato deve ou não sujeitar-se à nova avaliação. Tudo será apresentado no processo de inventário, geralmente ocorre nas primeiras declarações.

Cumprir destacar que, no procedimento do arrolamento ou inventário, o Magistrado dará vista ao Fisco, momento em que poderá alterar o valor apresentado nas primeiras declarações.

[...] a aplicação da cláusula fixadora dos haveres de sócio tem originado controvérsia, não se limita às tentativas de sua identificação a tais ou quais figuras nominadas do direito civil. Vai muito além; recorre-se, com frequência, a princípios mais gerais do direito ou se volta à categoria específica do próprio Direito Comercial. Nessa ordem de ideias, raro não é que, em dadas hipóteses, se acene para o conceito de sociedade leonina, para assim negar-lhe eficácia. Isto se verificaria, quando numa entidade assaz próspera, com apreciáveis reservas indiretas ou ocultas, com os bens patrimoniais supervalorizados, a convenção não os contemplasse, excluindo o sócio de qualquer participação. Por prefixada, no momento do contrato, a soma a pagar, o sócio despedido ou os herdeiros do falecido acabariam sendo privados daqueles benefícios eventuais, que, ao fim de contas, teria sido o escopo em função do qual se associaram um e outro e era, de resto, da essência mesma do contrato societário. Assim, mercê deste raciocínio, concluir-se-ia pela invalidade de convenção desse quilate. (Estrella, 2004, p. 112)

As considerações realizadas revelam que, no desligamento do sócio falecido e na sobrevivência da sociedade, faz-se mister apurar e liquidar seus haveres, a partir de levantamento técnico a ser promovido por perito

nomeado pelo juiz. O perito irá realizar um verdadeiro balanço de todo o patrimônio da sociedade, procedendo ao inventário dos bens integrantes do ativo da sociedade, a discriminação do passivo, avaliando o preço de mercado dos valores apurados, procedendo de igual modo aos bens intangíveis.

Ao Código Civil Brasileiro, no que tange à apuração de haveres, opera a disciplina da saída do sócio, nos casos de morte, com a sobrevivência da sociedade, adotando como base a liquidação da quota social em relação ao sucessor.

Inclui-se na sociedade limitada a situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificando-se em balanço especialmente levantado. Chega-se ao valor da quota, que será realizado tendo como base o montante efetivamente realizado e integralizado.

Não é incomum que as questões de liquidação de quotas redundem em desentendimentos referentes a valores, porque as formas previstas em contrato e na lei para se atribuir valores, em alguns casos específicos, não levam ao real valor da quota, ou porque não se considerou o estabelecimento empresarial em todas as suas características, fato que levaria a um acréscimo valorativo, ou porque há contingências em andamento que não foram verificadas pelo balanço patrimonial que podem levar à responsabilização da sociedade com graves reflexos na valoração das quotas. (Simão Filho, p. 191)

Em caso de dissolução parcial, considera-se a apuração de haveres do sócio retirante, levando em conta o real valor de sua participação na sociedade, assemelhando-se à dissolução total.

Se pudesse chegar a consenso, mas o tema é divergente, tendo em vista que, se não for estabelecido o valor com base em uma realidade empresarial da sociedade ou de forma consistente, tudo isso poderá ocorrer de forma injusta, em face do locupletamento à custa de outros, ficando a quota subavaliada.

Essa relação de interesses é o maior antagonismo no instituto da dissolução parcial em torno da apuração de haveres. Essa lição remete-se ao tema principal proposto neste trabalho, em que a morte é uma das causas que levam ao desligamento do sócio/sucessor. Como não ocorrerá a dissolução total da sociedade limitada, deverão ser apurados apenas os haveres do retirante.

Com o contrato social omissivo, sem que as partes tenham convencionado sobre a matéria, caberá ao juiz determinar por meio de procedimento adequado que a apuração de haveres ocorra, fixando no final do processo o valor da quota.

Ocorrendo esta causa dissolutória, com a saída do dissente, privilegiando a preservação da sociedade, não poderá acarretar resultado patrimonial pior do que se fosse promovida a dissolução total.

A apuração de haveres deverá ser efetivada buscando-se o valor real do patrimônio social para apurar o produto líquido, procedendo-se ao balanço de determinação (especial ou de liquidação), com ampla verificação física e contábil de todos os valores do ativo. Na morte do sócio, a situação é diferenciada e são analisadas as disposições contratuais.

Neste contexto, como se está tratando do contrato silente, a morte do sócio implicará a transferência automática de suas quotas aos sucessores, sem a dissolução imediata da sociedade.

Mas estranhos (os herdeiros) – completamente estranhos – à sociedade sobrevivem e aos sócios supérstites só podem pretender o quinhão em valor que lhes deixou o autor da herança (Estrela, p. 139). Destacando-se, entretanto, com pincel fluorescente verde, que, na falta de prévio ajuste, ou seja, na omissão do contrato social, será realizado levantamento patrimonial da sociedade, à data do óbito, podendo prevalecer as diretrizes que presidem a apuração dos haveres na dissolução parcial.

Os haveres devidos aos sucessores são apurados com base no último balanço aprovado pelo sócio falecido, deduzida a parte não integralizada. Entende-se que, com o falecimento do sócio, só haverá ampla apuração de haveres, com efeitos contábeis e patrimoniais semelhantes a uma dissolução parcial, se depois de admitido como sócio o sucessor desejar desligar-se da sociedade limitada.

1.5 RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO AO SUCESSOR

A resolução gerará exclusão dos dados do falecido. O contrato plurilateral realizado à época de constituição da sociedade, com arquivamento dos atos constitutivos no órgão registrário próprio, chegará à sua extinção por força de procedimentos dissolutórios, nos termos do art. 1.028 do Código Civil Brasileiro.

Desse modo, pode-se analisar como a hipótese de o sucessor não ter administrado a sociedade com razão e os atributos a ela inerentes ou, em sua faculdade de escolha em integrar aos negócios deixados pelo *de cuius*, ele fica inerte e não aceita o ônus de administrador até a divisão dos bens, preferindo liquidar sua quota-parte, resgatando o bônus dessa transação.

A transferência involuntária de quota independe do posicionamento da quota-parte deixado pelo falecido, se era majoritário ou não. Caberão ao

sucessor, conforme mencionado, a sua escolha e competência para continuar os negócios. A sociedade limitada deverá atingir seu fim social.

Ressalta-se que a exclusão poderá ocorrer de pleno direito se o sócio teve liquidada a sua quota por algum credor por força do processo de execução. Neste caso, mesmo que o sucessor deseje dar continuidade ao negócio jurídico, ficará engessado para prosseguir com sua intenção.

Hipóteses que levam à resolução da sociedade em relação ao sócio estão previstas no art. 1.058 c/c art. 1.004 do Código Civil⁵. Serão destacadas aqui somente as que merecem relevo neste tema.

A exclusão do sócio sucessor deverá ocorrer pela via judicial com alteração no contrato social, seja por falta grave no cumprimento de sua função, por incapacidade superveniente, mediante iniciativa da maioria dos consócios ou por recusa da sucessão.

A exclusão de pleno direito do sócio, que teve sua quota liquidada a pedido do credor, merece destaque:

a) Recair a execução sobre as importâncias que ao sócio couber nos lucros da sociedade. Neste caso, a penhora somente se fará sobre resultados positivos futuros, na proporção exata descrita no contrato, da concorrência deste aos lucros (lembrando que em razão do princípio da criação de quotas desiguais, nem sempre será o resultado correspondente ao volume de quotas detido, permanecendo o sócio com o seu *status socci*).

b) Recair a execução sobre os resultados provenientes da liquidação da quota. Aqui o sócio será excluído de pleno direito do quadro social por força da regra prevista no art. 1.030, parágrafo único, do Código Civil, restando à sociedade a obrigação de liquidar as quotas e efetuar o pagamento no Juízo da execução até noventa dias após a liquidação, salvo estipulação expressa em contrário existente no contrato, que faça previsão de prazo mais longo ou mais curto do que este, o qual deve se submeter o credor (art. 1.031, § 2º [...] c/c o art. 1.026, § 1º, do Código Civil). Observa-se que este pagamento ao Juízo da execução, na realidade, não deve significar a própria satisfação da execução, mas sim a possibilidade de efetivar a penhora sobre o valor

5 Art. 1.004 do CC: "Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.

Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031".

Art. 1.058 do CC: "Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas".

depositado pela sociedade para fins de possibilitar a oposição de embargos. (Simão Filho, 2004, p. 188)

O inadimplemento do falecido será transmitido ao sucessor no limite dos bens deixados pelo *de cuius* em sua universalidade. O procedimento da liquidação da quota ocorrerá com a redução proporcional ao pagamento efetivado, após a integralização do capital, reduzindo-se também as garantias de outros credores sociais, se houver.

Com efeito, na liquidação da quota social, observam-se primeiramente os procedimentos contratuais e legais, bem como o balanço patrimonial específico e seus atributos, quando houver o reembolso de participação societária ou até as contingências dedutoras das entradas, em relação à operação de mera restituição dos valores pagos.

Entende-se, para o estudo em tela, que a transferência involuntária das quotas aos herdeiros poderia seguir seu curso de forma serena, com a prévia estipulação no contrato social, com ulterior concordância dos demais sócios ao ingresso dos sucessores do quotista ou com o reembolso do valor relativo às quotas pertencentes ao sócio falecido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na verdade, o Direito Material, o Direito Processual e o posicionamento doutrinário, bem como as decisões dos tribunais referentes ao tema, serviram para elucidar as questões propostas neste artigo.

A perda de um sócio quotista sem a preparação de um sucessor, acumulado com a ausência de previsão no contrato social, é o que justificou o desafio deste artigo. Criou-se um liame entre Direito Econômico, Direito Civil, Direito Processual Civil, especificadamente o Direito Societário e o Direito Sucessório, no aquinhoamento realizado na sucessão hereditária, na qual a transferência involuntária de quotas muitas vezes decorre de imposição legal e acaba repercutindo na esfera dos direitos e interesses dos demais sócios e da própria sociedade.

A prática às vezes encontrada de, em lugar de liquidar a sociedade, buscar uma exegese conciliadora ao aparente conflito de interesses entre os princípios da legislação civil, possibilita a administração da sociedade limitada de forma harmônica e eficaz. Entretanto, nem sempre isso é possível.

É importante que se leve em consideração que, se houver a transferência involuntária de quotas em caso de falecimento do sócio, poderá ainda haver rejeição dos demais sócios remanescentes à integração do su-

cessor/administrador, tornando seu desempenho precário na administração da sociedade limitada.

Sem a pretensão falível de esgotar o assunto, discutiram-se as condições e limitações do sucessor, ao aceitar o múnus de administrar a quota-parte do sócio falecido.

O exercício da administração é precário porque é realizado por sucessores que ainda não são definidos como sócios, tendo eles participação específica e limitação de responsabilidade. O processo sucessório ocupa relevante espaço nas discussões jurídicas e, para alguns doutrinadores, seu principal escopo e ponto crítico é a perpetuação do negócio jurídico.

Deixa-se evidente que é uma faculdade a continuação da sociedade limitada com os sucessores, não assistindo aos sócios remanescentes a mesma possibilidade, que já não poderiam, diante da expressa previsão contratual ou de uma ordem judicial, impedir o ingresso do herdeiro.

Com o efeito da morte, o modelo ideal seria o planejamento sucessório como manifestação de vontade dos sócios, previsto no contrato social; seu silêncio levará o Magistrado a analisar o caso concreto como uma forma de preservar os interesses alheios aos seus.

Forma-se, então, uma análise com círculo virtuoso: ou o prosseguimento da sociedade sem a participação dos sucessores na administração ou a liquidação da quota dos herdeiros com a apuração de haveres ou o inventariante prossegue na sociedade na condição de sucessor do falecido, sem o pagamento de qualquer espécie, ou os herdeiros se negam a continuar na sociedade ou são, em última hipótese, recusados pelos demais sócios.

Com efeito, todos esses conflitos e interesses serão solucionados na via judicial, no direito à dissolução parcial com a liquidação da quota-parte do *de cujus*, na continuação do administrador/sucessor, com perpetuidade do negócio jurídico nas empresas familiares ou na administração do herdeiro/terceiro, em função da importância econômica e social da empresa. O administrador continuará sua gestão de forma precária até a partilha, mas poderá ter sucesso nessa sucessão, ferindo diretamente o *affectio societatis*, mas gerando frutos, novos empregos e fortalecendo a economia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.

ESTRELA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Método, volume único.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1. ed. rev. Atual. Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin.

7326

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial nº 846.331 – RS (2006/0096483-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Advogado: Daniele Maffini Catelan e outro(s)

Recorrido: MRC Corretora de Seguros Ltda.

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

COMERCIAL E PROCESSO CIVIL – SOCIEDADE – MORTE DE UM DOS SÓCIOS – ENCERRAMENTO IRREGULAR DA EMPRESA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – IMPOSSIBILIDADE

1. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 337 e 338 do Código Comercial, 10 do Decreto nº 3.708/1919, e 592, II, do CPC impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula nº 211/STJ.
2. A desconsideração da personalidade jurídica é medida de caráter excepcional que somente pode ser decretada após a análise, no caso concreto, da existência de vícios que configurem abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o que não se verifica na espécie.
3. O falecimento de um dos sócios, embora possa gerar o encerramento das atividades da empresa, em função da unipessoalidade da sociedade limitada, não necessariamente importará em sua dissolução total, seja porque a participação na sociedade é atribuída, por sucessão *causa mortis*, a um herdeiro ou legatário, seja porque a jurisprudência tem admitido que o sócio remanescente explore a atividade econômica individualmente, de forma temporária, até que se aperfeiçoe a sucessão.

4. Para a configuração do dissídio jurisprudencial, faz-se necessária a indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e o paradigma, nos termos do parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil e dos parágrafos do art. 255 do Regimento Interno do STJ.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de março de 2010 (data do Julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão
Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator):

1. Cuida-se, na origem, de ação de cobrança ajuizada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em face de MRC Corretora de Seguros Ltda. Afirma o autor que, em 7 de março de 1996, as partes celebraram contrato, cujo objeto era a prestação de serviços de coleta, tratamento e entrega de correspondência na área de distribuição domiciliária de Porto Alegre. Alega que, embora tenha prestado regularmente os serviços contratados, a ré deixou de efetuar os pagamentos, motivo pelo qual requer a cobrança do débito, no valor total de R\$ 470,09 (quatrocentos e setenta reais e nove centavos), atualizado a partir da data prevista para o pagamento de cada fatura até a efetiva quitação, acrescido de multa de 10% e juros de 0,033% ao dia e demais cominações legais.

A sócia Terezinha Norma Mentz foi inicialmente incluída no polo passivo da demanda (fl. 25), mas logo depois requereu o autor a desconsideração da personalidade jurídica da firma executada, sob o fundamento

de que ocorreu o seu encerramento irregular, tendo em vista não constar na Junta Comercial do Estado qualquer informação sobre o término das atividades da ré (fls. 21/23).

O juízo de primeira instância indeferiu o pedido e excluiu a sócia da demanda, afirmando que com o falecimento do sócio gerente, Oscar Mentz Neto, a sociedade foi extinta de pleno direito, face à inexistência de pluralidade de sócios (fls. 45/47).

O autor interpôs agravo de instrumento (fls. 3/9).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao recurso, restando o acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PERSONALIDADE JURÍDICA – DESCONSIDERAÇÃO

A desconsideração da personalidade jurídica reveste-se de caráter de medida excepcional, apenas adotada para garantir a eficácia do processo executivo nos casos de fraude à lei ou contra terceiro, e apenas quando inequivocamente demonstrada a inexistência de bens da empresa suficientes à garantia da execução. (fls. 60/63)

Inconformado, o autor interpôs recurso especial, fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando, em síntese:

- a) violação aos arts. 337 e 338 do Código Comercial, 10 do Decreto nº 3.708/1919, e 592, II, do CPC, vez que subsiste a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da empresa, quando o distrato da sociedade, judicial ou voluntário, deixar de ser registrado na Junta Comercial; b) existência de dissídio jurisprudencial.

Admitido o recurso especial pelo Tribunal de origem (fl. 146), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

EMENTA

COMERCIAL E PROCESSO CIVIL – SOCIEDADE – MORTE DE UM DOS SÓCIOS – ENCERRAMENTO IRREGULAR DA EMPRESA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – IMPOSSIBILIDADE

1. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 337 e 338 do Código Comercial, 10 do Decreto nº 3.708/1919, e 592, II, do CPC

impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula nº 211/STJ.

2. A descon sideração da personalidade jurídica é medida de caráter excepcional que somente pode ser decretada após a análise, no caso concreto, da existência de vícios que configurem abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o que não se verifica na espécie.

3. O falecimento de um dos sócios, embora possa gerar o encerramento das atividades da empresa, em função da unipessoalidade da sociedade limitada, não necessariamente importará em sua dissolução total, seja porque a participação na sociedade é atribuída, por sucessão *causa mortis*, a um herdeiro ou legatário, seja porque a jurisprudência tem admitido que o sócio remanescente explore a atividade econômica individualmente, de forma temporária, até que se aperfeiçoe a sucessão.

4. Para a configuração do dissídio jurisprudencial, faz-se necessária a indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e o paradigma, nos termos do parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil e dos parágrafos do art. 255 do Regimento Interno do STJ.

5. Recurso especial não conhecido.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator):

2. A questão controvertida reside em saber se, em uma ação de cobrança movida contra uma sociedade limitada, ocorrendo a morte de um dos dois sócios, a firma é automaticamente extinta, ficando autorizada a superação da personalidade jurídica da pessoa moral, de modo a se atingir os bens pessoais da sócia remanescente.

3. Observa-se, primeiramente, que os arts. 337 e 338 do Código Comercial, 10 do Decreto nº 3.708/1919, e 592, II, do CPC não foram objeto de debate no acórdão recorrido. Desatendido, portanto, o requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula nº 211/STJ.

Para que se configure o prequestionamento, é necessário que o Tribunal *a quo* se pronuncie especificamente sobre a matéria articulada pelo recorrente, emitindo juízo de valor em relação aos dispositivos

legais indicados e examinando a sua aplicação ou não ao caso concreto (AgRg-Ag 998.033/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., Julgado em 07.08.2008, DJe 25.08.2008; AgRg-Ag 985.902/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., Julgado em 06.05.2008, DJe 26.05.2008; EDcl-Ag 894.040/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª T., Julgado em 20.11.2007, DJ 03.12.2007, p. 322).

Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que, repita-se, não ocorreu no presente caso.

4. Ainda que assim não fosse, cabe ressaltar que o alegado encerramento das atividades da empresa em virtude da morte de um dos sócios não justifica, por si só, a desconsideração da personalidade jurídica.

4.1 Convém assinalar, para logo, que a *Disregard* é medida de caráter excepcional, tendo em vista a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios frente às obrigações da sociedade, acolhida como regra em nosso ordenamento jurídico para a constituição da sociedade limitada.

Nesse passo, a jurisprudência pátria, embora dispense ação autônoma para se “levantar o véu” da pessoa jurídica, somente permite tal providência em casos de abuso de direito – cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/2002, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (por todos, Fábio Konder Comparato, RT, 1976: 292).

Adota-se, assim, a “teoria maior” da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a ocorrência objetiva dos referidos requisitos para sua configuração, afastando-se a “teoria menor”, segundo a qual bastaria a insuficiência de bens da sociedade para que os sócios fossem chamados a responder pessoalmente pelo passivo da pessoa jurídica.

De outra parte, a desconsideração da pessoa moral opera-se de forma episódica, não havendo, verdadeiramente, um desfazimento da personalidade jurídica.

Logo, somente após a análise dos vícios do caso concreto, o juiz pode desconsiderar a pessoa jurídica e atingir a pessoa natural dos sócios.

Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar do tema, explica:

“A teoria da desconsideração nem sempre tem sido corretamente aplicada pelos juízes (e mesmo alguns tribunais) brasileiros. Essa aplicação incorreta reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. Nela, adota-se o pressuposto de que o

simples desatendimento de crédito titularizado perante uma sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta, seria suficiente para a imputação de responsabilidade aos sócios ou acionistas. De acordo com esta distorção, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A aplicação apressada da teoria não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma.” (*Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48)

4.2 No caso ora em análise, é incontroverso que o capital social foi integralizado e que as atividades da sociedade foram encerradas, em função da morte do sócio-gerente, em 05 de agosto de 2000. Contudo, não houve a regular “baixa” do registro na junta comercial.

Tal circunstância, porém, não implica, por si só, em fraude ou abuso de direito e, tampouco, desvio de finalidade ou confusão patrimonial que justificasse a desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

Cabe à credora, portanto, buscar, a fim de garantir o seu crédito, os bens da própria empresa, ressaltando-se que a inexistência de patrimônio, sem comprovação de que o esvaziamento da sociedade se deu por ação fraudulenta dos sócios, não justifica, por si só, a desconsideração da personalidade jurídica.

4.3 Cumpre destacar, ainda, que o falecimento de um dos sócios, embora possa gerar o encerramento das atividades da empresa, em função da unipessoalidade da sociedade limitada, não necessariamente importará em sua dissolução total, seja porque a participação na sociedade é atribuída, por sucessão *causa mortis*, a um herdeiro ou legatário, seja porque a jurisprudência tem admitido que o sócio remanescente explore a atividade econômica individualmente, de forma temporária, até que se aperfeiçoe a sucessão.

Fábio Ulhoa Coelho destaca que:

A jurisprudência evoluiu para admitir, na hipótese de dissolução parcial da limitada de apenas dois sócios, a aplicação analógica da Lei das Sociedades por Ações (art. 206, I, *d*). A sociedade limitada de dois sócios podia, por esse entendimento, ser dissolvida parcialmente, e continuar existindo com um sócio apenas, pelo prazo de um ano. Vencido esse prazo e não restabelecida a pluralidade, opera-se, então, a dissolução total. Esse entendimento, comparado com o anterior, não acarreta as repercussões de custos acima apontadas e apresenta também a vantagem de preservar a limitação da responsabilidade do empreendedor. (*Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 464)

Confira, também, o seguinte julgado:

LOCAÇÃO COMERCIAL – FALECIMENTO DOS SÓCIOS DA LOCATÁRIA – SUCESSÃO *MORTIS CAUSA* – AÇÃO RENOVATÓRIA – LEGITIMIDADE ATIVA – DECLARAÇÃO DE ACEITAÇÃO DA FIANÇA – JUNTADA POSTERIOR A PROPOSITURA DA AÇÃO – JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

1. O falecimento dos sócios da locatária não implica na extinção da sociedade, que, inclusive, pode adquirir as próprias quotas, temporariamente, até que se aperfeiçoe a sucessão *mortis causa*.

2. A declaração de aceitação da fiança pode ser apresentada após a propositura da ação, desde que o magistrado tenha estabelecido prazo para essa finalidade.

3. Não ocorre julgamento *extra petita* quando o magistrado deixa de acolher o pedido da locatária, que oferece locativo inferior ao que vem sendo pago pelo sistema de percentual sobre o faturamento, para manter o sistema anterior.

4. Recurso improvido.

(REsp 66812/DF, Rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª T., Julgado em 19.05.1998, DJ 22.06.1998, p. 183)

5. No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que os acórdãos paradigmas não possuem os mesmos pressupostos fáticos do julgado recorrido. Na hipótese ora em análise, o encerramento das atividades da sociedade limitada se deu eu face da morte de sócio administrador, ao passo que nos casos paradigmas indicados houve distrato entre os sócios e encerramento irregular visando ao não pagamento dos credores.

Portanto, o recorrente não realizou corretamente o necessário cotejo analítico das decisões, com indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e o paradigma, nos termos do parágrafo único, do art. 541, do Código de Processo Civil e dos parágrafos do art. 255 do Regimento Interno do STJ. Nesse sentido os seguintes precedentes dessa Corte: EDcl-EDcl-AgRg-Ag 922.650/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., Julgado em 18.11.2008, DJe 01.12.2008; REsp 972.849/RN, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., Julgado em 28.10.2008, DJe 10.11.2008.

6. Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2006/0096483-0 REsp 846331/RS

Números Origem: 200171000121160 200504010396923

Pauta: 23.03.2010 Julgado: 23.03.2010
Relator: Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão
Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves
Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Antônio Carlos
Fonseca da Silva
Secretária: Bel^a Teresa Helena da Rocha Basevi

AUTUAÇÃO

Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
Advogado: Daniele Maffini Catelan e outro(s)
Recorrido: MRC Corretora de Seguros Ltda.
Advogado: Sem representação nos autos
Assunto: Direito civil – Empresas – Sociedade – Desconsideração da per-
sonalidade jurídica

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epí-
grafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos
do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador
convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João
Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de março de 2010.

Teresa Helena da Rocha Basevi
Secretária

7327 – Sucessão empresarial – crédito não tributário – ocorrência

“Processual civil e civil. Agravo de instrumento. Sucessão empresarial. Ocorrência. Crédito não tributário. Redirecionamento da execução. Possibilidade. Aplicabilidade do art. 50 do Código Civil. Confusão patrimonial evidenciada. Pelo provimento do agravo. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o pedido de redirecionamento da execução para a nova pessoa jurídica sucessora da executada. 2. Na hipótese, embora o ora agravante não seja, originalmente, sujeito passivo do crédito não tributário, os fortes indícios de sucessão patrimonial entre a empresa originariamente executada e sua sucessora justificam, com base no art. 50 do Código Civil, a extensão da medida à empresa sucessora, a qual teria sido criada, na verdade, para dar continuidade à mesma atividade, atuando, inclusive, no mesmo endereço. 3. De fato, nos termos do referido dispositivo, ‘em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir [...] que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica’. Assim, configurada a sucessão empresarial, com desvio de finalidade e confusão patrimonial, a responsabilidade pode ser estendida, da empresa originariamente devedora, para a ora sucessora, que as teria sucedido fraudulentamente. 4. Agravo de instrumento provido.” (TRF 5ª R. – AGTR 0003832-11.2013.4.05.0000 – (131912/RN) – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti – DJe 04.07.2013)

7328 – Sucessão empresarial – execução – não configuração

“Sucessão empresarial na execução. Não configuração. É curial para a caracterização da sucessão na execução a prática de negócio jurídico por meio do qual o sucedido transfere a propriedade do patrimônio ao sucessor, o que não ocorreu na hipótese, visto que o negócio jurídico celebrado limitou-se à simples locação da unidade produtiva, a qual não tem o condão de configurar a sucessão patrimonial.” (TRT 23ª R. – Ap 00866.2007.081.23.00-4 – 1ª T. – Rel. Des. Osmair Couto – J. 24.04.2014)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de recurso de agravo de petição das agravadas contra a decisão de origem proferida pelo Juiz do Trabalho Plínio Gevezier Podolan, titular da Vara de Juara/MT, que declarou a sucessão empresarial entre A. R. Silva Frigorífico – ME, Frigorífico Frigorella e Pantanal Indústria e Comércio de Carnes Ltda.

O juízo desconsiderou a personalidade jurídica redirecionando a execução contra a sócia Fátima Maria Martins Queiroz e declarou a fraude à execução em desfavor da credora – União.

Nos termos do art. 591 do CPC, “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”, eventual alienação em massa desse acervo de “bens presentes” atrairá a respectiva persecução em mãos de quem quer que estejam, convertendo o adquirente em sucessor na dívida judicial pela qual o acervo transferido respondia.

Vale trazer trecho do voto do relator:

“Colho da lição de Humberto Theodoro Júnior:

‘A obrigação, como dívida, é objeto do direito material. A responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual. (*Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2002. p. 95)

E, mais:

No direito processual, vai-se mais longe e admite-se até a responsabilidade patrimonial de quem não é nem devedor nem responsável convencionalmente pelo cumprimento da obrigação. Há casos, assim, em que apenas o patrimônio ou determinados bens de uma pessoa ficam sujeitos à execução, sem que o respectivo dono sequer seja parte no processo. Para o direito formal, por conseguinte, a responsabilidade patrimonial consiste apenas na possibilidade de algum ou todos os bens de uma pessoa serem submetidos à expropriação executiva, pouco importando seja ela devedora, garante, ou estranha ao negócio jurídico substancial. (Id., *ibid.* p. 95). Ocorre que, na hipótese, não houve a transferência da propriedade do patrimônio da executada ao sucessor, cabendo consignar que a simples locação de unidade produtiva não configura sucessão patrimonial, visto não se tratar de alienação da mesma.”

O nobre relator entendeu que não restou demonstrada nos autos a transferência de propriedade hábil a caracterizar o fenômeno sucessório na execução, razão pela qual, afastou a sucessão declarada, excluindo da polaridade passiva desta execução Pantanal Indústria e Comércio de Carnes Ltda. e sua sócia Fátima Maria Martins Queiroz.

7329 – Sucessão empresarial – sociedade – redirecionamento – possibilidade

“Tributário. Agravo de instrumento. Sucessão empresarial. Configuração. Art. 133 do CTN. Atividade da agravada no mesmo ramo de atuação e no mesmo local físico da empresa executada. Redirecionamento do feito. Possibilidade. Pelo provimento do agravo. 1. Agravo de instrumento interposto em face de decisão que acolheu a exceção de pré-executividade, para determinar que a empresa Socel Sociedade Oeste Ltda. fosse excluída do polo passivo da lide. 2. *In casu*, embora a empresa Socel Sociedade Oeste Ltda. não seja, originalmente, sujeito passivo do crédito não tributário, os fortes indícios de sucessão patrimonial entre a empresa originariamente executada e sua sucessora justificam, com base no art. 50 do Código Civil, a extensão da medida à empresa sucessora, a qual teria sido criada, na verdade, para dar continuidade a mesma atividade, atuando, inclusive, no mesmo endereço, conforme demonstrado pelas informações colhidas pelo oficial de justiça. 3. Evidenciou-se que ‘os comprovantes de inscrição da Pessoa Jurídica Socel Sociedade Oeste Ltda. de fls. 21 e 22 confirmam que a empresa tem como atividade econômica principal’ o refino e outros tratamentos de sal, ou seja, no mesmo ramo de atuação da empresa executada, bem como houve a comprovação, por parte da oficiala de justiça (fl. 20), de que a referida sociedade limitada encontra-se em atividade no mesmo local físico do estabelecimento empresarial da executada, o que caracteriza a situação constante no art. 133 do Código Tributário Nacional. 4. Assim, configurada a sucessão empresarial, com desvio de finalidade e confusão patrimonial, a responsabilidade pode ser estendida, da empresa originariamente devedora, para a sucessora, ora agravada. 5. Agravo de instrumento provido.” (TRF 5ª R. – AGTR 0040727-68.2013.4.05.0000 – (134807/RN) – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti – DJe 21.11.2013)

7330 – Sucessão patrimonial – demonstração inequívoca – satisfação do crédito – fraude – reconhecimento

“Execução. Tentativas infrutíferas de localização de bens aptos à satisfação do crédito exequendo. Pretensão ao reconhecimento de fraude, perpetrada em razão de sucessão empre-

sarial, e inclusão da sucessora no polo passivo da demanda. Existência de outra empresa, sediada no mesmo endereço da executada agravada, que possui o mesmo objeto social. Sócios distintos, porém, com comprovada relação de filiação. Ausência de prova apta à demonstração inequívoca da sucessão patrimonial alegadamente havida. Decisão mantida. Recurso improvido.” (TJSP – AI 0023372-27.2013.8.26.0000 – Jau – 24ª CDPriv. – Rel. Sérgio Rui – DJe 22.03.2013)

7331 – Sucessão patrimonial – despersonalização jurídica – responsabilidade direta dos sócios – configuração

“Agravo de petição. Sucessão patrimonial. Execução fiscal. Despersonalização jurídica da executada. Responsabilização direta dos sócios. Arts. 4º, V e § 2º, da Lei nº 6.830/1980, 50 e 1.080 do CC/2002. Há muito tempo, juridicamente, ampliou-se as hipóteses de responsabilização dos sócios das sociedades por cotas de responsabilidade limitada por além daquelas previstas na Lei reguladora da figura jurídica. Sob o pálio legislativo, os tribunais pátrios têm compreendido que o sócio responde pelas dívidas fiscais da sociedade, caso esta não tenha bens para garantir a execução judicial, máxime quando identificadas ações do devedor tentadas a fraudar a execução. Trata-se de aplicação do princípio da despersonalização da pessoa jurídica.” (TRT 23ª R. – Ap 0086600-67.2007.5.23.0081 – 1ª T. – Rel. Des. Osmair Couto – DJe 06.05.2014)

7332 – Sucessão patrimonial – responsabilidade solidária – reconhecimento – possibilidade

“Agravo de petição. Sucessão patrimonial. Diversamente do que ocorre na fase de conhecimento, na qual são aplicáveis as disposições contidas nos arts. 10 e 448 da CLT, o instituto da sucessão na execução está calcada pura e simplesmente na responsabilidade patrimonial que se transmite ao adquirente dos bens do executado. Com efeito, se, nos termos do art. 591 do CPC, ‘O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei’, eventual alienação em massa desse acervo de ‘bens presentes’ atrairá a respectiva persecução em mãos de quem quer que estejam, convertendo o adquirente em sucessor na dívida judicial pela qual o acervo transferido respondia. Assim, é curial para a caracterização da sucessão na execução a prática de negócio jurídico por meio do qual o sucedido transfere a propriedade do patrimônio ao sucessor. Na hipótese, restou provada a sucessão patrimonial, porquanto a ora agravante (JBS S.A.) adquiriu imóvel em que as outras reclamadas desenvolviam suas atividades, estando em pleno funcionamento atualmente, explorando a mesma atividade econômica das demais executadas, razão pela qual mantém-se a sentença que reconheceu a responsabilidade solidária da empresa JBS S.A.” (TRT 23ª R. – Ap 0020000-59.2010.5.23.0081 – 1ª T. – Rel. Des. Roberto Benatar – DJe 13.03.2014)

7333 – Sucessão patrimonial – sociedade – municipalidade – doação – negócio jurídico – observação

“Apelações cíveis. Embargos de terceiro. Ação de execução. Sentença de improcedência. Doação modal. Promessa de doação. Imóvel público desafetado por lei municipal. Polo de estímulo ao desenvolvimento do município. Donatária que cumpriu as condições estipuladas. Direito conquistado à doação. Sucessão patrimonial da sociedade pelos sócios. Cessão de direitos aos embargantes, com indicação à doação cumprida pela municipalidade. Participação de funcionária do Poder Judiciário no negócio. Atuação funcional na unidade judiciária

onde em curso a execução contra os cedentes. Dever de cuidado no negócio jurídico que não inspira ignorância e boa-fé. Reconhecimento da fraude em execução mantido. Vícios que precedem a doação. Embargantes. Recurso não provido. Provido o recurso do embargado em parte para majorar a verba honorária.” (TJSP – Ap 0319473-50.2010.8.26.0000 – Macatuba – 34ª CDPriv. – Rel. Hélio Nogueira – DJe 13.01.2014)

A Nova Pensão por Morte

WLADIMIR NOVAES MARTINEZ

Advogado Especialista em Direito Previdenciário.

SUMÁRIO: 1 Introdução do tema; 2 Inscrição no INSS; 3 Clientela protegida; 4 Carência previdenciária; 5 Carência da união; 6 Exceções à carência; 7 Pretensão do homicida; 8 Valor do benefício; 9 Acréscimo do auxílio-acidente; 10 Concorrência de famílias; 11 Acréscimo de cota; 12 Órfão adotado de fato; 13 Cessação de cota; 14 Acumulação de pensões; 15 Demora na concessão; 16 Rateio dos percentuais; 17 Duração das mensalidades; 18 Morte presumida; 19 Prescrição das mensalidades; 20 Previdência complementar.

1 INTRODUÇÃO DO TEMA

A Medida Provisória nº 664/2014 trouxe novidades significativas em relação à pensão por morte definida nos arts. 74/79 da Lei nº 8.213/1991 (PBPS).

Abrange também o servidor público federal da Lei nº 8.112/1990 (Estatuto do Servidor Público Civil da União).

Não foram incluídos os servidores estaduais e municipais nem os distritais, exceto se filiados obrigatoriamente ao RGPS.

Atingem os cônjuges e conviventes do segurado falecido, sem afetar os filhos dependentes ou pais ou os irmãos. Por cônjuges e conviventes se entendem o marido e a mulher (casados), o companheiro e a companheira (unidos).

Interessam estudar a pensão por morte dos trabalhadores da iniciativa privada. A norma, submetida ao Congresso Nacional (falam em 600 emendas), quando poderá ser alterada, não mencionou expressamente a união homoafetiva, pressupondo-se que a ela se aplicará.

De igual modo se referiu especialmente ao auxílio-reclusão (agora, com um período de carência reintroduzido).

Esse novo modelo afetará os costumes sociais dos brasileiros. Na maioria dos casos, diminuirá a renda mensal de dependentes jovens sem filhos que não contraírem novas uniões ou sem outros meios de subsistência e, por conseguinte, terão de baixar o seu padrão de vida.

Lamentavelmente, a proposta em andamento não levou em conta o nível de escolaridade ou aptidão profissional das pessoas nem a renda dos envolvidos. Não parece correto ter disciplinado a situação dos pensionistas cujo segurado ganhava R\$ 788,00, do mesmo modo como em relação aquele que percebia R\$ 78.800,00 ou mais.

A prestação sofreu modificações significativas em sua estrutura básica, alterando o tradicional modelo com uma carência e uma duração prévia da união de alguns dependentes preferenciais, valor da renda mensal inicial, direito do filho órfão de pai e mãe, não reversão de cotas, manutenção das mensalidades e uma pensão vitalícia para o dependente declarado inválido, além de outras pequenas alterações.

Em razão disso, comentamos a referida norma como atualmente divulgada, pressupondo sua tramitação no Congresso Nacional (quando poderão sobrevir alterações).

2 INSCRIÇÃO NO INSS

Até ser revogado pelo art. 6º, II, a, da MP, o § 2º do art. 17 do PBPS dizia:

O cancelamento da inscrição do cônjuge se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado.

A Lei nº 10.403/2002 determinava: “Incumbe ao dependente promover a sua inscrição quando do requerimento de benefício a que estiver habilitado”.

3 CLIENTELA PROTEGIDA

Os dispositivos da medida provisória referem-se a vários envolvidos com o segurado, implicando a necessidade de esclarecimentos. Enfatizadamente: cônjuges e conviventes sem filhos.

Algumas conclusões podem ser firmadas:

- a) Direito dos filhos – Prevalece a regra anterior da proteção dos filhos menores de 21 anos ou inválidos.

Com exceção da carência da pensão por morte, que os obrigam, eles não são atingidos por ocasião do benefício propriamente dito, bem como na figura da prorrogação (PBPS, art. 77, § 7º).

- b) Expectativa de vida – A tabela da expectativa de vida valerá apenas para os cônjuges e companheiros.
Esgotados os prazos de duração da pensão por morte previstos no art. 77, § 5º, se existirem filhos com direito ao benefício, serão mantidas as mensalidades o até que o último filho menor de 21 anos complete a maioridade.
- c) Prorrogação por invalidez – Virtualmente falando, o cônjuge ou convivente supérstite fará jus a $50\% + 10\% = 60\%$ enquanto se mantiver incapacitado, preservado o direito dos seus filhos até atingirem a maioridade previdenciária.
Se forem 4 filhos, a titular do benefício receberá 100%.
- d) Período de carência – O período de carência de 24 contribuições mensais (e sua exceção) é exigência válida para todos os dependentes preferenciais e não preferenciais.
- e) Carência da união – A exigência de uma união prévia há 24 meses vale somente para os cônjuges ou conviventes. Se não existir, o benefício será deferido aos filhos.
- f) Não preferenciais – De modo geral, o direito dos pais e dos irmãos não sofreram modificações.
- h) Titularidade da prestação – Embora esteja recebendo apenas a cota dos filhos, o titular formal do benefício será o cônjuge ou companheiro supérstite.
- i) Valor mínimo – Nenhuma prestação em que haja um dependente com direito será menor do que 60% da aposentadoria do segurado nem inferior a R\$ 788,00 em 2015.
- j) Divisão – Mantêm-se as regras da divisão da pensão quando existirem duas famílias concorrendo com direito.

4 CARÊNCIA PREVIDENCIÁRIA

Com exceção do sinistro acidentário, lembrando o antigo período de carência de 12 contribuições eliminado do RGPS em 1991, agora sobrevém um número mínimo de 24 contribuições mensais, exceto se o segurado falecido estava fruindo o auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez (redação do art. 25, IV, do PBPS), disposição que entrou em vigor em 01.03.2015.

Serão 24 contribuições, não necessariamente consecutivas, desde que nos intervalos sem contribuição o segurado não tenha perdido a qualidade de segurado; contribuições devidas, na necessariamente vertidas.

Para quem falecer a partir dessa data e nos próximos dois anos, até 28.02.2017, será preciso considerar as contribuições anteriores a 01.03.2015.

Como sucedeu no passado, não há previsão de restituição de contribuições vertidas pelo segurado que morreu sem outorgar a pensão por morte.

Para o segurado que detinha uma pretensão e não a exercitou a tempo costumeiro, protegido pelo direito adquirido, essa regra não se aplicará.

Imagine-se homem que completou 35 anos de contribuição sem requerer aposentadoria, afastou-se da Previdência Social e 38 meses depois (arredando, portanto, a aplicação do disposto no art. 15 do PBPS) faleceu, deixando dependentes: ele outorgará pensão por morte para eles.

De igual modo, sem direito ou direito adquirido, *a fortiori*, quem estava no gozo do período de manutenção da qualidade de segurado faz jus à prestação.

5 CARÊNCIA DA UNIÃO

Reza o § 2º do art. 74:

O cônjuge, companheiro ou a companheira não terá direito ao benefício da pensão por morte se o casamento ou a início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da data do óbito do instituidor do benefício, salvo nos casos em que:

[...].

Pela primeira vez na história é estabelecido um período de carência da união dos cônjuges ou conviventes. O óbito terá de ocorrer depois de decorridos 24 meses da cerimônia civil do casamento ou do início da união estável, formal ou fática.

Inocorrente esse cenário, não haverá restituição das contribuições vertidas pelo *de cuius*, como sucedeu em um passado remoto.

A prova da união estável, sempre onerosa e com ênfase para demonstrar o seu começo, assume grande importância. De regra, é consabido que

esse tipo de união entre homem e mulher, de regra, se caracteriza pela informalidade. Mais ainda se for uma união homoafetiva.

Quando o dispositivo fala em início da união, pressupõe o comum dos casos: a constância marital dessa relação. Presente pensão alimentícia, o período de pagamento desse direito civil deve ser adicionado ao período da união antes da separação para fins de apuração dos 24 meses.

Marido e mulher que viverem juntos por 18 meses e separados, com pensão alimentícia, por 6 meses, preenchem o total de 24 meses exigidos pela medida provisória.

6 EXCEÇÕES À CARÊNCIA

Dizem os incisos I e II do referido § 2º:

I – o óbito do segurado seja decorrente de acidente posterior ao casamento ou do início da união estável; ou

II – o cônjuge, o companheiro ou a companheira for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garante subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, por doença ou acidente ocorrido após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito.

Em duas hipóteses a exigência da carência não se aplica. Se o óbito resultou de acidente, como ocorria antes da medida provisória. Este último termo legal “acidente” dará margem a alguma dúvida porque não explicitou se é efetivamente o acidente do trabalho, como o fez na nova redação do art. 26, II.

Aparentemente, será qualquer infortúnio. A história protetiva do direito previdenciário sempre alçou os sinistros imprevisíveis como tutelados em especial.

Em uma segunda hipótese, a dispensa da carência se dá por motivos subjetivos do dependente. Em sendo “considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, por doença ou acidente ocorrido após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito”, então fará jus à pensão por morte.

Note-se que também é a primeira vez que será deferido um benefício decorrente de inaptidão; até então, o cônjuge, conviventes e filhos

obtinham o benefício mesmo aptos para o trabalho, raciocínios que valem apenas para dependentes sem filhos.

7 PRETENSÃO DO HOMICIDA

Pondo fim à polêmica doutrinária, fica claro que o homicida que tenha sido condenado por crime doloso de que tenha resultado a morte do segurado não fará jus à pensão por morte (nova redação do art. 74, § 1º).

O tema não era tratado com profundidade no PBPS.

Os demais dependentes têm direito. Manter-se-á o benefício caso o acusado seja declarado inocente; a pensão provisória se tornará definitiva, respeitada a tabela da expectativa de vida.

Saliente-se que foram excluídas a condenação por crime culposos, bastante comum nos acidentes de trânsito, e também a tentativa de homicídio.

Quer dizer, o INSS deferirá um benefício provisório até transitar em julgado a condenação penal. Tendo em vista a natureza alimentar das prestações, ainda que custodiada pelo Estado, possivelmente o pensionista condenado não terá de devolver as mensalidades que recebeu.

Não importa a causa motivadora do homicídio, se visava ou não ao benefício. Doutrinariamente falando, ter-se-á uma contribuição à tese, agora superada, de que o conjugida fazia jus ao benefício.

8 VALOR DO BENEFÍCIO

Depois de duas décadas, retornamos à CLPS. Subsistirá uma parcela básica, designável de familiar (inclui o cônjuge, o companheiro e a companheira e os filhos), de 50% de uma aposentadoria mantida ou hipotética, e uma parcela designável como cota individual, de 10%, para dependente, entre os quais o filho menor de 21 anos ou inválido, até um máximo de 100%.

Destarte, uma viúva ou viúvo, companheira ou companheiro, sem filhos, receberá $50\% + 10\% = 60\%$, sem importar que venha a procriar 10 meses depois do óbito do segurado.

9 ACRÉSCIMO DO AUXÍLIO-ACIDENTE

Não se considera o acréscimo de 50% do auxílio-acidente (AgRg no Recurso Especial nº 1.308.322/SP, Proc. nº 2012.0016697-2).

10 CONCORRÊNCIA DE FAMÍLIAS

Quando da concorrência de duas famílias (por exemplo: “E”, da ex-esposa, e “C”, da ex-companheira), a divisão dos percentuais será feita por famílias e cotas individuais dos dependentes.

Caso a família “E” seja constituída da ex-esposa e um filho, ela receberá 25% (metade da cota familiar) + 10% + 10% = 45%.

Se a família “C” for constituída de ex-companheira e três filhos, receberá 25% + 10% + 10% + 10% = 55%. Total: 100%.

11 ACRÉSCIMO DE COTA

A redação do novo art. 77, § 1º, é um tanto confusa. Não é clara, aparenta dizer que, enquanto existir um pensionista, os 50% serão garantidos (a ele somados os 10% individuais, o que é correto) e que a cota do pensionista que perder essa condição será diminuída do total.

Ou seja, se uma viúva falecer, os seus 10% desaparecerão, mas os seus filhos terão os 50% mais 10%, conforme o número deles.

12 ÓRFÃO ADOTADO DE FATO

O § 2º do art. 75 parece ter inovado ao criar uma figura de agregado ou adotado de fato, ao se referir a um “filho do segurado ou pessoa a ele equiparada, que seja órfão de pai e mãe na data da concessão da pensão ou durante o período de manutenção desta”.

Aparentemente, além dos filhos comuns, se a família cuidar de um órfão de pai e mãe, este protegido será considerado filho para os fins da pensão por morte.

Então, estranhamente, erodindo regra tradicional, fala-se em órfão de pai e mãe admitido no seio da família após a data do óbito do segurado e também quando da concessão.

Esse § 2º diz que não haverá essa inclusão na hipótese de os dependentes fazerem jus a mais de uma pensão por morte.

13 CESSAÇÃO DE COTA

Diz o § 1º do art. 75: “A cota individual cessa com a perda da qualidade de dependente na forma estabelecida em regulamento, observado o disposto no art. 77”.

A cota de 10% do pensionista inválido será extinta com a cessação de sua invalidez; no caso particular do pensionista com deficiência mental, pelo levantamento da interdição; de igual modo se ele completar a maioria previdenciária.

Essa cota também desaparecerá para o cônjuge, companheiro ou companheira, quando vencer o prazo de legal de percepção do benefício (PBPS, art. 77, § 5º).

14 ACUMULAÇÃO DE PENSÕES

O § 3º do art. 75 veda a acumulação de pensões em relação a esse órfão adotado de fato.

A acumulação desse tipo de benefício é matéria complexa e deve ser considerada em cada caso e, especialmente, quando o segurado estiver obrigatoriamente filiado a mais de um regime previdenciário.

15 DEMORA NA CONCESSÃO

O art. 76 e seus dois parágrafos, que tratam da demora da concessão, não foram alterados.

16 RATEIO DOS PERCENTUAIS

Assevera o *caput* do art. 77 que: “A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateado entre todos em partes iguais”.

Um texto que justifica comentários. A pensão por morte tem um titular, que pode ser o cônjuge ou o convivente ou outra pessoa para isso designada pra receber em seu nome (nesta última hipótese, pessoalmente, sem fazer jus a parte alguma).

No caso mais comum, será a viúva ou o viúvo, a companheira ou o companheiro.

O dispositivo quer dizer que, virtualmente havendo mais de um dependente com direito, eles terão partes iguais. Assim, embora a viúva com um filho receba pessoalmente 70%, ela terá direito a 35% e o filho, aos outros 35%.

No caso de haver perda do pátrio poder, cada um receberá 35%.

17 DURAÇÃO DAS MENSALIDADES

O tempo de duração da pensão por morte da parte devida aos cônjuges, companheiro ou companheira, inclusive na hipótese de que trata o § 2º do art. 76 do PBPS, será calculado de acordo com sua expectativa de sobrevida do interessado no momento do óbito do instituidor segurado conforme a tabela legal:

EXPECTATIVA DE VIDA À IDADE X DO CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA EM ANOS {E(X)}	DURAÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE (EM ANOS)
Mais de 55	3
Entre 50 e 55	6
Entre 45 e 50	9
Entre 40 e 45	12
Entre 35 e 40	15
Menos de 35	vitalícia

Qual deve ser a tabela a ser utilizada, se o dependente requerer o benefício extemporaneamente? A tabela vigente na Data do Óbito ou na Data de Entrada do Requerimento?

O art. 103 do PBPS trata tão somente de pedidos de revisão de benefícios (tais reexames pressupõem benefício definido e mantido).

O seu parágrafo único assevera que pensionista que solicitar revisão de cálculo há 7 anos receberá apenas os últimos cinco anos e daí para frente, prescritos os dois anos mais antigos.

Pressupondo que o direito ao benefício seja imprescritível, a DIB de uma pensão é na DER (e daí para frente) sem atrasados. Isso está claríssimo no art. 74, II, não alterado pela Medida Provisória nº 664/2014.

A medida provisória diz que, para o servidor, o pedido de benefício extemporâneo deve gerar pagamentos cinco anos para trás, quando deveria ser da DER em diante. O elaborador da norma, ao ditá-lo, crê que o fez devido à má leitura do art. 103 do PBPS.

Nessas condições, julgando-se que esse elaborador da norma elegeu a tabela como sendo básica para definição da duração da pensão, abandonou a data do óbito como referência para raciocínios. Destarte, caso um pensionista tenha solicitado o benefício mais adiante, a regra vigente será a da sua idade, então, e, por conseguinte, a expectativa de vida, e não a da data do óbito.

18 MORTE PRESUMIDA

O art. 78 do PBPS e seus dois parágrafos não foram alterados pela medida provisória. Destarte, a ausência e o desaparecimento continuam sendo os sinistros capazes de deflagrar a pensão por morte, tanto quanto o falecimento propriamente dito.

Em todo o caso, será preciso meditar sobre os fugitivos da justiça, suspeitos condenados ou não; eles se evadem e não são encontrados.

De todo modo, à evidência, sua família fica desamparada como na hipótese da ausência, e o legislador terá de pensar nisso.

19 PRESCRIÇÃO DAS MENSALIDADES

Não sobrevieram modificações no tocante à prescrição das mensalidades devidas aos menores, incapazes e ausentes (PBPS, art. 79).

Se o tutor requerer o benefício a destempo, os valores do menores serão pagos desde a data do óbito.

20 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A complementação dos benefícios dos fundos de pensão, por determinação constitucional (art. 202) e legal, independe daqueles previstos no RGPS. Com a liberdade ínsita prevista na LC 109/2001, cada plano de benefícios disciplina as próprias regras sobre o direito à pensão por morte e seu valor.

Cada Regulamento Básico de uma EFPC, respeitado o direito adquirido, poderá convencionar o que for aprovado pelo seu Conselho Deliberativo.

Com o passar do tempo, haja alguma contaminação por semelhança de ideias. Caso contrário, sobrevirão pretensões insatisfeitas por parte dos participantes, sobrevindo enormes desigualdades nos diferentes critérios de concessão.

Nos casos em que tenha sido instituída a verdadeira complementação (ou seja, do plano de benefícios que responde pela diferença entre certo valor constante do Regulamento Básico e o devido pelo INSS), os matemáticos terão de rever esse plano para adequarem-se à nova realidade.

Aborto nos EUA e no Brasil: um Estudo Comparado

THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO

Mestre em Ciência Jurídica pela UENP, Mestre em Direito Comparado pela Samford University, Cumberland School of Law, Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito Comparado Brasil-EUA da Escola Paulista da Magistratura, Juiz Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura nas Áreas de Direito Penal, Processo Penal, Infância e Juventude e Idoso, Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis.

RESUMO: Pretendemos analisar o controvertido tema do aborto a partir da análise do tratamento legal conferido pelos sistemas jurídicos dos EUA e do Brasil, para então propormos as regras que pensamos ideais sobre o assunto.

ABSTRACT: We aim to analyze the controversial theme of abortion, starting from the analyses of the legal rules both of U.S. and Brazilian systems, so we can propose a set of rules we consider ideal to it.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Direito Constitucional ao Aborto nos EUA; 1.1 Contexto histórico; 1.2 A regulamentação do aborto por meio das decisões da Suprema Corte; 1.2.1 *Roe v. Wade*; 1.2.2 Outras decisões relevantes; 1.2.3 Questões atuais sobre o aborto nos EUA; 2 Aborto no Brasil; 2.1 Marcos históricos; 2.2 Discussões contemporâneas sobre o aborto no Brasil; 3 Ponderação de valores: a busca pelo conjunto de regras ideal; 3.1 Aborto e valores em jogo; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretendemos comparar os sistemas jurídicos dos Estados Unidos e do Brasil, acerca do controvertido tema do aborto, assunto polêmico, intimamente vinculado às ideologias, crenças e aspirações de todo aquele que se dispõe a enfrentá-lo. Apesar de não ser tarefa fácil, almejamos nos ater aos aspectos legais do instituto, a partir de sua análise histórica e a afirmação de sua criminalização, consideradas as vicissitudes de cada país.

De início, discorreremos sobre o tratamento conferido ao aborto pelos EUA, desde a época da colonização pela metrópole inglesa até o assentamento das diretrizes para todas as leis estaduais, estabelecidas inicialmente no julgamento do célebre caso *Roe v. Wade* e moldadas mais adiante em *Planned Parenthood v. Casey*. Também serão abordadas decisões pontuais da Suprema Corte, tais como a necessidade de consentimento dos pais para os abortos praticados por adolescentes e o seu custeio público. Ao final,

serão levantados pontos cruciais sobre a discussão atual acerca do aborto nos EUA, refletida no embate eterno entre os grupos *pro-life* e *pro-choice*.

Em seguida, trataremos à baila o tratamento conferido ao aborto pelo sistema jurídico brasileiro. Analisaremos os marcos históricos mais relevantes do período colonial e, em seguida, enfatizaremos o seu tratamento conferido pela atual legislação penal. Passo seguinte, conferiremos especial enfoque às discussões mais candentes, com especial atenção ao projeto do Novo Código Penal, que modifica substancialmente as causas de exclusão de crime.

Por fim, à guisa de conclusão, tentaremos justificar quais premissas conduziriam a um sistema penal ideal sobre o assunto, a par da abordagem dos valores principais em jogo, a saber, a vida do feto e a liberdade de escolha da gestante.

1 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO ABORTO NOS EUA

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Na época da colonização dos EUA prevalecia na Inglaterra o entendimento fixado mais de um século antes, quando do julgamento do *The Sim's Case* (1601), que estabelecia a constatação de movimentos fetais (*the act of quickening*)¹ como o grande marco inicial para a criminalização dos abortos. Antes dele, as interrupções das gestações não eram consideradas problemas do Estado, mas questões afetas apenas às mulheres e suas famílias, fortemente monitoradas pelas comunidades locais e associações religiosas².

A doutrina do *quickening* passou a ser largamente aplicada pelas Cortes dos EUA no século XVII, quando passaram a decidir os primeiros casos de aborto³. Ela se adequava com perfeição aos reclames práticos e morais da época. Aos primeiros, porque os estudos médicos eram um tanto precários e a constatação de que havia movimentos fetais era prova segura da gravidez. Aos segundos, porque se entendida que o feto somente possuía alma se ele pudesse se movimentar sozinho e, antes desse estágio, portanto,

1 O *act of quickening* pode ser entendido como "o ponto a partir do qual o feto já avançou para um estágio de maturidade em que ele adquire existência independente do organismo materno, e a mulher o sente se mexer dentro dela." (DELLAPENA, J. W. *The history of abortion: technology, morality and law*. 40 U. Pittsburg L. Rev., 1979, p. 359).

2 MEANS, Cyril C. *The Phoenix of Abortional Freedom: Is a Penumbra of Ninth-Amendment Right About to Arise from the Nineteenth-Century Common-Law Liberty?*, 17 N.Y.L.F., 1971. p. 337-38.

3 MEANS, C. C. *The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality*, 14 N.Y.L.F. 411, 419 n. 226 (1968).

a cessação da gestação não seria algo imoral⁴. A adoção formal da doutrina do *quickenig* pelos EUA, contudo, ocorreu em 1812, quando a Suprema Corte de Massachusetts concluiu pela absolvição de Isaiah Bangs, porque “a acusação contra ele não provou que a mulher contava com movimentos fetais no momento da conduta”⁵.

Sequencialmente, no período compreendido entre 1821 e 1841, várias leis sobre o aborto foram editadas em vários Estados, encampando a doutrina do *quickenig*. A primeira delas foi oriunda do Estado de Connecticut, que se restringiu à proibição de manobras abortivas por meio de veneno letal, situação revista dois anos mais tarde, quando passou a se proibir a interrupção das gravidezes por meio de qualquer instrumento, desde que os movimentos fetais já fossem perceptíveis. Curioso notar que a lei não previa qualquer responsabilização criminal para as gestantes que praticassem autoaborto⁶, tendência que foi seguida pelos diversos outros Estados que criminalizaram o aborto⁷. A primeira lei da história dos EUA, no entanto, a punir o autoaborto entrou em vigor em Nova Iorque, em 1845⁸.

A doutrina do *quickenig*, de modo geral, começou a ser afastada pelas quarenta leis estaduais sobre aborto editadas no período de 1860 a 1880. Essas leis, essencialmente, (1) criminalizavam o aborto em qualquer período da gravidez e (2) previam a responsabilidade da gestante que praticava em si o aborto ou concordava que terceiro o fizesse, embora estabelecessem penas mais brandas⁹.

Por aproximadamente um século que se sucedeu, as leis anti-abortos não sofreram ataques ou críticas acirradas. Aparentemente, a sociedade dos EUA respaldava a criminalização dos abortos, tal qual apresentada pelo sistema jurídico de cada Estado. Porém, ocorreu uma reviravolta a partir do ano de 1960, causada, sobretudo, pela maior participação das mulheres na esfera pública. A principal razão para esse fenômeno assenta-se no Civil Rights Act, de 1964, que proibia quaisquer discriminações baseadas no

4 MOHR, James C. *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy*. University Press, 1978. p. 4.

5 *Commonwealth v. Bangs*, 9 Mass. 387, 388 (1812).

6 *The Public Statute Laws of the State of Connecticut*, 1821 (Hartford, 1821), 152-153, 255.

7 MOHR, J.C. Ob. cit., p. 122-144.

8 A redação da norma era a seguinte: “[Q]ualquer mulher que solicitar de qualquer pessoa um remédio, droga, substância ou qualquer outra coisa, e consumi-lo, ou se submeter a qualquer operação, ou a qualquer outro método, com a intenção de ocasionar o aborto, será culpada de um crime de menor potencial e, após ser condenada, será punida com prisão em uma cela do condado, não menos de três meses e não mais de um ano, ou com uma multa que não exceda mil dólares, ou ambos, prisão e multa” (MEANS, C. C. Ob. cit., p. 454).

9 MOHR, J. C. Ob. cit., p. 200.

gênero, raça, cor, religião ou nacionalidade, mas também havia vários movimentos sociais que visavam à libertação das mulheres de tratamentos discriminatórios na vida privada, tal como o famoso movimento “Organização Nacional para Mulheres” (“NOW”, sua sigla em inglês, que representa “National Organization for Women”), que começou em 1966, com o objetivo inicial de acabar com a discriminação contra as mulheres em seus locais de trabalho. O acesso a métodos contraceptivos e o próprio direito ao aborto não eram taxados como objetivos dos movimentos, mas frequentemente citados como meios para que fossem aliviadas as tensões que a sociedade repousava sobre as mulheres¹⁰.

A primeira presidente do “NOW” foi Betty Friedan (1921-2006), uma das líderes do movimento feminista nos EUA. Ela foi uma das palestrantes na primeira Conferência Nacional sobre Leis de Aborto, que aconteceu na Cidade de Chicago, em 1969. A partir deste evento foi criada uma nova organização, denominada Associação Nacional para a Rejeição de Leis de Aborto (em inglês, “National Association for Repeal of Abortion Laws – “NARAL”)¹¹. O objetivo preponderante do NARAL não era exatamente uma reforma. Mais que isto, desejava-se a revogação de todas as leis que criminalizavam o aborto¹².

O discurso de Friedan inovou, na medida em que classificou o aborto não mais como um meio para se promover a participação das mulheres na economia, mas, sobretudo, como um direito essencial à dignidade da pessoa humana. Em suas palavras:

Nós estamos novamente progredindo, depois de muitas décadas de estagnação, o que tem sido efetivamente um retrocesso, e uma parte básica disso, razão pela qual estou aqui, é nosso reconhecimento tardio, se assim desejar, que não há qualquer liberdade, ou qualquer igualdade, nenhuma completa dignidade humana ou humanismo possíveis para as mulheres, sem que nós

10 GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B. *Before Roe v. Wade: voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court's Ruling*. Kaplan Publishing, 2010. p. 36.

11 *Idem*, p. 38.

12 Seus objetivos estavam bem definidos nos termos seguintes: “O NARAL, em reconhecimento ao direito básico das mulheres de controlarem a sua própria reprodução, é dedicado à eliminação de todas as leis e medidas que possam compelir as mulheres a carregarem uma criança contra a sua vontade. Para esse fim, propõe-se a iniciar e coordenar nas esferas política, social e legal as ações individuais e coletivas que garantam abortos seguros por médicos qualificados para todas as mulheres que os procurem, independentemente de suas condições econômicas” (tradução livre. No original: “NARAL, recognizing the basic human right of women to limit her own reproduction, is dedicated to the elimination of all laws and practices that would compel any woman to bear a child against her will. To that end, it proposes to initiate and co-ordinate political, social, and legal action of individuals and groups concerned with providing safe abortions by qualified physicians for all women seeking them regardless of economic status” (*idem*, p. 41).

declaremos e exijamos o controle sobre os nossos próprios corpos, sobre nosso processo reprodutivo.¹³

Em seguida, no ano de 1962 foi editado Código Penal Modelo, mediante proposta do American Law Institute, com uma seção própria para o tema¹⁴. Pelo código, como regra, o aborto torna-se fato típico, prevendo a lei, contudo, três exceções de “abortos justificados”: (1) se, mediante diagnóstico médico, que a gravidez apresenta risco à vida ou à saúde da gestante; (2) se o feto é portador de uma anomalia irremediável; (3) se a gravidez resulta de estupro¹⁵.

O Código Penal Modelo foi adotado por aproximadamente vinte e cinco por cento dos Estados, sendo certo que outros não o ratificaram de maneira expressa, mas praticamente copiaram-no, como fez o estado da Geórgia, em 1968. Vários outros Estados, porém, utilizaram-no como um modelo para a sua própria legislação¹⁶.

Como consequência, e malgrado os movimentos referidos, em 1962, quarenta e dois Estados haviam promulgado leis que restringiam a permissão de abortos somente para a hipótese de risco à vida da gestante, mas raramente havia leis que definissem a exata extensão do termo¹⁷. Como alguns admitem, entre as leis e os procedimentos médicos¹⁸ havia grandes discrepâncias, notadas por algumas decisões judiciais que procuraram abrandar o rigor legal, como o decidido pela Suprema Corte da Califórnia no ano de

-
- 13 Tradução livre. No original: “*We are moving forward again, after many decades of standing still, which has been in effect to move backward, and a very basic part of this, and my only claim to be here, is our belated recognition, if you will, that there is no freedom, no equality, no full human dignity and personhood possible for women until we assert and demand the control over our own bodies, over our own reproductive process*” (idem, p. 39).
 - 14 Nos EUA cada Estado tem seu próprio Direito Penal, daí a conveniência de uma instituição privada composta por notáveis advogados, juízes e acadêmicos forjarem um Código Penal Modelo, para que cada unidade da Federação o encampasse ou rejeitasse (SINGER, Richard G.; LA FOND, John Q. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004. p. 3).
 - 15 M. P. C. § 230.3 (1962).
 - 16 GEORGE, Jennifer L. *The United States Supreme Court failed to follow over thirty years of precedent by replacing individualized medical judgment with congressional findings*. Creighton L. Rev. 219, 2008.
 - 17 HULL, N. E. H.; HOFFER, Peter C. *Roe v. Wade: The abortion rights controversy in American history*. 2. ed. University Press of Kansas, 2010. p. 98.
 - 18 Conforme observam Hull e Hoffer, “[O]s médicos a favor da reforma que atuavam nos hospitais das grandes cidades não eram movidos por teorias abstratas ou princípios gerais de sociologia. O oposto exato era verdadeiro – era a particular iminência de perigo aos seus pacientes que movia esses médicos. A ilegalidade de aborto, por outra razão a não serem as terríveis exigências médicas, ainda gerava centenas de emergências médicas – foi o modo que as mulheres encontraram de colocarem fim às próprias gravidezes indesejadas”. (Tradução livre. No original: “*The pro-reform doctors who actually practiced in the big-city hospitals were not motivated by abstract theories of law or general principles of sociology. The exact opposite was true – it was the particular immediacy of the danger to their patients that moved these physicians. The illegality of abortion for other than dire medical emergencies still spawned hundreds of medical emergencies – the kind that women created when they attempted to end their own pregnancies*”) (idem, p. 99).

1965, em *People v. Abarbanel*¹⁹, quando ficou estabelecido que não podia haver qualquer responsabilidade criminal sobre o médico que abortasse, se acreditasse sinceramente que a genitora teria cometido suicídio se ele não interviesse.

1.2 A REGULAMENTAÇÃO DO ABORTO POR MEIO DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE

Nesta seção abordaremos as principais decisões da Suprema Corte dos EUA relativamente ao aborto, tendo como marco inicial o célebre caso *Roe v. Wade*²⁰, certamente uma das principais decisões contemporâneas daquele Tribunal.

Em princípio, para bem entendermos o modo pelo qual o direito ao aborto e suas restrições foram forjados pela jurisprudência, não podemos nos olvidar da existência no sistema jurídico norte-americano da denominada teoria do *stare decisis*, que, em linhas gerais, refere-se ao “instituto que demanda que as cortes subordinadas à corte de apelação que estabeleceu o precedente sigam-no e não *distorçam o ponto estabelecido*”²¹. As Cortes Supremas de cada um dos cinquenta Estados, bem como as treze Cortes Federais de Apelação, geram precedentes obrigatórios dentro dos limites das respectivas competências, sem contar, por óbvio, a Suprema Corte dos EUA, com jurisdição nacional e, portanto, com a prerrogativa de estabelecer precedentes obrigatórios para todas as demais instâncias e órgãos do país²².

Conforme já apontava Benjamin Cardozo no início do século passado, citando Pound, “o Direito deve ser estável e, contudo, não pode permanecer imóvel”²³. Essa é a ideia que governa o sistema referido. Estabilidade e mudança são, na verdade, atributos essenciais para qualquer sistema jurídico. Pelo sistema do *stare decisis*, da maneira como fora estabelecido pelos EUA, o Direito se transforma paulatinamente e sem rupturas dramáticas, por meio das decisões judiciais e das revisões pelas cortes de seus próprios precedentes, ao mesmo tempo em que o Legislativo, precisamente, deve exercer sua função típica frugalmente, por meio de regras atualizadas, valendo-se de seu extenso poder revisor²⁴.

19 *People v. Abarbanel* 239 App. 2d 31 (Cal. 1965).

20 410 U.S. 113 (1973).

21 COLE, C. *Comparative Constitutional Law: Brazil and the United States*. 2. ed. New York: Aspen, 2005. p. 14.

22 DE FILIPPO, Thiago Baldani G. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: safE, 2012. p. 107.

23 CARDOZO, Benjamin N. *Evolução do direito*. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 7.

24 CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. 6. ed. Clark: The Lawbook Exchange Ltda., 1999. p. 4.

Com isso, observamos que os parâmetros fixados pelo órgão máximo do Judiciário de forma alguma substituem as leis estaduais. Os Estados ostentam ampla competência legislativa, que compreende matéria penal, inclusive, nada impedindo que a constitucionalidade dessas leis seja novamente questionada perante o Poder Judiciário. Ao contrário do que se possa pensar, não existem regras únicas sobre aborto para todos os EUA. O que há são decisões (e, neste trabalho, adquirem relevo apenas as decisões emanadas pela Suprema Corte) que, ao realizarem juízos de conformidade constitucional, acabaram por estabelecer parâmetros mínimos, que devem ser observados pelos Estados quando da edição de suas próprias leis, para que elas não sejam declaradas inconstitucionais no futuro. Os parâmetros gerais acerca do aborto foram fixados pela Suprema Corte no julgamento do mencionado caso *Roe v. Wade*, em 1973, tendo sido remodulados posteriormente com *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*²⁵. Passemos a tecer breves considerações acerca de algumas das principais decisões da Suprema Corte que envolveram questões sobre o aborto, a partir de *Roe v. Wade*.

1.2.1 *Roe v. Wade*

Tratou-se do grande divisor de águas para o Direito dos EUA, relativamente às regras jurídicas que pretendiam regulamentar as manobras abortivas, já que, por meio desta decisão, foram estabelecidos parâmetros constitucionais que estabelecem limites às atividades legiferantes de cada Estado-membro. Antes dela, Estados notadamente liberais, como Nova Iorque ou a Califórnia, praticamente não impunham limites, prazos ou meios para as práticas abortivas. Por outro lado, Estados extremamente conservadores, como o Texas, criminalizavam a prática, deixando de prever causa de exclusão da criminalidade. A maioria dos Estados, entretanto, possuía regras intermediárias, idênticas ou semelhantes àquelas traçadas pelo Código Penal Modelo.

Pois bem. Na essência, ao julgar o caso mais famoso sobre aborto da história dos EUA, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei estadual que estabelecia o crime de aborto, como regra, prevendo apenas exceções pontuais. Tratava-se dos arts. 1191-1194 e 1196 do Código Penal Texano, que tipificava a conduta de realizar um aborto ou tentar realizá-lo, a menos que se tratasse de aborto realizado por determinação médica, com o objetivo de salvar a vida da gestante.

25 505 U.S. 833 (1992).

O voto que conduziu à decisão majoritária, escrito pelo *Justice Blackmun*, decidiu que o direito à privacidade é “abrangente o suficiente para nele ser inserida a decisão de uma mulher sobre o seu desejo de colocar fim, ou não, à sua gravidez”²⁶, apesar de reconhecer que a questão era particularmente muito complexa, de tal maneira que muitos pontos de vista deveriam ser considerados, relembrando idêntica constatação feita pelo *Justice Holmes*, no longínquo ano de 1905, no julgamento de *Lochner v. New York*:

[A Constituição] é feita para pessoas de entendimentos fundamentalmente diversos, e o acaso de nós entendermos certas opiniões como naturais e familiares, novas ou até mesmo escandalosas não deve ser o suficiente para decidirmos se as regras legais que as encampam conflituam com a Constituição dos Estados Unidos.²⁷

Indubitavelmente, a importância extrema desse julgamento revela-se pela posição majoritária da Corte ao conferir graus diversos de proteção à gravidez, de acordo com o estágio de seu desenvolvimento. Estabeleceu-se o seguinte parâmetro:

- (1) até o estágio final aproximado do primeiro trimestre, a mulher é livre para decidir se deseja abortar, devendo essa decisão passar por crivo de médico especialista, que também deverá ser responsável pela realização do procedimento;
- (2) a partir desse estágio, o Estado, em atenção à saúde da mãe, pode, se assim escolher, regular o procedimento do aborto, estabelecendo meios razoavelmente relacionados à saúde materna;
- (3) a partir da viabilidade, o Estado, interessado na potencialidade da vida humana, pode, se assim escolher, regulamentar ou até proibir o aborto, exceto quando necessário, de acordo com julgamento médico apropriado, para a preservação da vida ou da saúde da mulher.²⁸

Grosso modo, o que ficou assentado na decisão foi que o desenvolvimento fetal comporta estágios e a cada qual se destina proteção estatal diversa, conforme a evolução da gravidez. Assim, até o final do primeiro trimestre, as gestantes possuem o direito de optar pelo aborto, desde que haja

26 No original: “*the right of privacy is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy*”. 410 U.S. 113, 153 (1973).

27 No original: “[*The Constitution*] is made for the people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States” (*V. Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905)).

28 *Roe*, 410 U.S. at 164-65.

acompanhamento médico, e esse direito não pode ser negado ou dificultado por leis estaduais. Desse ponto até o momento da chamada *viabilidade*, leis estaduais podem *regular o procedimento* do aborto, desde que essa regulamentação se relacione à saúde materna. Por fim, após a *viabilidade*, assim entendida como a possibilidade de vida extrauterina, nada impede que leis estaduais proíbam o aborto, desde que excepcionem a prática para a preservação da vida ou da saúde da mulher.

Estima-se que, à época da decisão, havia cerca de 200.000 a 1.200.000 abortos clandestinos por ano nos Estados Unidos²⁹. Na prática, o julgamento alterou profundamente esses números, na medida em que transformou o que antes era reputado por prática ilegal em um verdadeiro direito fundamental, vinculado mais intimamente ao direito à privacidade da mulher, sem deixar de se relacionar a outros direitos também fundamentais, tais como a liberdade de expressão e de religião, dotando-o do mais elevado grau de proteção, denominado “*escrutínio estrito*”, de tal modo que ele somente pode sofrer limitação legítima se estiver presente um *interesse público constrangedor*³⁰. É exatamente por este motivo que a Suprema Corte dos EUA entendeu que o direito à privacidade encampava a possibilidade de a mulher optar pelo aborto, aproximadamente até o final do primeiro trimestre da gestação, já que não existia nesse período qualquer interesse demasiadamente relevante que justificasse a proibição.

Ao fundamentar o direito à interrupção da gravidez no direito constitucional à privacidade, a Suprema Corte desagradou parcela significativa do movimento feminista, que desejava que a decisão se embasasse no princípio da igualdade. Elas classificavam o direito geral à privacidade como

uma perigosa ilusão e que a liberdade de escolha da mulher em matéria de aborto nas sociedades contemporâneas, dominadas pelos homens, [deveria] ser defendida não mediante um apelo à privacidade, mas por ser vista como

29 CATES JR., Willard; ROCHART, Robert W. *Illegal abortions in the United States: 1972-74*, 8 Fam. Plan. Persp. 86, 1976. p. 92.

30 Conforme pontuou Neil C. Blond, “O direito à privacidade foi garantido em *Roe v. Wade*. Se a ponderação sobre a proteção isonômica envolver um direito à privacidade, deve ser aplicada a norma do *escrutínio estrito* [...] Este direito não chega ao ponto de bancar as custas de mulheres pobres que desejam obter um aborto. A Corte declarou que os pobres são necessariamente limitados a muitas escolhas por deficiência econômica e, apesar de o direito ao aborto ser garantido, o estado não precisa custear essa escolha. Leis estaduais que seletivamente subsidiam abortos devem se submeter ao teste do *escrutínio intermediário*” (tradução livre. No original: “*The right to privacy was guaranteed in Roe v. Wade. If the equal protection challenge involves a privacy right, the strict scrutiny standard is applied [...]. This right does not extend very far with respect to providing monetary aid to indigent women seeking abortions. The Court declared that the poor are necessarily limited to many choices because of their lack of money, and while the choice to have an abortion is guaranteed, the state need not provide money for that choice. State statutes selectively subsidizing the cost of abortion are adjudged under the mid-level scrutiny test*” (BLOND, N. C. *Constitutional Law*. New York: Aspen Publishers, 2009, p. 130).

um aspecto essencial de qualquer tentativa genuína de aumentar a igualdade entre os sexos.³¹

Mas qual a razão dessa preocupação? A professora Catharine MacKinnon, da Universidade de Michigan, aponta que reconhecer o aborto como uma questão de privacidade significa afirmar que o governo não deve ter qualquer preocupação com o que ocorre no âmbito doméstico, no qual as mulheres mais frequentemente são espancadas. Por outro lado, também significa dizer que não existe qualquer responsabilidade estatal quanto ao custeio dos abortos das mulheres pobres. Para a professora, o julgamento de *Harris v. McRae*, que reafirmou a constitucionalidade da emenda Hyde, é reflexo dos contornos eminentemente privados conferidos ao aborto em *Roe*³². No entanto, alicerçado no direito constitucional à privacidade, firmou-se o direito ao aborto nos EUA, direito à privacidade tal que prescindia do estado civil da gestante, estendendo-se, em igual medida, às mulheres solteiras³³.

Por outro lado, esse julgamento histórico também esteve impregnado de ativismo judicial, uma vez que o direito ao aborto não se encontra expressamente previsto na Constituição, mas foi interpretado como verdadeiro reflexo do devido processo legal da 14ª emenda, baseando-se na noção de Constituição viva, assim entendida como aquela que se modifica com o tempo, de acordo com as novas interpretações judiciais de seus termos e proposições já existentes, sem que exista a necessidade de emendas formais³⁴.

De fato, ao julgar *Roe v. Wade*, a Suprema Corte conferiu *status* constitucional ao *direito de abortar*, ao menos no início da gravidez.

1.2.2 Outras decisões relevantes

Posteriormente a *Roe*, aspectos pontuais foram moldados pela jurisprudência da Suprema Corte, que ora favorecia o direito de abortar, ora restringia-o. Exemplos da primeira situação podem ser encontrados no julgamento de *Doe v. Bolton*³⁵, que afirmou a licitude de se interromper uma gestação por questão de saúde materna, interpretada amplamente de modo

31 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 71.

32 Idem, p. 72-73.

33 Oito anos antes de *Roe*, a Suprema Corte, em *Griswold v. Connecticut*

34 STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 5.

35 410 U.S. 179 (1973).

a abranger “fatores físicos, emocionais, psicológicos, familiares e etários”³⁶; também em *Planned Parenthood v. Danforth*³⁷, quando se inadmitiu que pais e maridos impedissem que suas filhas ou esposas abortassem; e mesmo em *Colautti v. Franklin*³⁸, quando se conferiu relativa discricionariedade aos médicos para o diagnóstico da viabilidade fetal.

Coincidentemente, essas decisões mais vanguardistas, incluindo *Roe*, foram tomadas durante a presidência da Suprema Corte pelo *Chief Justice* Warren E. Burger, que exerceu a função entre 1969 e 1986, período que sucedeu à fase de maior ativismo judicial da história da Corte, sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren (1953-1969), interstício em que foram julgados casos emblemáticos, tais como *Brown v. Board of Education*³⁹, quando se impediu que houvesse segregação racial em escolas públicas; *Mapp v. Ohio*⁴⁰, proibindo-se a utilização de provas obtidas por meios ilícitos; *Miranda v. Arizona*⁴¹, reconhecendo-se o direito do investigado de permanecer calado e consultar-se com um advogado, entre tantos outros.

Após o mandato do *Chief Justice* Burger, a Suprema Corte passou a adotar uma postura mais conservadora, tanto sob a presidência de William H. Rehnquist (1986-2005) quanto sob o termo atual de John G. Roberts Jr. Essa contenção judicial, no que concerne ao aborto, refletiu na edição de sucessivas decisões que refletiram alguma restrição ao direito de abortar. Diante desse quadro, podem ser destacados os seguintes julgamentos: (1) *Harris v. McRae*⁴², quando se entendeu que os Estados e a própria federação deviam arcar com os custos dos procedimentos abortivos apenas quando atestada a necessidade médica para mulheres desprovidas de recursos financeiros; (2) *Bellotti v. Baird*⁴³, que reconheceu a constitucionalidade de lei estadual que exigia o consentimento dos pais para que adolescentes praticassem aborto, desde que houvesse previsão de suprimento judicial para os casos de negativas irrazoáveis; (3) *Planned Parenthood v. Casey*⁴⁴, quando foram afastados os parâmetros rígidos dos trimestres traçados por *Roe*, reconhecendo o direito constitucional da mulher ao aborto somente

36 *Id.*, p. 192.

37 428 U.S. 52 (1976).

38 439 U.S. 379 (1979).

39 347 U.S. 483 (1954).

40 367 U.S. 643 (1961).

41 384 U.S. 436 (1966).

42 448 U.S. 297 (1980).

43 428 U.S. 132 (1979).

44 505 U.S. 833 (1992).

até o momento da viabilidade fetal; (4) *Gonzales v. Carhart*, julgamento que manteve a validade de uma lei federal de 2003, conhecida como *Partial Birth Ban Act*, que proíbe a utilização em nível nacional do procedimento denominado “aborto parcial”, método utilizado para a “interrupção de gestações em estágios mais avançados, normalmente após as dezesseis semanas, também conhecido como aborto por ‘dilatação e extração’ (D&X), em contraposição ao método mais comumente utilizado de ‘dilatação e evacuação’ (D&E)”⁴⁵.

1.2.3 Questões atuais sobre o aborto nos EUA

Consideradas essas ponderações, podemos dizer que, atualmente, não obstante a existência de decisões acerca de questões circunstanciais do aborto, a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA tem mantido a essência de *Roe*, a partir da tutela da liberdade da gestante que opta pela interrupção da gravidez, em momento anterior à viabilidade fetal.

A posição liberal adotada pela Suprema Corte, moldada pelas mencionadas decisões menos condescendentes ao direito de abortar, fez com que houvesse uma postura mais rígida por parte dos Estados mais conservadores e também em nível federal, nos momentos em que a presidência foi exercida pelos republicanos Richard Nixon, Gerald Ford, Ronald Reagan e George W. Bush, quando foram estabelecidas restrições periféricas ao aborto⁴⁶. Por exemplo, durante o mandato deste último presidente, foi editada a chamada “lei da mordaza” (*gag rule*), compreendida por um conjunto de medidas adotadas pelo Departamento de Saúde e Serviços Humanos que impedia as clínicas de planejamento familiar custeadas pelo governo federal de se envolverem em atividades que pudessem encorajar a prática do aborto⁴⁷. A compatibilidade dessa regra com o texto constitucional foi reconhecida em *Rust v. Sullivan*⁴⁸, mas foi afastada pelo democrata Bill Clinton apenas dois dias depois de sua posse como o 42º Presidente dos Estados Unidos⁴⁹.

Todavia, com a posse de George W. Bush, em 2001, os adeptos do grupo *pro-life* ganharam renovado fôlego, principalmente depois que ele, alguns dias depois de seu juramento, extinguiu qualquer ajuda de custo a

45 SHAPIRO, Ian. *Abortion: the Supreme Court Decisions 1965-2007*. 3. ed. Indianapolis: Hackett Publishing Co., 1995.

46 BAUM, L. *The Supreme Court*. 7. ed. Washington D.C.: CQ Press, 2000, p. 260.

47 *Idem*, p. 256.

48 500 U.S. 173 (1991).

49 BAUM, L. *Ob. cit.*, p. 256.

organizações estrangeiras envolvidas com abortos, ainda que os recursos não custeassem diretamente as intervenções corporais⁵⁰. Parlamentares passaram a editar projetos de leis que recrudesceram o tratamento ao aborto, tais como o “Child Custody Protection Act”, que visa emendar o código criminal federal para penalizar os adultos que transportem adolescentes para outros Estados para o fim de cometer abortos, ressalvados os casos de risco à vida da menor⁵¹. Também merece ser lembrada a proposta do Senador republicado de Illinois, Peter Fitzgerald, chamada “Born Alive Infants Protection Act”, que estende em nível federal a proteção aos fetos nascidos vivos, mas que foram expulsos do ventre materno por manobras abortivas, demandando que os hospitais adotassem todo o cuidado necessário para preservar a vida do recém-nascido⁵².

Talvez uma das maiores conquistas republicanas tenha sido a aprovação do “Unborn Victims of Violence Act”⁵³, em 2004, que alterou duas seções do Código dos Estados Unidos⁵⁴. Trata-se de uma lei federal que estabelece como vítima independente a criança no útero que foi lesionada ou morta pela prática de qualquer um dos vários crimes federais previstos taxativamente em lei, pouco importando o dolo do agente de interromper a gravidez⁵⁵. A lei, no entanto, é clara ao estabelecer que ela não se aplica aos casos de abortos cometidos com o consentimento da gestante ou nas demais hipóteses legais⁵⁶, o que não serviu para afastar a preocupação de alguns grupos, que veem nessa lei uma ameaça ao direito ao aborto reconhecido em Roe⁵⁷.

De fato, a manutenção da decisão de Roe em Casey provocou uma forte reação não apenas em nível federal, mas a vasta maioria dos Estados, principalmente aqueles dominados pelo partido republicano, passou a aprovar leis que, de alguma maneira, restringiam o direito ao aborto. Segundo

50 HULL, N.; HOFFER, P. Ob. cit., p. 273.

51 Em trâmite no Senado desde 22.01.2013. Disponível em: <<http://beta.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/32/actions>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

52 HULL, N. e HOFFER, P. Ob. cit., p. 274.

53 Alternativamente, esta lei também foi denominada “Laci and Conner’s Law”, em homenagem à californiana Laci Peterson e o feto Conner Peterson, cujas mortes adquiriram ampla publicidade durante os debates que antecederam a aprovação da lei. Scott Peterson foi condenado por duplo homicídio pela Justiça da Califórnia. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Scott_Peterson>. Acesso em: 14 mar. 2014.

54 Trata-se das seções constantes do Título 18, Capítulo 1 (Crimes), artigo 1841 (18 USC §1841) e Título 10, Capítulo 22 (Código Uniforme da Justiça Militar), artigo 919a (10 USC §919a). Disponível em: <<http://www.nrlc.org/uploads/unbornvictims/UVVAEnrolled.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

55 §1841b e §919a.

56 §1841d e §919a 4.

57 Foi a preocupação externada na época da edição da lei pela *American Civil Liberties Union* (ACLU). Disponível em: <<http://aclu.procon.org/view.answers.php?questionID=000678>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

levantamento de Elizabeth Cavendish, então diretora do NARAL, entre 1995 e 2002, 335 leis antiaborto foram promulgadas nos Estados e, em 2002, apenas o Estado de Maine não tinha editado qualquer lei nesse sentido⁵⁸.

O grupo *pro-life* continuou se fortalecendo, mesmo depois da morte do *Chief Justice* Rehnquist e da aposentadoria da *Justice* Sandra O'Connor, sendo sucedidos, respectivamente, pelos juízes conservadores John G. Roberts Jr. e Samuel A. Alito. Posteriormente, a discussão adquiriu novo fôlego com as disputas presidenciais de 2008, justamente um ano após o julgamento de Gonzales, que reafirmou a constitucionalidade da lei federal que proibia o popularmente chamado "aborto parcial". Com a vitória de Barack Obama, a aparente tranquilidade do grupo *pro-life* foi novamente sacudida, apesar de o próprio presidente, em sua campanha, ter tomado algumas posições que causaram perplexidade ao grupo *pro-choice*, quando ele defendeu que perturbações mentais não autorizariam a interrupção de gravidezes em estágios avançados⁵⁹.

O aborto sempre será tema candente na sociedade dos EUA. Discuti-lo não é simplesmente discutir se as gestantes podem interromper suas gestações. Mais que isto, a discussão envolve valores marcantes daquele país, tais como a sacralidade da vida, defendida ferrenhamente por grupos religiosos mais fundamentalistas, e a liberdade e igualdade de gênero, tema central do movimento feminista radical ou libertário.

Conforme pontua Dworkin, a guerra do aborto nos EUA parece ser mais acirrada do que em qualquer outro lugar do mundo, porque "a religiosidade mistura-se de maneira explosiva aos movimentos feministas progressistas, que pretendem emancipar as mulheres de concepções religiosas tradicionais na esfera de suas responsabilidades e de sua sexualidade"⁶⁰. Segundo alguns, o embate atual também é resultado de as premissas sobre o aborto não terem sido fixadas por lutas e acordos políticos, mas por decisões da Suprema Corte⁶¹.

De toda a forma, a realidade é que a questão está longe de se assentar pacificamente nos EUA, tratando-se de um dos temas mais controvertidos, consoante as diversas legislações de seus multifacetados Estados.

58 HULL, N. e HOFFER, P. Ob. cit., p. 279.

59 Idem, p. 323.

60 DWORKIN, R. Ob. cit., p. 5-6.

61 É a tese de Mary Ann Glendon, que a desenvolveu em *Abortion and Divorce in Western Law*, conforme destaca DWORKIN, Ob. cit., p. 6.

2 ABORTO NO BRASIL

2.1 MARCOS HISTÓRICOS

Durante a época colonial, malgrado a inexistência de dados precisos sobre a frequência em que ocorriam os abortamentos, sabemos que a prática chamava a atenção de viajantes estrangeiros, a exemplo da observação do francês Debret, ao retratar uma vendedora de arreda: “A acreditar-se na credulidade generalizada, esta planta tomada como infusão asseguraria a esterilidade e provocaria o aborto, triste reputação que aumenta sua procura”⁶².

Já em 1560, uma carta do Padre José de Anchieta criticava a naturalidade com que as brasileiras cometiam abortos por ira contra seus maridos, medo ou “*outra qualquer ocasion muy leviana*”⁶³. No Brasil, assim como nos EUA, já no período colonial havia registros do uso frequente de drogas abortivas, além de chás e poções, estigmatizando-se as figuras das beatas e das feiticeiras. Havia múltiplas receitas para o fim de “induzir a menstruação, expulsar a placenta, o feto morto ou as chamadas ‘molas’”⁶⁴, que também serviam para o próprio aborto do feto indesejado. Avisos, como o de Hipócrates Lusitano de que “está em perigo a mulher pejada que tiver diarreia”⁶⁵, serviam para gestantes mal intencionadas buscarem medicamentos de efeitos laxativos.

A metrópole portuguesa, amparada em preceitos religiosos, estava longe de fazer vistas grossas. Sustentam alguns que ela se posicionava contrariamente ao aborto porque possuía interesse em preencher os vazios demográficos da nova terra⁶⁶, e que a igreja católica tutelava os interesses do Estado e do pai de família, já que ela adotou oficialmente a tese de que a vida humana inicia-se com a concepção apenas com a publicação da Apostólica *Sedis Pio IX*, em 1869⁶⁷.

Muito embora não desconheçamos interesses políticos no aumento demográfico, também é verdade que a visão cristã a respeito da natureza do feto já há época colonial norteou as críticas e proibições ao aborto. De

62 DEL PRIORI, M. L. M. *A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/442/325>. Acesso em: 3 fev. 2014.

63 Idem

64 Idem.

65 Idem.

66 Idem.

67 EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111.

fato, diferentemente de várias outras religiões, o cristianismo, desde a sua origem, já direcionava sua proteção ao feto e equiparava o aborto ao homicídio, na medida em que o “feto, ser indefeso, dev[eria] ser protegido dos que pretend[essem] eliminá-lo”⁶⁸.

Tanto é que, por volta do ano 100, a *Doutrina dos Doze Apóstolos* (ou *Didaché*) apresenta-se como documento cristão que condena o aborto, visto como um pecado porque destruía uma criatura de Deus⁶⁹, e, cerca de 200 anos mais tarde, no Concílio de Elvira (300-303), foi reconhecida tal gravidade ao aborto que sua prática implicava no banimento permanente da mulher da comunidade cristã⁷⁰.

A posição da Igreja Católica influenciou as leis do império romano contra o aborto, como os rescritos de Severo e Caracalla ou a aplicação da lei *Cornelia* àqueles que traficavam drogas abortivas⁷¹. É verdade que havia divergência acerca do início da vida do feto⁷², mas, de todo o modo, depois de mais mil anos de separação, no século XIII ocorreu a fusão do direito canônico e do direito civil, por meio da obra dos glosadores, resultando na punição do aborto de forma idêntica ao crime de homicídio, desde que já tivesse havido a infusão da alma no corpo do nascituro⁷³.

Anos mais tarde, já por volta dos séculos XVII e XVIII, as descobertas científicas serviram para reafirmar o valor da vida do feto, pois elas concluíram que o embrião já trazia consigo todas as partes do ser humano, que se desenvolveriam com o avanço da gestação (tese preformacionista), afastando-se, por consequência, o entendimento segundo o qual a formação fetal se faria por epigênese, ou seja, que as partes do feto, ossos, músculos, tecidos, órgãos e membros, iam se formando com o passar do tempo, com a evolução da gestação⁷⁴.

68 GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Almedina, 2007. p. 53.

69 Idem, p. 51.

70 Idem, p. 59.

71 Idem, p. 58.

72 S. Tomás de Aquino (1225-1274) apregoava, baseando-se em Aristóteles, que o feto masculino se formava em 40 dias e o feminino em 80, equiparando-se o aborto ao homicídio apenas após esse período. Porém, alguns predecessores também havia quem sustentasse que a alma já existisse desde o momento da concepção, como Tertuliano e Lactâncio (GALEOTTI, G. Ob. cit., p. 53 e 63).

73 GALEOTTI, G. Ob. cit., p. 67. Utilizaremos indistintamente as expressões *feto* e *nascituro*.

74 Idem, p. 73-74. Observar que a teoria preformacionista se revela em dois pensamentos: ovismo, para o qual o feto já está formado no ovário; e animaculismo, que sustenta que o feto se encontrava apenas nos espermatozoides (p. 75). O comerciante holandês Antony von Leenwenhowk, partidário desta última corrente, ao estudar o esperma de um homem afetado por gonorreia, concluiu existir no líquido um grande número de “animaizinhos”, entendidos como “homenzinhos com braços e pernas que nadam e brincam no líquido espermático” (Idem, p. 74-75).

Assim, voltando-se o cristianismo à proteção da vida do feto, justificada pelas próprias descobertas científicas, a metrópole portuguesa tinha justificativas suficientes para proibir o aborto, quadro que se conformava ao seu interesse de preencher os vazios demográficos da colônia. Desse modo, o Direito Português passou a ser imposto na colônia, já que não havia respeito mínimo às regras de comportamento primitivas, estabelecidas sem qualquer influência europeia. Não há muitos registros dessas leis, mas essa escassez se deve, em grande medida, à redução dos próprios nativos à condição de “objeto do direito real”⁷⁵.

Desde a origem, não houve a *construção* de um direito tipicamente brasileiro. O Direito português foi simplesmente imposto, porém não exatamente como existia em Portugal, já que leis extravagantes eram promulgadas para vigorar apenas na colônia, principalmente sobre questões comerciais⁷⁶. O aborto não era criminalizado pelas Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Porém, leis extravagantes exigiam proceder sumário no caso de “mulheres infamadas de fazer mover outras ou os médicos, cirurgiões ou boticários que dão remédio para este efeito com dolo mau”⁷⁷. Além disso, uma provisão de Dom Sebastião, de 12.03.1603, acionava o regime de quadrilheiros, espécie de polícia de costumes, para que mulheres acusadas de fazer mover com *beberages* fossem denunciadas a juízes e corregedores⁷⁸. Essas leis se coadunavam com a posição dos moralistas e canonistas da época, que condenavam veementemente o aborto como “uma atitude que ‘emporcalhava’ a imagem ideal que se desejava para a mulher”⁷⁹.

Em resumo, no período colonial brasileiro, malgrado fosse uma prática largamente utilizada pelos nativos, o aborto foi criminalizado por leis extravagantes da metrópole que, embora conformassem ao cristianismo, atendiam aos interesses políticos de Portugal, que visavam, principalmente, ao aumento demográfico no país.

75 WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 46. Justiça seja feita para o sistema comunal missionário dos padres jesuítas espanhóis aos povos guaranis reduzidos na bacia platina (Brasil, Argentina e Paraguai), quando se respeitava minimamente as regras estabelecidas por aqueles povos nativos. Curioso notar que em uma época marcada pela desproporcionalidade e severidade demasiada do Direito Penal de várias nações europeias, os povos guaranis primavam por uma espécie de *justiça restaurativa*, porque “não se castigava na proporção do delito, para o restabelecimento da justiça lesada (justiça punitiva), mas na medida em que o exigia a recuperação do delincente (justiça medicinal). Alcançada a correção, indultava-se o réu” (idem, p. 53).

76 Idem, p. 48.

77 DEL PRIORI, M. Ob. cit.

78 Idem.

79 EMMERICK, R. Ob. cit., p. 57.

Pois bem. Em termos legislativos, durante o período imperial, o aborto foi criminalizado pelo Código Criminal de 1830⁸⁰, deixando de haver previsão do crime de autoaborto, conduta que foi criminalizada apenas pelo Código Penal de 1890⁸¹, já na era republicana, além de ter havido maior recrudescimento das penas. As normas mantiveram sua vigência até o advento do Código Penal de 1940, que, apesar de ter sido editado durante período ditatorial, curiosamente manteve-se fiel às tradições liberais⁸². Em nosso sistema atual, portanto, o aborto é tratado pelos arts. 124 a 128 do Código Penal, inseridos na Parte Especial, Título I, Capítulo I, que trata dos crimes contra a vida. O diploma atual prevê o crime de autoaborto ou aborto consentido (art. 124) e o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125) ou com ele (art. 126). Existe também a previsão de sua forma qualificada, se ocorrer morte ou lesão corporal de natureza grave contra a gestante (art. 127), e, por fim, causas bem restritivas de exclusão da criminalidade: aborto necessário, quando não há outro meio para salvar a vida da gestante (art. 128, I), e o aborto sentimental, ético ou humanitário, quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é consentido pela gestante (art. 128, II). Não se pode olvidar, contudo, da licitude de aborto em caso de anencefalia que, apesar de não ser prevista em lei, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54/DF⁸³.

80 Quanto ao aborto, ele estava previsto nos arts. 199 e 200, na Seção II, cujo título era “Infanticídio”, previsto no Capítulo I (“Dos Crimes contra a Segurança da Pessoa, e Vida”) do Título II (“Dos Crimes contra a Segurança Individual”) da Parte Terceira (“Dos Crimes Particulares”). As normas penais incriminadoras eram assim redigidas: “Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas – de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas – dobradas. Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Penas – de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas – dobradas”.

81 O novo diploma passou a criminalizar o aborto nos arts. 300 a 302, no Capítulo IV do Título X (“Dos Crimes contra a Segurança de Pessoa e Vida”) do Livro II (“Dos Crimes em Espécie”). Vejamos: “Art. 300. Provocar aborto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: – pena de prisão cellullar por dous a seis annos. No segundo caso: – pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno. § 1º Si em consequencia do aborto, ou dos meios empregados para provoca-lo, seguir-se a morte da mulher: Pena – de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos. § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina: Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação. Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: Pena – de prisão cellullar por um a cinco annos. Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar deshonra própria. Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessário, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação”.

82 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

83 Tratando-se de modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição e regulada pela Lei nº 9.882/1999, a decisão possui eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes perante os demais órgãos do Poder Público, nos termos do art. 10, § 3º, de mencionada lei.

2.2 DISCUSSÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE O ABORTO NO BRASIL

As principais discussões travadas sobre o aborto no Brasil partem basicamente de dois grupos. De um lado, o movimento feminista, defensor da liberdade de escolha da gestante, e, de outro, grupos religiosos, católicos e alguns setores evangélicos, que defendem o direito à vida do feto. Apesar de, tradicionalmente, as questões sobre a (des)criminalização do aborto se encontrarem polarizadas em um desses dois grupos antagônicos, o tema tem recentemente chamado também a atenção de profissionais da saúde, a exemplo dos integrantes da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo)⁸⁴.

Essa colisão, representada pela maior envergadura conferida ao direito à vida do feto, de um lado, e à liberdade da gestante, de outro, é refletiva no âmbito dos três poderes. No Legislativo federal multiplicam-se projetos de lei sobre o aborto, em ambos os sentidos. Das iniciativas favoráveis à interrupção da gravidez, destacam-se o Projeto de Lei (PL) nº 1.135/1991, de iniciativa de Eduardo Jorge (PT-SP) e Sandra Starling (PT-MG), e o PL 176/1995, anexado àquele, de iniciativa de José Genuíno (PT-SP). O primeiro visava suprimir o art. 124 do CP. O segundo pretendia autorizar a gestante a optar pelo aborto até o 90º dia de gestação⁸⁵. Outro projeto de iniciativa de Eduardo Jorge, o PL 20/1991, objetivava estabelecer o dever de todos os abortos legais receberem atendimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O projeto foi rejeitado, mas a ideia foi encampada por vários municípios brasileiros⁸⁶. Todavia, antes mesmo da deflagração desse projeto de lei, em 1989, na gestão de Luíza Erundina (PT), o Município de São Paulo já havia pioneiramente implantado o serviço de “aborto legal” no Hospital Municipal Artur Ribeiro de Saboya (“hospital do Jabaquara”)⁸⁷.

Ainda em nível legislativo federal, calha também mencionarmos a Lei nº 12.845/2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral às pessoas em situação de violência sexual. Determina o seu art. 3º que as mulheres vítimas de violência sexual devem receber atendimento imediato em todos os hospitais da rede do SUS, compreendido como um desses serviços a profilaxia da gravidez (inc. IV), que claramente implica no fornecimento

84 EMMERICK, R. Ob. cit., p. 124.

85 Ambos os projetos foram arquivados definitivamente em 31.01.2011, com base no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoCom.asp?codReuniao=18515>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

86 EMMERICK, R. Ob. cit., p. 131.

87 MATOS, M. Ob. cit., p. 32.

de pílula pós-coital, o que tecnicamente não significa interrupção de gravidez, mas impede que ela ocorra, conforme já expusemos neste trabalho.

A tendência ao alargamento das hipóteses permissivas de aborto é evidenciada pelo Anteprojeto do Código Penal (PL 236/2012). Apesar de ter mantido o crime de autoaborto, diminuindo-lhe as penas, e realizado outras alterações pontuais quanto à qualificação do crime pelo resultado, a grande novidade ficou por conta das causas de exclusão do crime, desde que todas as seguintes práticas sejam empreendidas por médico: (1) nos casos de risco à vida ou à saúde da gestante; (2) se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnicas de reprodução assistida; (3) casos de anencefalia ou outras anomalias graves e incuráveis, que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos desde que a circunstância seja atestada por dois médicos; (4) se por vontade da gestante até a 12ª semana de gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade⁸⁸.

Por outro lado, dos projetos de lei favoráveis à preservação da vida do feto merece destaque o PL 478/2007, de iniciativa de Luiz Bassuma (PT-BA) e Miguel Martini (PHS-MG), que visa à promulgação do Estatuto do Nascituro, que, entre outras providências, objetiva conferir “proteção integral” ao ser humano concebido, naturalmente ou *in vitro*, clonagem ou qualquer outro meio científico⁸⁹. O art. 4º do projeto é praticamente repetição do art. 227, *caput*, da Constituição, que também estabelece prioridade absoluta para a proteção dos direitos de crianças, adolescentes e jovens.

No Executivo federal, destacamos a criação, em 1983, do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) no âmbito do Poder Executivo, e, posteriormente, a instituição do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), com papel fundamental para a mobilização dos direitos das mulheres, principalmente durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, no que ficou conhecido como “Lobby do Batom”⁹⁰.

88 A redação original do texto elaborado pela comissão de juristas não exigia que as manobras abortivas fossem realizadas por médico e previa outra causa de exclusão do crime: “se por vontade da gestante até a 12ª semana de gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”. Apesar de a comissão não considerar o aborto simplesmente um tema de saúde pública, na prática, implicava a descriminalização do aborto no início da gestação. Essa exceção não prevaleceu após as diversas reuniões da comissão especial de senadores, presidida pelo Senador Eunício Oliveira (PMDB/CE), entre várias outras alterações no texto do Anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>. Acesso em: 2 mar. 2014.

89 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584&filenam e=PL+478/2007>. Acesso em: 26 fev. 2014.

90 EMMERICK, R. Ob. cit., p. 126-127.

Posteriormente, foi criado o Programa Nacional de Políticas Públicas para Mulheres, inserido na pasta dessa secretaria especial, que, em 2003, posicionou-se pela importância de o Brasil rever a punição ao aborto⁹¹. Dois anos mais tarde instalou-se uma Comissão Tripartite, composta por 18 membros advindos do Poder Executivo, do Poder Legislativo e da sociedade civil, com a finalidade de elaborar uma proposta para a revisão da legislação punitiva do aborto. A proposta dispunha que a interrupção da gravidez poderia ser realizada nas seguintes condições: (1) até doze semanas de gestação em qualquer caso, desde que a mulher não queira levar a gravidez adiante; (2) até vinte semanas de gestação no caso de gravidez resultante de violência sexual; a qualquer tempo em caso de diagnóstico de grave risco à saúde da gestante e no caso de diagnóstico de malformação congênita incompatível com a vida ou de doença fetal grave e incurável. No entanto, o projeto foi retirado de pauta porque sofreu críticas veementes dos grupos religiosos e ligados ao movimento pró-vida, sem contar com o apoio da Presidência da República⁹².

Ainda no âmbito do Governo Federal, a terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3), editada em dezembro de 2009, em sua redação original propunha a descriminalização do aborto, face à autonomia das mulheres para decidirem sobre o seu próprio corpo. Após algumas críticas de alguns setores da sociedade civil e do próprio governo, o plano apresentou versão mais amena, ao considerar o aborto como tema de saúde pública, com a garantia do acesso aos serviços de saúde⁹³.

O Poder Judiciário, por sua vez, tem sido invocado para apreciar pedidos de alvarás para interrupções de gestações, principalmente a partir da década de 90⁹⁴. Em primoroso estudo de casos, o médico Marcos V. Frigério identificou 263 pedidos de alvarás judiciais tendentes à interrupção da gravidez, no período compreendido entre agosto de 1996 e junho de 1999. A vasta maioria deles adveio do Estado de São Paulo (222). Entre as anomalias

91 MATOS, M. Ob. cit., p. 34.

92 EMMERICK, R. Ob. cit., p. 139-141.

93 Decreto nº 7.037, de 21.12.2009, atualizado pelo Decreto nº 7.177, de 12.05.2010.

94 FRIGÉRIO, Marcos V. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, p. 269, jan./mar. 2003. O autor observa que "[...] a capacidade da Medicina em verificar a saúde do produto conceptual gerou um paradoxo: passou a ser possível a previsão de defeitos intra-uterinos incompatíveis com a vida, mas era impossível fornecer a todos os pacientes a opção de amenizar o sofrimento decorrente do diagnóstico. Se, para muitos, as convicções religiosas ou pessoais amparam o sofrimento e os complexos fenômenos psicológicos associados à gestação de um feto sem perspectivas, para outros apenas a eliminação concreta da causa do sofrimento pode abrir o caminho de uma recuperação" (idem, p. 278).

fetais, a maior parte se referia à anencefalia (39,5%), mas doenças do trato urinário, anomalias cromossômicas e malformações múltiplas também compuseram casos de deferimento dos alvarás⁹⁵. Obviamente, a decisão mais emblemática envolvendo o aborto ficou por conta do julgamento da já mencionada ADPF 54, quando o Supremo Tribunal Federal, por 8 votos a 2⁹⁶, decidiu pela possibilidade de abortamento de fetos anencefálicos, independentemente do estágio da gravidez.

Na petição inicial, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), sustenta-se que não se pretendia a criação de outra exceção àquelas duas já estabelecidas por lei (art. 128 do CP), objetivando-se, porém, o reconhecimento de que as normas incriminadoras dos arts. 124 a 126 do CP não incidissem no caso de antecipação de fetos anencefálicos⁹⁷. O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, votou pela procedência do pedido, reconhecendo que o feto sob essa condição não goza de proteção estatal, já que nunca se tornará uma pessoa. Seu voto foi seguido pelos Ministros Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Celso de Mello e Luiz Fux, sendo vencidos os Ministros Cezar Peluso, que sustentou que a admissão de abortos nessas condições seria a admissão do cometimento de crimes, e Ricardo Lewandowski, que se ateve aos aspectos formais, dizendo que descaberia ao Judiciário usurpar da função do Legislativo⁹⁸.

Em seguida ao reconhecimento, pelo STF, da atipicidade da conduta de interromper a gravidez de feto anencefálico, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.989, regulamentou a questão, estabelecendo que o procedimento deveria ser realizado por médico, independentemente de autorização judicial, após a doença ser diagnosticada por ultrassonografia a partir da 12ª semana de gestação, determinando que o laudo seja assinado por dois médicos capacitados⁹⁹.

Destarte, apesar de o escopo da ADPF 54, literalmente, não ter sido acrescer uma terceira exceção as duas já existentes por força de lei, na prá-

95 Idem, p. 313 e 329.

96 O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido, por já haver se manifestado a favor do aborto quando era Advogado-Geral da União.

97 O inteiro teor da petição inicial pode ser obtido em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

98 Os votos integrais estão em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

99 Resolução nº 1.989, de 10 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2014.

tica foi isso que ocorreu, de tal modo que temos hoje em nosso País essa terceira possibilidade, forjada pela jurisprudência da Suprema Corte.

3 PONDERAÇÃO DE VALORES: A BUSCA PELO CONJUNTO DE REGRAS IDEAL

3.1 ABORTO E VALORES EM JOGO

Inevitavelmente, as discussões sobre a (i)licitude do aborto passam, basicamente, pelo direito à vida e pela liberdade de escolha da gestante, ambos de envergadura fundamental. Não cremos que essas discussões envolvam o princípio da isonomia, não podendo o argumento da *igualdade de gêneros* embasar a possibilidade de abortamentos legais, já que as diferenças fisiológicas entre os sexos autorizam o *discrímen*¹⁰⁰. Também não cremos que o princípio da laicidade do Estado seja argumento válido para esse desiderato. Decerto, as maiores religiões ocidentais defendem a vida, o que não significa dizer que o Estado, ao tutelá-la, esteja adotando qualquer postura religiosa. É lógico que posturas governamentais contrárias ao aborto não podem fincar seus fundamentos em princípio religioso algum, mas em parâmetros eminentemente normativos, dada a importância da teoria da argumentação¹⁰¹. Todavia, nada obsta que haja coincidência entre os valores tutelados pelo Estado e aqueles considerados sagrados pelas religiões. Aliás, é isto o que ocorre, por exemplo, quando o Direito protege valores caros ao cristianismo, ao tipificar os crimes de homicídio¹⁰², furto¹⁰³, estelionato¹⁰⁴, falso testemunho¹⁰⁵ etc., que, por questões ético-culturais, acabam por se tornar juridicamente relevantes.

Literalmente, nossa Constituição estabelece a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República (art. 1º, III), de modo a enfatizar a intangibilidade desse postulado como alicerce, como critério de legitimidade dos meios e como elemento condicionante da validade dos

100 As diferenças fisiológicas entre homens e mulheres, em regra, não podem ser utilizadas como critério diferenciador. Mas há exceções constitucionais expressas, como nas obrigações decorrentes da gravidez e da maternidade (MARTINS, Leonardo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 222).

101 MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

102 “Quem derramar o sangue do homem, pelo homem será derramado o próprio sangue, pois à imagem de Deus fez ele o homem.” (Gênesis 9:6)

103 “Não furtarás.” (Êxodo 20:15)

104 “Assim são as veredas de todo aquele que obtém lucro injusto. Tira a própria alma dos seus donos.” (Provérbios 1:19)

105 “E os juízes inquirirão bem; e eis que, sendo a testemunha falsa, que testificou falsamente contra o seu irmão, far-lhe-eis como cuidado fazer a seu irmão; e assim tirarás o mal do meio de ti.” (Deuteronômio 19: 19-20)

objetivos do Estado¹⁰⁶. Inclusive, conforme apontou Luigi Ferrajoli, “a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados”¹⁰⁷.

Assim, podemos inferir que, grosso modo, o direito à vida deve prevalecer sobre a liberdade. Evidentemente, não há se falar em direitos humanos se não houver respeito ao direito humano mais básico, que é justamente o direito à vida, pressuposto para a titularidade de qualquer interesse ou o exercício de qualquer pretensão. Tratando-se de um dos direitos mais importantes, como regra, ele não deve sofrer limitações indevidas em sua extensão ou profundidade, em atenção ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, cuja ênfase atual se volta à proteção dos direitos fundamentais¹⁰⁸.

Decorre desse raciocínio o reconhecimento de que os nascituros têm direitos ou, pelo menos, *direito a ter direitos*¹⁰⁹ e, conseqüentemente, a afirmação da ilicitude, como regra, das interrupções voluntárias de gestações. A vida, incontestável valor, deve ser inviolável desde a sua origem, compreendendo assim o direito de viver, o direito de estar vivo e o direito de desfrutar de uma vida digna. Conferir às gestantes o direito absoluto ao aborto, de modo a compreender que os fetos sejam simples partes de seu corpo, equivale a conferir-lhes o poder de vida e morte sobre terceiros¹¹⁰, medida

106 Na Constituição dos EUA não há qualquer citação do postulado da dignidade humana, mas, após a Segunda Guerra Mundial, algumas decisões da Suprema Corte entenderam ser ele o fundamento da *Bill of Rights*. Ele foi citado pela primeira vez no voto vencido (*dissenting opinion*) do Justice Frank Murphy em *Screws v. United States* (325 U.S. 91 (1945)), quando ele fez uso da expressão “dignidade do homem; em *In re Yamashita* (327 U.S. 1 (1946)), valendo-se do termo “dignidade humana”; e em *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214 (1946)), quando utilizou “dignidade do indivíduo”. Todavia, foi apenas seis anos mais tarde, em *Rochin v. California* (342 U.S. 165 (1952)), que a frase foi utilizada pela primeira vez em um voto majoritário. Observar a evolução da jurisprudência dos EUA sobre a dignidade da pessoa humana em BARROSO, Luis R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

107 FERRAJOLI, L. apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, p. 71, 2012.

108 “É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e, embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 227)

109 Para nos valermos de uma conhecida expressão de Hannah Arendt, quando define cidadania como “a consciência que o indivíduo tem do direito de ter direitos” (LAFER, C. Ob. cit., p. 146).

110 As condições puramente potestativas, que implicam na submissão de um interesse alheio à simples vontade de outrem, são ilícitas até mesmo para os direitos patrimoniais, conforme dispõe o art. 122, *in fine*, do Código Civil.

que se choca com qualquer sistema jurídico que deposite no ser humano a sua centralidade¹¹¹.

Em nosso Direito, intensifica-se a proteção aos nascituros, inclusive pelas normas especialmente protetivas trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que conferem concretude ao princípio da proteção integral, encampado pelo art. 227, *caput*, da Constituição¹¹², sem nos olvidarmos da Lei nº 11.804/2008, que cuida dos “alimentos gravídicos”, devidos pelo suposto pai para cobrir as expensas da gravidez. Assim, temos que a vida humana deva ser prioritariamente protegida, ainda que exista vínculo biológico ao corpo materno e independentemente da vontade da gestante¹¹³. Como regra, a vida deve preponderar sobre o direito à liberdade. O sacrifício da vida do ser humano em formação somente é razoável diante de situações excepcionalíssimas e de gravidade extrema, que não se relacionam ao simples desejo da gestante de por termo à gestação, tampouco com ausência de condições psicológicas de arcar com a maternidade, bastante sujeitas à instabilidade da própria gestante e a subjetivismos de psicólogos ou médicos particulares.

Por outro lado, não podemos ignorar a importância do direito fundamental à liberdade. No Brasil, ao lado da *vida*, da *igualdade*, da *propriedade* e da *segurança*, ele integra o chamado “quinteto dourado” em termos de direitos fundamentais expressamente previstos pelo art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, que cuida do *direito geral de liberdade*, ao passo que suas

111 Em sentido contrário, há quem entenda que os direitos do nascituro se exerçam por meio da gestante, já que ele é *pessoa futura* e em tudo dependente do organismo que lhe sustenta. Conforme Maria L. Karam: “Os direitos do nascituro, inclusive o direito à vida, se exercem através da gestante, que, no âmbito das relações sociais – e até pela condição que a própria natureza (ou a criação divina) lhe deu –, é titular desta vida que traz em seu ventre. E direitos podem deixar de ser exercidos por quem tem sua titularidade [...]. A dita ‘tutela penal’ da vida dependente, materializada na criminalização do aborto, está referida à garantia de existência da pessoa futura, assim tendo presente a perspectiva de viabilidade da futura vida autônoma, que, enquanto não se concretiza, em tudo depende da gestante que traz essa futura pessoa em seu ventre” (KARAM, Maria L. *Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 47-48).

112 cremos que os direitos dos nascituros são protegidos pelo ECA, no que couber, a partir da conjugação de seu art. 2º com o art. 2º do Código Civil, principalmente se nos atentarmos para o disposto nos arts. 7º e 8º do ECA, que cuidam do atendimento às gestantes nos períodos pré e perinatal. Se a preocupação se voltasse apenas às mulheres grávidas, e não aos fetos, por si próprios considerados, os artigos não estariam bem postos no ECA, já que se trata de lei destinada à tutela especial dos interesses das crianças e dos adolescentes.

113 Ives Gandra da Silva Martins ressalta: “Não é mais o organismo materno que comanda a evolução do óvulo, mas o novo ser que impõe suas regras ao corpo hospedeiro, para se desenvolver até o momento de vir à luz. Sobre ter, o zigoto, ainda como uma célula única, não duplicada, quadruplicada etc., todas as características que definirão o futuro ser, não há qualquer dúvida na medicina [...], os pesquisadores de biomedicina demonstram toda a carga genética e a confirmação dos 46 cromossomos que determinam a existência de um ser humano” (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 97.

espécies estão compreendidas por diversos incisos desse dispositivo¹¹⁴. Por sua vez, a Constituição dos EUA não se vale da mesma técnica, mas em sua Primeira Emenda garante a liberdade religiosa, de expressão, imprensa e de reunião. Genericamente, a Quinta e a Décima Quarta Emendas anunciam que ninguém pode ser privado da vida, *liberdade* e propriedade, sem o devido processo legal.

Não obstante a garantia legal da liberdade a todos os indivíduos, *ser livre é*, sobretudo, um estado de espírito, cada vez mais raro nas sociedades contemporâneas, que se submetem às amarras do consumismo desenfreado e do modismo ditatorial¹¹⁵. De maneira podemos menosprezá-lo, porque se trata do único meio pelo qual o indivíduo pode traçar a sua trajetória e dirigir-se em busca dos seus interesses legítimos ou, também, não fazer nada disso, se assim desejar.

A liberdade também está intimamente ligada à dignidade humana, principalmente no que diz respeito à autonomia de cada qual para exercer sua vontade e desenvolver a sua personalidade, sem que exista interferência indevida do Estado ou de qualquer outra pessoa. Locke já defendia ser a liberdade o estado natural de todos os homens, constatação necessária para a exata compreensão do poder político e sua derivação¹¹⁶.

Destarte, ressalvados os casos de verdadeiro estado de necessidade, verificado nas situações em que não há outro meio para salvar a vida da gestante (art. 128, I, do CP), a liberdade de escolha desta deve preponderar sobre a vida diante de situações excepcionais, ligadas às condições peculiares do feto ou da própria gestação.

No primeiro caso, cremos ser admissível a interrupção da gravidez diante do diagnóstico preciso de que o feto seja portador de anencefalia ou de outra anomalia que seja incompatível com a vida extrauterina. Conforme já dissemos, a vida intrauterina, por si só, independentemente da viabilidade de vida independente, possui validade intrínseca. No entanto, se a gestante deseja pôr termo à gravidez nestes casos, sua liberdade deve preva-

114 SARLET, Ingo W.; DO VALE, André R. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 218.

115 “A liberdade tem início na consciência. Ser livre é um estado de espírito. Cada vez mais difícil para quem nasce imerso na sociedade de consumo, a impingir condutas, a gerar expectativas de comportamento e a banir aquele que não se enquadrar nos padrões vigentes. A liberdade não é um dom, senão fruto de lenta e gradual conquista. Livre é a pessoa que consegue se livrar dos instintos e escolhe o trajeto do conhecimento. Primeiro, conhece-se a si mesmo. Em seguida, conhecer o próximo, a natureza, o mundo.” (NALINI, J. R. *Por que Filosofia?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 30)

116 LOCKE, John. *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 133.

lecer, já que não podemos dela exigir tamanha *postura heroica*. Não deverá recair, portanto, qualquer juízo de reprovabilidade social sobre a conduta da gestante que pratica ou consente com o aborto, porque estará presente a dirimente da inexigibilidade de conduta diversa¹¹⁷.

De acordo com a outra hipótese, conhecido como aborto sentimental, ético ou humanitário, assim compreendido quando se interrompe uma gravidez resultante de violação à dignidade sexual (prática de estupro), ou emprego não consentido de técnica de reprodução assistida, parece-nos razoável a interrupção da gravidez, desde que anteriormente à chamada viabilidade fetal, isto é, quando o feto já reunir condições de vida independente, fora do organismo materno.

Como vimos, em *Casey*, a Suprema Corte dos EUA chancelou a ideia de que a vida fetal vai adquirindo maior importância com o passar dos meses de gestação. Isto não significa dizer, todavia, que no início da gestação a vida do feto não mereça proteção jurídica alguma, de tal modo a legitimar o direito incondicional de antecipação do parto. No entanto, desde que presente um interesse constrangedor, consubstanciado em uma gravidez indesejada, resultante de crime sexual ou técnica de laboratório, parece razoável afirmar que a gestante possa exercer sua opção de interromper a sua gestação, desde que o exercício desse direito ocorra nos primeiros meses da gestação, anteriormente à viabilidade de vida extrauterina. Após este período, malgrado o trauma que possa persistir, deve preponderar a tutela jurídica à vida do nascituro. Em todo o tempo, porém, seria adequado que o Estado, por meio de seus órgãos, prestasse todo o apoio e informações necessários relativamente à possibilidade de a gestante vir dar à luz e, em seguida, encaminhar a criança para instituições de acolhimento¹¹⁸, para que seja inserida em cadastro de adoção¹¹⁹, franqueando-se à genitora, ainda, o devido tratamento psicológico pelo tempo que se fizesse necessário.

Acreditamos, em suma, que o sistema jurídico ideal devesse se atentar, preponderantemente, para a defesa da vida intrauterina, sem menosprezar, contudo, situações excepcionalíssimas que autorizem a atribuição

117 Discordamos, nesse particular, do entendimento do STF no julgamento da ADPF/DF 54, que entendeu se tratar de fato atípico a interrupção da gravidez de feto anencefálico, por entender que ele é *juridicamente morto*. Nossa posição de que a vida intrauterina possui valor intrínseco impede que concordemos com a posição da Suprema Corte. Por isso, sustentamos se tratar de fato típico e ilícito, mas despido de culpabilidade, já que não se deve exigir da gestante postura diversa, preponderando sua liberdade de escolha nos casos de inviabilidade total de vida extrauterina.

118 Arts. 90, IV, e 101, VII, do ECA.

119 Art. 50 do ECA.

de peso maior à vontade da gestante ou, ainda, para a salvaguarda da vida dela própria.

CONCLUSÃO

Objetivamos, ainda que sucintamente, comparar as regras existentes sobre o aborto nos EUA e no Brasil. Essencialmente, vimos que naquele país cada Estado-membro possui liberdade para legislar sobre a matéria, mas a Suprema Corte firmou posição no sentido de fazer preponderar a liberdade de escolha da gestante, entendida como reflexo do direito à privacidade, nos primeiros meses de gestação, antes da viabilidade de vida extrauterina.

Por outro lado, as regras penais brasileiras sobre o aborto apresentam-se muito mais conservadoras, muito embora tivessem sido abrandadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54/DF, ao reconhecer a atipicidade da antecipação do parto de feto anencefálico, pensamento que vai ao encontro de algumas decisões judiciais vanguardistas, que chamam a possibilidade de abortamento diante de alguma circunstância que comprometa a vida extrauterina.

Após traçarmos esse breve paralelo, sustentamos a necessidade de os sistemas jurídicos defenderem preponderantemente a vida humana, cuja sacralidade se inicia com sua formação, ainda no útero materno, prescindindo-se do posterior nascimento. Desta assertiva decorre, naturalmente, o entendimento de que o aborto é conduta que merece ser criminalizada, como regra, já que o tipo penal visa proteger o mais importante dos direitos, pressuposto para o exercício de todos os demais.

No conflito entre a vida do feto e a liberdade de escolha da gestante, como regra, deve preponderar o primeiro valor. A possibilidade de abortamento incondicional, nos primeiros meses de gestação, como reconhece a Suprema Corte dos EUA, em nosso entender, banaliza o direito à vida, além de afrontar o devido processo legal, inclusive porque se estará privando alguém de seu direito mais importante, sem que lhe fosse possível o exercício mínimo do direito de defesa. Daí porque, em nosso entender, o sistema brasileiro mais se aproxime daquele que reputamos ideal, que leva em consideração algumas regras dos EUA, como a viabilidade fetal, que, segundo entendemos, deva jungir-se às gestações indesejadas, decorrentes de atos criminosos.

Ainda, conforme sustentamos, deve haver algumas causas excludentes do crime. A primeira diz respeito ao estado de necessidade, causa genérica de exclusão da ilicitude, quando se sacrifica a vida do feto para a

salvaguarda da vida da gestante. A outra se relaciona mesmo à preponderância da vontade da gestante, que pode optar pela antecipação do parto quando se está diante de um diagnóstico de certeza da impossibilidade de vida extrauterina ou, ainda, quando ela tiver sido vítima de um crime contra a dignidade sexual ou tiver sido coagida a se submeter a alguma técnica de reprodução assistida, quando o exercício de sua vontade deve preponderar até o ponto da viabilidade fetal, quando então a vida do feto receberá maior peso, suplantando essa liberdade de escolha.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BLOND, Neil C. *Constitutional law*. New York: Aspen Publishers, 2009.
- CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. 6. ed. Clark: The Lawbook Exchange Ltda., 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOZO, Benjamin N. *Evolução do direito*. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- CATES JR., Willard; ROCHART, Robert W. *Illegal abortions in the United States: 1972-74*, 8 Fam. Plan. Persp. 86, 1976.
- DE FILIPPO, Thiago Baldani G. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: safE, 2012.
- DEL PRIORI, Mary Lucy Murroy. A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/442/325>. Acesso em: 3 fev. 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FRIGÉRIO, Marcos V. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, jan./mar. 2003.
- GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Almedina, 2007.
- GEORGE, Jennifer L. *The United States Supreme Court failed to follow over thirty years of precedent by replacing individualized medical judgment with congressional findings*. Creighton L. Rev. 219, 2008.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B. *Before Roe v. Wade: voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court's Ruling*. Kaplan Publishing, 2010.

HULL, N. E. H.; HOFFER, Peter C. *Roe v. Wade: The abortion rights controversy in American history*. 2. ed. University Press of Kansas, 2010.

KARAM, Maria L. *Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LOCKE, John. *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS, Leonardo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEANS, Cyril C. *The Phoenix of Abortional Freedom: Is a Penumbra of Ninth-Amendment Right About to Arise from the Nineteenth-Century Common-Law Liberty?*, 17 N.Y.L.F., 1971.

MOHR, James C. *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy*. University Press, 1978.

NALINI, José R. *Por que Filosofia?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 2012.

SARLET, Ingo W.; DO VALE, André R. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SHAPIRO, Ian. *Abortion: the Supreme Court Decisions 1965-2007*. 3. ed. Indianapolis: Hackett Publishing Co., 1995.

SINGER, Richard G.; LA FOND, John Q. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004.

STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

A Legalização do Contrato de “Barriga de Aluguel”, sob a Ótica do Princípio da Autonomia Privada

CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS

Doutoranda em Direito Privado pela PUC-Minas, Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais (2011), Graduada em Administração de Empresas e em Direito, sendo ambos pela Universidade FUMEC, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho, Especialista em Educação a distância pela PUC-Minas, Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Damásio de Jesus, Professora de Direito Civil na Faculdade João Alfredo Andrade e na Faculdade Del Rey, Tutora em educação a distância de Direito do Consumidor e Propriedade Intelectual na PUC-Minas e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Servidora do TRT da 3ª Região – Assistente do Desembargador Federal Sérgio da Silva Peçanha.

LEONARDO MACEDO POLI

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professor adjunto da Universidade FUMEC, da UFMG e da PUC-Minas, ex-coordenador do Curso de Direito da PUC-Minas no triênio 2008/2010. Atualmente, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas. Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de analisar, sob a perspectiva do Direito Contemporâneo, os aspectos jurídicos e sociais relacionados à legalização do “*Contrato de barriga de aluguel*”. Pretende-se, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, verificar as consequências jurídicas de uma prática que, não obstante proibida pelo ordenamento jurídico pátrio, tem sido uma realidade no âmbito social. Somando-se a vontade de procriar, a impossibilidade fática ou médica e o avanço tecnológico, cada dia que passa as pessoas buscam maneiras alternativas e inusitadas para realizarem o sonho de serem pais, recorrendo até mesmo à prática ilícita da “*barriga de aluguel*”. Quer se mostrar a necessidade de criação de lei própria que acompanhe a evolução da ciência genética, e, por fim, defender a legalização da cessão temporária de útero de forma remunerada, fundamentada no exercício da autonomia privada da mulher.

PALAVRA-CHAVE: Reprodução assistida; barriga solidária; barriga de aluguel; autonomia privada da mulher; cessão temporária do útero; gestação por substituição.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 A reprodução assistida; 2.1 As espécies de inseminação artificial; 3 Aspectos jurídicos dos procedimentos da “barriga solidária” e da “barriga de aluguel”; 4 A questão da filiação em caso da barriga de aluguel; Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito brasileiro, sobretudo o Direito Civil, vem sofrendo transformações significativas nos últimos anos. Os institutos jurídicos, até en-

tão apresentados, não mais atendiam aos anseios da sociedade, e tornou-se necessário o surgimento de novos princípios e regras que nasceram para regulamentar a evolução das relações sociais.

Modificações como a constitucionalização do Direito Civil ensejaram em uma alteração axiológica em todas as disciplinas, porquanto todo o Direito Privado passou a ser analisado sob o prisma da Constituição Federal e de seu princípio basilar, a dignidade da pessoa humana.

O Direito de Família foi um dos ramos que mais sofreu alterações. A família brasileira evoluiu e deixou de lado o autoritarismo, o patricarismo e o patrimonialismo, abrindo espaço para a filosofia eudemonista da busca da felicidade.

Assim, após o advento da Constituição Federal de 1988 e da instauração do Estado Democrático de Direito, o instituto da família adquiriu novos contornos e seus institutos basilares foram repaginados, encontrando-se comprometidos com o respeito aos interesses da pessoa humana, solidariedade e afetividade. A Carta Magna consagrou a igualdade entre homens e mulheres, entre os filhos concebidos no casamento e fora dele, bem como introduziu a valorização do afeto como fator preponderante na conformação das novas entidades familiares.

Nesse contexto, as famílias homo e heteroafetivas, seja por impossibilidade fática ou por casos de esterilidade, têm se utilizado do avanço tecnológico para buscar meios alternativos para materializar o sonho da maternidade e/ou paternidade, recorrendo até mesmo à prática ilícita de contratar um útero de aluguel a fim de gerar o seu genitor.

Verifica-se, pois, que o Direito não tem acompanhado a evolução da ciência genética, deixando lacunas preenchidas atualmente por normas do Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 2.013/2013. Por esta norma, a cessão temporária do útero não pode ter finalidade lucrativa ou comercial, sendo permitida apenas a “*barriga solidária*” em caso de problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética.

A “*barriga solidária*” se diferencia da “*barriga de aluguel*”, pois, enquanto a primeira não exige dinheiro ou cobrança financeira para que uma mulher ceda a sua barriga para gerar o filho de outra, a segunda hipótese visa receber um determinado valor para executar o mesmo ato.

Pretende-se, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, verificar as consequências jurídicas de uma prática que, não obstante proibida pelo ordenamento jurídico pátrio, tem sido uma realidade no âmbito social.

Desse modo, o presente artigo tem o escopo de analisar os aspectos jurídicos e sociais relacionados ao “*Contrato de barriga de aluguel*”, sob a perspectiva do Direito Contemporâneo.

Quer se mostrar com este estudo que o exercício da autonomia privada da mulher é capaz de fundamentar a legalização da gestação por substituição de forma remunerada, gerando segurança jurídica nas relações dessa natureza.

Não se pode olvidar que a reprodução humana está avançando dia após dia e o extraordinário acontecimento da vida, o nascimento, tem sido realizado por diversas e inovadoras técnicas, entre elas a gestação por substituição.

Entretanto, essa alternativa envolve muitos questionamentos e desafios ao legislador, pois se relaciona com conflitos éticos e morais a ela inerentes, tais como a possibilidade de remuneração da mulher que cedeu o útero.

É cediço que o Código Civil regulamenta a questão sobre a paternidade ou maternidade, em caso de inseminação artificial homóloga ou heteróloga, na constância do casamento ou da união estável. Todavia, tal legislação é lacunosa no tocante à reprodução se ausente o casamento ou a convivência, em casos de casais homoafetivos, ou, ainda, no que se refere à possibilidade de utilização da “*barriga de aluguel*”.

Portanto, este estudo tem por objetivo discutir a legalização do contrato de uso do útero alheio por substituição, de forma remunerada, baseada exclusivamente no exercício da autonomia privada da mulher, a qual permite a autorregulamentação dos interesses privados, sem a interferência do Estado ou de resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Para melhor tratar do assunto, passa-se a analisar as técnicas de reprodução assistida.

2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Desde os primórdios, a fertilidade é uma preocupação do homem, principalmente porque a sociedade enxergava nos filhos a maneira de alcançar a imortalidade pela simples representação de sua descendência. Fernandes (2005) salienta que a esterilidade era encarada pelas sociedades antigas como uma mácula, falha humana, sendo fatídica a busca pela sua cura. No mesmo sentido, Ferraz enfatiza que “o desejo de procriar é antigo. Na Grécia e em Roma a procriação tinha como principal objetivo perpetuar

o culto aos mortos”. Bem próximo a nós, na América pré-colombiana, não raro nos deparamos com rituais e deuses da fertilidade. (Ferraz, 2009, p. 39).

Leite acrescenta que “as primeiras manifestações de arte, que remontam à época primitiva, representavam a mulher fecunda, grávida, capaz de gerar novos seres a exemplo da mãe natureza” (Leite, 2004, p. 22).

Machado (2008) esclarece que, desde o século V a.C., os gregos já haviam iniciado pesquisas embriológicas, mas foi no século IV a.C. que Aristóteles tornou-se o responsável pela elaboração de um tratado sobre embriologia.

Vale dizer que, no livro de Gênesis, nos primeiros relatos bíblicos, já se tinha a clássica história de Abraão e sua mulher, Sara, que, por ser incapaz de conceber um filho, vivia em profundo desespero.

Sob esse aspecto, até o século XV, somente a mulher era considerada estéril. A impossibilidade de gerar filhos representava motivo de degradação familiar, podendo, inclusive, dar causa à anulação do casamento. Conforme Coulanges, a mulher estéril era vista como amaldiçoada e merecia o banimento do convívio social (Coulanges, 1993).

Diante dos expressivos avanços científicos, em razão do surgimento do primeiro microscópio, Fernandes (2005) afirma que, em meados do século XVII, passou-se a admitir a esterilidade para ambos os sexos, fazendo com que a ciência começasse a desenvolver diferentes métodos e técnicas tendentes a solucionar o problema da infertilidade.

No entanto, apenas em 1777, pretendendo demonstrar a possibilidade de fecundação sem a ocorrência do ato sexual, o monge italiano Lazzaro Spallanzani expôs a primeira experiência científica e comprovada envolvendo mamíferos. Na época, o religioso fez uso do sêmen de um cachorro e o implantou em uma cadela no cio, que pariu três filhotes 62 dias depois (Machado, 2008).

Ressalta-se que as investigações na esfera humana da inseminação artificial somente vieram à tona em 1790, por meio de Cary (Machado, 2008). Nessa toada, no final do século XIX, concluíram os pesquisadores que o surgimento de um novo ser humano se dava por meio da união do espermatozoide ao óvulo.

Oliveira (2002) enfatiza que, em 1884, na Filadélfia, William Pancoast obteve sucesso ao inseminar uma mulher com sêmen doado por terceiro. Em princípio, o procedimento foi realizado de forma empírica, contudo,

com o desenvolvimento das técnicas de manipulação e criopreservação do sêmen, ganhou cientificidade e se tornou cada vez mais frequente.

Ferraz (2009) informa que, na primeira metade no século XX, várias descobertas ocorreram na área da genética, tais como a possibilidade de determinar com exatidão o período fértil da mulher (1932), assim como a criopreservação de espermatozoides (1945).

Certo é que, a partir dos anos 50, as técnicas de inseminação artificial se propagaram rapidamente. Todavia, apenas depois de vinte anos, na década de 70, ocorreu, na Inglaterra, o nascimento do primeiro bebê concebido pela fecundação *in vitro*, por meio da utilização do material fecundante dos seus pais (Machado, 2008).

Consoante Fernandes (2005), em face do aprimoramento da ciência no tocante à geração de um novo ser humano, a reprodução assistida passou a ser significativamente utilizada após os anos 50, permitindo meios eficazes para a procriação. Desde então, a inseminação artificial é cada vez mais empregada pelas pessoas, o que demonstra o avanço da ciência e o alcance dos efeitos pretendidos.

Vale esclarecer que a técnica da inseminação artificial consiste na introdução de sêmen diretamente no canal reprodutivo feminino (variando-se a localidade exata, podendo ser na vagina, no interior do colo uterino, ao redor do colo, no interior do útero ou no interior do abdômen), simulando-se a ejaculação interna, conforme ocorreria em uma relação sexual. Não se trata, contudo, de um procedimento tão simples quanto possa aparentar.

Eduardo de Oliveira Leite afirma que, nos Estados Unidos, até pouco tempo atrás, boa parte das inseminações artificiais ainda ocorriam à “*moda antiga*”, ou seja, o ginecologista, no seu consultório, colhia o esperma fresco do doador e introduzia imediatamente na mulher (Leite, 2004, p. 37). Este é o mais rudimentar dos modos de execução da inseminação artificial. Entretanto, em outros países, desenvolveram-se técnicas muito mais avançadas de inseminação, envolvendo congelamento e criopreservação de gametas.

Leite informa que, nas últimas, a coleta do sêmen tem sido realizada em laboratório por meio de masturbação e ejaculação em recipiente plástico esterilizado. O material se liquefaz dentro de aproximadamente trinta minutos e é submetido à análise microscópica com o auxílio de corantes, a fim de contar o número de espermatozoides, por milímetro cúbico de sêmen, verificando-se a sua mobilidade (porcentagem de espermatozoides móveis) e motilidade (velocidade de seu deslocamento) (Leite, 2004, p. 37).

Após tal procedimento, o material é diluído em uma solução crioprotetora (destinada à proteção de microrganismos)¹ constituída, basicamente, por uma mistura de glicerol, frutose, antibióticos e gema de ovo. A solução é dividida em porções de 0,25ml, adicionadas a finíssimos capilares que, depois de identificados, são congelados em uma solução de azoto líquido a -196º (cento e noventa e seis graus célsius negativos), o que permite sua conservação, por décadas (Leite, 2004, p. 37).

Ultrapassadas as considerações sobre o procedimento da reprodução assistida (RA), vale discorrer poucas linhas acerca das espécies de inseminação artificial.

2.1 AS ESPÉCIES DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

O livre planejamento familiar é garantido constitucionalmente, o que abrange o direito de procriar e de não procriar. Nessa toada, o art. 226, § 7º, da CR/1988 estabelece que, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instruções oficiais ou privadas.

Por sua vez, o art. 218 da Constituição Federal de 1988 dispõe que o Estado proverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas e, nesse contexto, incluem-se os avanços da medicina decorrente da gravidez assistida. Ou seja, a reprodução assistida ou substitutiva é desejável em face da hermenêutica constitucional.

Em relação às espécies de inseminação, consoante o Enunciado nº 105 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a concepção artificial pode ser classificada em quatro modalidades, quais sejam: homóloga, homóloga *post mortem*, heteróloga e bisseminal.

1 "Criopreservação do sêmen: Congelamento vertical. O congelamento do sêmen é uma técnica antiga sendo um dos maiores avanços nessa área a descoberta das propriedades crioprotetoras do glicerol. Ao passar dos anos, várias modificações foram descritas com a finalidade de aumentar a taxa de recuperação do esperma criopreservado. Em 1963, introduziu-se o nitrogênio líquido para o processo de estocagem. Atualmente, tornou-se obrigatório o emprego de sêmen congelado (uso após 6 meses de congelamento desde que o doador apresente novo teste negativo para SIDA) nos programas de inseminação com esperma de doador, pela possibilidade da existência no esperma do vírus da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA). O congelamento do sêmen necessita do preparo de 3 soluções crioprotetoras com variações na concentração dos seus componentes químicos (Lucena, 1990). As principais substâncias que participam na sua constituição são as seguintes : gema do ovo 50% e nutrientes". (CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA PROF. FRANCO JUNIOR. Criopreservação de embriões e gametas. Disponível em: <<http://www.crh.com.br/crh.asp?pasta=33&livro=1&txt=9>>. Acesso em: 9 mar. 2014). Maiores informações sobre as técnicas de criopreservação de gametas e embriões podem ser obtidas em: RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Manual de Procedimentos. Laboratório de Reprodução Assistida. Disponível em: <<http://www.redlara.com/publicacoes.asp>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

Ressalta-se que as técnicas mais comuns de fecundação assistida são a fecundação homóloga² e a fecundação heteróloga³, pelas quais, fundamentalmente, resumem-se na possibilidade de introduzir espermatozoides, óvulos ou embriões (óvulos já fecundados *in vitro*) no útero da futura mãe.

Prevista no inciso III do art. 1.597 do Código Civil brasileiro de 2002, denomina-se homóloga a inseminação artificial realizada em mulher casada a partir do sêmen de seu próprio marido ou de seu companheiro. Para Ferraz, a inseminação artificial homóloga “foi a primeira técnica de reprodução humana praticada pelos médicos [...]” (Ferraz, 2009, p. 44).

A concepção artificial heteróloga, por sua vez, envolve a implantação no útero da mulher, com o consentimento do casal, de material fecundante de um doador fértil, que não seja do marido ou do companheiro (o doador, em regra, tem sua identidade preservada). Este procedimento é utilizado nos casos de infertilidade masculina, gerada pela insuficiência ou ausência de espermatozoides, bem como doenças hereditárias.

A terceira técnica é a fertilização artificial na modalidade homóloga *post mortem*, que, de acordo com as pesquisas realizadas por Machado (2008), baseia-se na implantação do material fecundante (sêmen criopreservado) do marido ou companheiro no útero da mulher, considerando que, à época da fecundação, o doador já se encontrava falecido. Vale dizer que esse procedimento tem suscitado intermináveis discussões no âmbito dos direitos sucessórios.

Por derradeiro, há registro, do qual se tem pouca notícia na prática, de uma inseminação denominada “*bisseminal*”, na qual o sêmen do marido é misturado ao sêmen do doador anônimo, procedimento indicado nos casos de hipofertilidade (Fernandes, 2005, p. 30-31). Tem-se que a técnica da procriação artificial bisseminal é empregada nos casos de insuficiência de espermatozoides do marido ou companheiro.

Nesta última hipótese, somente um posterior exame de DNA seria suficiente a aferir a proveniência do espermatozoide que efetivamente pe-

2 É a técnica voltada para obtenção de uma concepção humana a partir dos gametas dos dois esposos unidos em matrimônio, que pode ser realizada de duas formas, primeira a fecundação *in vitro* homóloga com *embryo-transfer*, em que o encontro dos gametas se dá *in vitro*, em segundo a inseminação artificial homóloga com o depósito nas vias genitais femininas do esperma do marido, anteriormente recolhido (Sgreccia, 1999, p. 501).

3 É a técnica voltada para obtenção de uma concepção a partir dos gametas provenientes de ao menos um doador diferente dos esposos unidos em matrimônio. Pode ser realizada na forma intracorpórea ou na forma extracorpórea (Sgreccia, 1999, p. 501).

netrou e fecundou o óvulo, transmitindo ao descendente as características genéticas de seu genitor biológico.

Além dessas técnicas, existem outras conhecidas pela medicina, embora pouco utilizadas, a exemplo da inseminação intrauterina, pela qual há a transferência de ovócitos para a trompa proximal e transferência intratubária do zigoto.

Como se observa, o avanço dos procedimentos de reprodução humana medicamente assistida possibilita a geração de um filho por meio das mais variadas técnicas que, por óbvio, também são utilizadas no procedimento da gestação por substituição.

3 ASPECTOS JURÍDICOS DOS PROCEDIMENTOS DA “BARRIGA SOLIDÁRIA” E DA “BARRIGA DE ALUGUEL”

A “*barriga solidária*” envolve o procedimento em que uma mulher empresta a sua barriga para gerar um filho para outra mulher impossibilitada de gerar um filho no seu próprio ventre.

Passagens bíblicas demonstram que a gestação por substituição ou cessão do útero para a satisfação da maternidade não é algo novo. Como já explicitado, em Gênesis 16, Sara, mulher de Abraão, incapaz de procriar, requisita a Abraão que lhe proporcione a maternidade por meio de sua escrava Agar. O mesmo se deu em Gênesis 30, em que Raquel, esposa de Jacó, suplica a este que, por intermédio de sua serva Bala, realize seu desejo de maternidade.

O procedimento da “*barriga solidária*” pode ocorrer de duas formas: a primeira, utilizando o material genético doado pelo casal que deseja o filho, e a segunda faz uso de material doado pelo banco genético, sendo certo que as duas opções são permitidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Note-se que a “*barriga solidaria*” não se relaciona com pagamento pecuniário para a dona da barriga, mas tão somente o custeio das despesas da grávida durante todo o tratamento.

Em princípio, a Resolução nº 1.358, de 17 de janeiro de 1992, do Conselho Federal de Medicina, assim dispunha a respeito da gestação por substituição:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 – A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Como se pode observar, a norma médica admitia, em caráter excepcional, a doação temporária do útero, desde que observadas algumas condicionantes: a) comprovação da impossibilidade física ou contra-indicação de procriação pela via natural; b) o consentimento informado da gestante acerca dos aspectos médicos, éticos e jurídicos da contratação; c) o implante entre parentes colaterais de até segundo grau; maior o grau de parentesco, o caso deverá ser submetido à apreciação do Conselho Regional de Medicina; d) o propósito altruísta, sendo vedada textualmente a onerosidade.

Posteriormente, após 18 anos de vigência, a Resolução CFM nº 1.358/1992 recebeu modificações relativas à reprodução assistida, por meio da Resolução CFM nº 1.957/2010, mas, na oportunidade, não se alteraram as regras da doação temporária do útero.

Vale dizer que, apenas em 2013, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.013/2013 atualizou as regras da reprodução assistida e trouxe em seu bojo uma série de normas regulamentadoras da fertilização *in vitro* e da inseminação artificial. Segundo o CFM, a Resolução preencheria uma lacuna legislativa, haja vista a inexistência de lei brasileira específica tratando da prática da reprodução assistida.

Desse modo, a partir da Resolução CFM nº 2.013/2013 (Publicada no DOU de 09.05.2013, Seção I, p. 119), o procedimento da doação da barriga foi liberado para mulheres de até 50 anos, parentes de até 4º grau da futura mãe.

Note-se que antes da atualização da norma não havia limite de idade para a prática. Contudo, considerando o risco obstétrico aumentado nas mulheres com mais de 50 anos, idade em que aumentam os casos de hipertensão na gravidez, diabetes e partos prematuros, entendeu-se, por bem, limitar a idade das mulheres submetidas à reprodução assistida na Resolução nº 2.013/2013.

A norma também estabeleceu que a doação de óvulos e gametas não pode ter caráter lucrativo ou comercial, não sendo permitido aos doadores que conheçam a identidade dos receptores e vice-versa. Destaca-se que a idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.

Como no Brasil a compra de óvulos é ilegal, na mesma Resolução o Conselho Federal de Medicina regularizou o processo de doação compartilhada de óvulos. Esta foi outra novidade da Resolução nº 2.013/2013, não mencionada na resolução antiga, pela qual aumentam as chances de a mulher receber auxílio financeiro de outra para pagar pelo procedimento de reprodução assistida e realizar o sonho de ser mãe.

Nesse caso, uma mulher que não produz óvulos pode ajudar financeiramente outra mulher que possui óvulos, mas tem dificuldades de engravidar, a fazer tratamento reprodutivo. Em troca, a primeira recebe a doação de um óvulo. A doadora de óvulos não pode ter mais de 35 anos – para garantir que o óvulo seja saudável.

Em outras palavras, a doação compartilhada funciona da seguinte forma: Maria está na menopausa, não produz mais óvulos, mas deseja gerar uma criança. Por outro lado, há outra mulher, Ana, detentora de muitos óvulos, mas seu marido não tem espermatozoides suficientes, necessitando, assim, fazer uma fertilização *in vitro* para ter um filho. Para que as duas realizem seus sonhos, Maria utilizará alguns óvulos de Ana e, em contrapartida, ajudará a custear a fertilização dela. É um procedimento no qual as duas mães saem ganhando.

Igualmente, fica permitido, por meio da Resolução CFM nº 2.013/2013, o uso da reprodução assistida por mulheres solteiras e por casais homoafetivos. Na Resolução anterior, o texto dizia que “qualquer pessoa” poderia usar a técnica “nos limites da resolução”. Todavia, o Conselho Federal de Medicina considerou que tais palavras permitiam diferentes interpretações e resolveu citar expressamente os homossexuais e os solteiros como elegíveis para a inseminação.

Diante das alterações elencadas, percebe-se que a ampliação do parentesco da nova resolução aumentou a possibilidade de utilização da “barriga de aluguel”, ou “útero de substituição”, no jargão do CFM, pois os próprios parentes de até quarto grau – tias e primas, por exemplo – podem realizar o procedimento mediante pagamento.

Note-se que o Conselho Federal de Medicina definitivamente não aceita o uso comercial da prática e só permite a utilização da técnica se a mulher que gera o filho possui algum parentesco com o pai ou com a mãe da criança. Enfatiza-se que, pela resolução antiga, esse parentesco deveria ser de até segundo grau – mãe ou irmã –, restando ampliada para 4º grau na nova disposição. Vale transcrever a norma relativa à cessão temporária do útero:

VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

2 – A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 – Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;
- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- os riscos inerentes à maternidade;
- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;
- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

– se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Vê-se, pois, que a Resolução autoriza a barriga solidária, sem qualquer lucro auferido pela mulher que cede seu útero para gerar a criança de outra mulher – que será a verdadeira mãe da criança, tanto genética quanto afetivamente.

Frise-se que, em caso de a doadora temporária do útero ser casada ou viver em união estável, necessário será a aprovação, por escrito, do cônjuge ou companheiro, a fim de afastar a disposição do Código Civil de que os filhos havidos na constância do casamento ou da união estável se presumiriam do marido ou companheiro, respectivamente.

Portanto, não há dúvida da licitude do procedimento da “barriga solidária”. Entretanto, quando há remuneração entre as “mães”, a situação se complica. Isso porque, como não há, no Brasil, uma lei que regulamente a “barriga de aluguel”⁴, o caso poderá ser decidido com base no Direito das Obrigações, o que não é viável, tampouco pretendido, diante da natureza existencial da controvérsia.

Observa-se que, mesmo ante a sua ilicitude, o procedimento da “barriga de aluguel” tem sido considerado eficaz nos casos em que casais heteros ou homoafetivos desejam muito ter seus próprios filhos, mas não se enquadram nas normas previstas pelo CFM acerca da “barriga solidária”.

Assim, o Direito vem se deparando com situações não regulamentadas relativas à possibilidade do surgimento de afeto entre a mãe de aluguel e a criança gerada durante a gestação, desaguando no conflito positivo de maternidade, pelo qual a mãe de aluguel pretende a maternidade da criança.

Nessa circunstância, pode ocorrer de a mãe substituta, além de reivindicar a maternidade da criança, não possuir condições de restituir o valor recebido pelo “negócio jurídico”. A mãe de aluguel poderia ser responsabilizada?

Com base nas regras do direito obrigacional, seria impossível a restituição do valor recebido, por se tratar de uma obrigação imperfeita, com-

4 Devido ao seu caráter remunerado em alguns países pioneiros, a reprodução humanamente assistida por meio de um útero de substituição foi chamada popularmente de “barriga de aluguel”. Segundo o médico Arnaldo Schizzi Cambiaghi, a técnica consiste em uma “[...]doação temporária de um útero para uma mulher que não possa engravidar”. (Ginecologista, obstetra especialista em Reprodução Humana e Cirurgia Endoscopia, e diretor clínico do IPOG – Instituto Paulista de Ginecologia e Obstetrícia).

posta apenas de débito e isenta de responsabilidade, sendo cediço que as obrigações naturais não são exigíveis judicialmente, em face de sua ilicitude.

Mas, por outro lado, o princípio do não enriquecimento ilícito permitiria que a mãe de aluguel se locupletasse de dinheiro alheio sem causa? Todas essas perguntas ficam no ar até o presente momento.

Outro ponto a ser analisado é o fato de as duas mães (a biológica e a de aluguel) negarem a maternidade da criança, em função da descoberta de alguma anomalia, ou até mesmo a existência de gravidez múltipla não desejada. Como serão resolvidas tais controvérsias?

Diante de tais pretensões, quais seriam as soluções concedidas?

Como não há lei que proteja a estabilidade das relações de gestação por substituição, deparamo-nos com casos concretos envolvendo conflito de todas as naturezas.

Apesar de defender a legalização do procedimento da “barriga de aluguel”, não se ignora as opiniões em sentido diverso. Entre elas tem-se a de Leocir Pessini, entendendo que o procedimento da barriga de aluguel deságua no medo da exploração comercial dessa solução, na “coisificação do ser humano” (Pessini, 2013). Isso porque, não obstante se tenham duas mulheres capazes juridicamente, estas trataram um contrato de objeto ilícito, porquanto não permitida a alienação de pessoa humana.

Para essa corrente doutrinária, ante a ausência de regulamentação, a “barriga de aluguel”, no âmbito do Direito Penal, subsume-se ao disposto no art. 15 da Lei nº 9.434/1997. Tal dispositivo considera crime o ato de comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, punido com a pena de reclusão de três a oito anos, e multa de 200 a 360 dias, incorrendo na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem na transação.

Entretanto, não se pode concordar com tal posicionamento, pois a entrega da criança não se relaciona com a venda de tecidos ou partes do corpo humano, razão pela qual também não se enquadra a hipótese ao previsto no art. 199, §§ 4º da CF/1988, *in verbis*:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que lhe facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisas e tratamentos, bem como a coleta, processamento de transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (Brasil, 1988)

Ora, em pleno século XXI, tem-se por incabível pensar que a mãe de aluguel, pessoa detentora de discernimento e capacidade, não possa firmar um contrato cedendo o seu útero para gerar uma criança alheia, a fim de atender aos seus interesses financeiros. Principalmente, considerando que tal conduta, definitivamente, não se enquadra no tipo penal de venda de órgãos ou tecidos.

No procedimento da barriga de aluguel não se está vendendo órgãos, mas sim gerando um filho para outra pessoa impossibilitada de fazê-lo, por livre e espontânea vontade, mediante remuneração.

Constata-se, portanto, que o tipo penal não se subsume ao fato jurídico em questão, e, sendo a norma penal impassível de interpretação extensiva, trata-se claramente de mais um desses absurdos jurídicos que temos presenciado atualmente.

Então, entende-se que a melhor saída para os problemas gerados pela “barriga de aluguel” seria a criação de uma legislação própria, tal como se tem em vários países do mundo, tornando-se, assim, lícito o procedimento da cessão temporária do útero pela via comercial.

A sociedade não pode fechar os olhos para tal tema, pois o contrato de “barriga de aluguel” tem sido realizado e não há respostas para as consequências jurídicas do procedimento.

Defende-se, portanto, que, para minimizar ou até mesmo extirpar todas as controvérsias que rodeiam a “barriga de aluguel”, torna-se necessária a criação de uma norma jurídica que estabeleça uma obrigação existencial envolvendo os seguintes elementos constitutivos: sujeito ativo: casal contratante; sujeito passivo: a mãe substituta; prestação: a entrega da criança gerada; vínculo jurídico: contrato em que a mãe contratante impõe a entrega da criança à mãe substituta.

Vale dizer que há vários países em que a comercialização da barriga é permitida.

Infelizmente, a Índia é o país em que se pagam os valores mais baratos no momento. Natália Butti (2014) informa que, devido à proibição e condições impostas em cada país, casais procedentes da Europa, Estados Unidos e até mesmo Brasil têm procurado a Índia, mais precisamente Anand, conhecida hoje como a capital da “barriga de aluguel”. Isso porque a legislação indiana permite não só o aluguel do útero como também a remuneração por este “serviço”. A única proibição imposta até pouco tempo era a geração de crianças para casais homoafetivos.

Na Inglaterra, apesar do tradicionalismo característico daquele país, a prática da “barriga de aluguel” também é permitida, tanto entre parentes, quanto não parentes.

No Brasil, é imprescindível destacar a existência do Projeto de Lei nº 90, de 1999, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que dispunha sobre a procriação medicamente assistida, regulando clínicas, qualificação do profissional médico, o consentimento prévio de todos os envolvidos, assim como os demais atos necessários para que aconteça a reprodução humana assistida.

Contudo, o projeto trazia no seu art. 3º a mesma disposição da resolução do CFM que veda o caráter lucrativo e comercial, proibindo, assim, a “barriga de aluguel”.

Artigo 3º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não-remunerada, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na beneficiária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta.

Parágrafo único. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada a modalidade conhecida como útero ou barriga de aluguel.

O projeto mencionado, além de regulamentar a prática da RA, tinha a pretensão de tipificar atos com ela relacionados. O seu art. 26, por exemplo, determinava a proibição de participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica, concedendo a pena de reclusão de um a três anos, e multa.

Da mesma forma, o art. 37 estabelecia como crime o ato de realizar a procriação medicamente assistida em pessoas não casadas ou que não vivam em união estável, punível com pena de detenção de seis meses a dois anos, ou multa, incorrendo na mesma pena, homem ou mulher que solicitasse o emprego da técnica para dela usufruir individualmente ou com outrem que não o seu cônjuge ou companheiro.

Todavia, para o bem da nação, o projeto restou arquivado na Câmara dos Deputados desde 2007, e, devido à crescente evolução científica e social, tal disposição não mais atende aos anseios da sociedade em relação ao tema considerado tão complexo.

Percebe-se, portanto, que o Brasil continua sem legislação acerca da reprodução assistida, pelo que persistem as infundáveis discussões sobre o assunto.

Nesse passo, posiciona-se pela criação de lei que autoriza a prática da “barriga de aluguel”, com fundamento no princípio da autonomia privada da mulher, podendo ela decidir sobre quais rumos tomar em relação ao seu próprio corpo.

Para tanto, basta que o legislador regulamente a matéria, dispondo de forma explícita sobre os direitos da mãe substituta, assim como da futura mãe biológica ou socioafetiva. Dessa forma, as relações jurídicas se estabilizariam, levando a efeito sempre o melhor interesse da criança e da mulher.

A materialização do procedimento jurídico seria por meio de um acordo, um contrato, no qual se deve obrigatoriamente conter especificações sobre a guarda do filho ou filhos e relações parentais; os métodos de pagamento para a mãe de aluguel; as garantias médicas; as avaliações físicas e psicológicas dos pais e da mãe de aluguel; a possível redução seletiva de nascimentos múltiplos; e, principalmente, as penalidades pelo descumprimento contratual.

Enfim, também seria desejável o esclarecimento das partes de todos os possíveis riscos legais e incertezas decorrentes da matéria objeto do contrato, bem como as consequências graves possíveis que resultariam de uma violação material do acordo pelas partes. Tratar-se-ia de um contrato aleatório como outro qualquer, em função do risco que envolve a matéria.

Sabe-se, portanto, das críticas éticas em relação ao tema, contudo, é a legalização que se espera.

4 A QUESTÃO DA FILIAÇÃO EM CASO DA BARRIGA DE ALUGUEL

Outra questão importante a ser tratada nesse artigo diz respeito à filiação da criança gerada por meio de “barriga de aluguel”.

No tocante à filiação, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece o parentesco por consanguinidade (natural), no qual o vínculo entre mãe/pai ascendente e filho descendente e o parentesco civil, proveniente de um processo de adoção, ou de uma relação socioafetiva.

Dispõe o art. 1.593 do CC: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem” (Brasil, 2002). Contudo, no caso de barriga de aluguel, não há lei que regulamente a filiação da criança.

Maria Helena Diniz nos ensina que filiação é o vínculo existente entre os pais e filhos, decorrente de uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial hete-

róloga, ou seja, a filiação biológica, atualmente, não detém a supremacia sobre a filiação afetiva (Diniz, 2007, p. 420-421).

A questão da afetividade não pode mais se limitar ao campo genético, sobretudo em face das inusitadas situações fáticas que ensejam soluções substancialmente complexas. As facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram permitem a qualquer um realizar o sonho de ter um filho, não sendo necessário ser casado, ou ter um par, ou até mesmo manter uma relação sexual.

Na gestação por substituição, verifica-se que tanto a paternidade quanto a maternidade podem ser questionadas. Para muitos, a verdadeira mãe seria aquela que concebeu o bebê e não quem forneceu o material genético. O mesmo pode ocorrer com o pai, pois, se a lei⁵ diz que, presume-se pai o esposo da mulher que gerou e concebeu a criança, logo, o pai seria o marido daquela que carregou durante nove meses o feto.

Como se observa, a prática da gestação por substituição traz à tona problemas de filiação também não regulamentados pelo direito, restando aos magistrados a resolução dos conflitos conforme os princípios do direito, a ética e a moral em cada caso concreto.

Contudo, como se defende o contrato lícito da “barriga de aluguel”, entende-se que, nesse caso, a maternidade seria sempre certa, ou seja, mãe seria aquela que contratou o útero substituto, prevalecendo, assim, o parentesco psicológico ante a realidade legal, tudo conforme previsto na avença realizada entre as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, percebe-se que a reprodução assistida impôs um novo paradigma referente à paternidade e maternidade, um verdadeiro salto à modernidade, não apenas no pertinente à família, mas em especial ao instituto da filiação.

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

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” (Brasil, 2002)

Suas técnicas facilitam a reprodução, sendo eficazes na resolução dos problemas da infertilidade humana, sobretudo, oportunizando aos casais homo ou heteroafetivos a condição de concretizar o sonho de serem pais e mães, suprimindo a impossibilidade médica ou fática existente no caso concreto.

Nesse contexto, verificou-se que, não obstante a proibição da cobrança pela cessão temporária do útero remunerada, a prática da “barriga de aluguel” é uma realidade social que precisa ser encarada pelo Direito.

A ausência de regulamentação acerca do tema permite que as relações jurídicas sejam decididas exclusivamente pelos Magistrados no caso concreto, com base na juridicidade e levando a efeito os princípios éticos e morais, circunstância que gera uma insegurança jurídica enorme para as pessoas que passam pelo problema.

A fim de resolver a controvérsia, fundado no princípio da autonomia privada da mulher, posicionou-se, ao longo do estudo, pela criação de lei autorizadora do procedimento da “barriga de aluguel”, dispendo sobre os direitos da mãe substituta e futura mãe biológica ou socioafetiva, levando a efeito o melhor interesse da criança.

Sugeriu-se que a materialização do procedimento jurídico fosse por meio de um contrato, no qual obrigatoriamente deveria conter especificações sobre a guarda do filho ou filhos e relações parentais; os métodos de pagamento para a mãe de aluguel; as garantias médicas; as avaliações físicas e psicológicas dos pais e da mãe de aluguel; a possível redução seletiva de nascimentos múltiplos; e, principalmente, as penalidades pelo descumprimento contratual.

Desejável, ainda, que as partes sejam esclarecidas de todos os possíveis riscos legais e incertezas decorrentes da matéria objeto do contrato, bem como as consequências graves possíveis que resultariam de uma violação material do acordo pelas partes.

Assim, embora o tema seja complexo e delicado, entende-se que o procedimento da “barriga de aluguel” ou cessão temporária do útero de forma remunerada deve ser legalizado e regulamentado por Lei no Brasil, podendo ser utilizado como base a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Contudo, não se pode ignorar os aspectos jurídicos inerentes ao tema, levando em conta a realidade social e a evolução científica que, necessariamente, devem ser acompanhadas pelo Direito.

Sendo assim, torna-se imprescindível suprimir a limitação prevista na Resolução do CFM de que a mãe substituta seja apenas parentes de até 4º grau, assim como a vedação do caráter lucrativo do procedimento.

Persegue-se, portanto, que a prática da “barriga de aluguel” seja legalizada no Brasil, pois a mulher detentora de capacidade jurídica, no uso da sua autonomia privada, deve possuir liberdade para assinar um contrato que trate da cessão temporária do seu útero de forma remunerada.

Dessa forma, atender-se-iam aos interesses de ambos os contratantes, a mãe de aluguel geraria a criança para quem não tem essa possibilidade, e, ao mesmo tempo, atenderia seus problemas financeiros, tudo exatamente como se espera no Direito Contratual Contemporâneo.

Vê-se, então, que a discussão é longa, polêmica e envolve muitos aspectos os quais não podem ser ignorados pelo legislador, sendo urgente a necessidade de lei para estabilizar as relações jurídicas relacionadas à “barriga de aluguel”.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em: 6 abr. 2013.

ANHANGUERA, TV. Nasce bebê que terá nome das duas mães na certidão de nascimento. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/04/nasce-bebe-que-tera-os-nomes-das-duas-maes-na-certidao-de-nascimento.html>>. Acesso em 26 abr. 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 328. out/dez. 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e cidadania: o novo código civil brasileiro e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFam/Del Rey, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1596_a_1606.htm>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.434/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BRASIL. Projeto de Lei nº 90, de 1999. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Projeto de Lei nº 90, de 1999. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BUTTI, Nathália. Alugam-se mães. *Veja/SP*, 21.10.2009. Disponível em: <<http://www.embriefert.com.br/midia/noticias.aspx?i=528>>. Acesso em: 6 abr. 2014.

COLLUCCI, Cláudia. Barrigas de aluguel. *Jornal Folha de São Paulo*. Publicado em: 3 fev. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.013/2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 14 maio 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 24 mar. 2014.

CSP. Center for Surrogate Parenting, Inc. Disponível em: <http://www.creatingfamilies.com/IP/IP_Info.aspx?Type=47>. Acesso em: 31 mar. 2014.

CORRÊA, Marilene C. D. V. As novas tecnologias reprodutivas: uma evolução a ser assimilada. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n1/04.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

DABUS, Paula. R. F. Barriga de aluguel pode ser de uma mãe não parente. Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br/barriga-de-aluguel-pode-ser-de-uma-mulher-nao-parente>>. Acesso em: 9 maio 2014.

DELENSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo. Saraiva, 5. v, 2007.

DJSP. Diário de Justiça do Estado de São Paulo de 22 de outubro de 2012. Processo 0050236-30-2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/vdiarios/41626886/djsp-judicial-1a-instancia-capital-22-10-2012-pg-416>>. Acesso em: 7 abr. 2014.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução humana assistida e filiação. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/cej/revistas/num2/Ana%20Claudia%20Brand%E3o%20de%20Barros%20Correia%20Ferraz.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GIUSTI, Iran. Casais Gays contam como ter um filho com a ajuda da “barriga solidária”. Disponível em:< <http://igay.ig.com.br/2013-07-04/casais-gays-contam-como-e-ter-um-filho-com-ajuda-da-medicina.html>>. Acesso em: 12 maio 2014.

GRACE. Barriga solidaria ou barriga de aluguel, leis, riscos e como fazer. Disponível em: <<http://www.big1news.com.br/barriga-solidaria-barriga-aluguel-leis-riscos.html>>. Acesso em: 9 maio 2014.

JOHNSON, Luís Antônio de Abreu. Filho gerado em barriga emprestada deve ser registrado por casal que forneceu material genético. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/50586/filho+gerado+em+barriga+emprestada+deve+ser+registrado+por+casal+que+forneceu+material+genetico.shtml>>. Acesso em: 7 abr. 2014.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KANTROWITZ B. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. SP: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade (Considerações em torno do artigo 1.597 do Código Civil). In: _____ (Coord.). *Grandes temas da atualidade: Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: _____ (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Aspectos da legislação sobre barriga de Aluguel. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-10/aspectos-civis-criminais-legislacao-barriga-aluguel>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

LIMA, Gabriela; CARVALHO, Humberta. Pais biológicos ganham direito de registrar gêmeas geradas pela avó. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/01/pais-biologicos-ganham-direito-de-registrar-gemeas-geradas-pela-avo.html>>. Acesso em: 7 abr. 2014.

LOPES, Adriana Coutinho. *O registro civil dos nascidos de gestação substitutiva*. Tijucas, 2009.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. *Veja*, Edição 2059, Publicada em 07.05.2008.

MARTIS, Flávio Alves et al. Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6>. Acesso em: 26 abr. 2014

MENDES, Marisa Schmitt Siqueira; QUEIROZ, Yuri Augusto dos Santos. Barriga de aluguel. Legalizar? Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26030/barriga-de-aluguel-legalizar>>. Acesso em: 9 maio 2014.

RFI. Barriga de aluguel domina debate sobre casamento gay na França. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20130131-barriga-de-aluguel-domina-debate-sobre-casamento-gay-na-franca>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

SANTOS, Felipe Rocha; MARQUES, Claudia. Lima. “Barriga de Aluguel” Análise da programática ético-jurídico da gestação de substituição. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/74096/resumo_20040983.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 abr. 2014.

SGRECCIA, Elio. *Manuale di bioetica: I – fundamenti ed etica biomédica*. 1999. Vita e pensiero. Largo A. Gemelli, 1 – 20123. Milano.

SILVA, Flavia Alessandra Naves. Gestação de substituição: Direito a ter um filho. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/viewFile/914/894>> Acesso em: 26 abr. 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização do útero de substituição. Disponível em: <http://www.colegioregistralmg.org.br/content/images/artigoacademico/utero_por_substituicao.pdf>. Acesso em: 9 maio 2014.

ZAGO, Adriano Carvalho Humberto. Casal não consegue registrar a filha gerada na barriga de aluguel, em GO. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2012/09/casal-nao-consegue-registrar-filha-gerada-em-barriga-de-aluguel-em-go.html>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

A Possibilidade Jurídica do Vínculo Previdenciário na Relação de Concubinato

ALMERI GUMESSON

Bacharel em Direito, Graduada na Universidade Luterana do Brasil em Santa Maria/RS.

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (Unisc), Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Ritter dos Reis (Canoas/RS), Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade Luterana do Brasil (Ulbra, campus Santa Maria/RS), Advogada.

RESUMO: A família, ao longo da história da humanidade, passou por profundas transformações. Estas evoluções inseriram inúmeras situações no âmbito jurídico, do qual o Direito ainda não obtem entendimento pacificado, como o vínculo previdenciário nas relações de concubinato. Antes de enfrentar essa discussão, faz-se necessário percorrer alguns períodos históricos para que se possa compreender a evolução temporal e legislativa da família. Além disso, diante das formas de união que caracterizam a entidade familiar, vale ressaltar pontualmente cada instituto, assim como o casamento, a união estável, as famílias homoafetivas e o concubinato. Nessa perspectiva, o objeto de estudo consiste em verificar a possibilidade de a concubina figurar como dependente previdenciária do falecido na hipótese de esse ainda manter o casamento. Observa-se que a legislação é omissa em relação ao tema. Entretanto, a jurisprudência tem se manifestado favoravelmente ao rateio da pensão previdenciária entre a esposa e a concubina.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento; pensão previdenciária; concubinato; possibilidade jurídica.

ABSTRACT: The family, throughout the history of mankind, has undergone profound changes. These developments inserted numerous situations in the legal framework, which the law does not get pacified understanding, as the pension bond in the relations of concubinage. Before facing this discussion, it is necessary to go through some historical periods so you can understand the temporal and legal developments of the family. Moreover, given the forms of union that characterize the family unit, it is noteworthy punctually each institute, as well as marriage, common-law marriage, the homoafetivas families and concubinage. In this perspective, the object of study is to verify the possibility of concubine appear as pension of the deceased dependent on the assumption that still maintain the marriage. It is observed that the legislation is silent on the issue. However, case law has given a favorable assessment of the social security pension between the wife and the concubine.

KEYWORDS: Marriage; social security pension; concubinage; legal possibility.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A evolução das relações familiares; 2 O concubinato e sua origem; 3 A previsão constitucional da previdência social; 4 Os beneficiários da pensão por morte; 5 Da impor-

tância dos princípios aplicáveis ao direito de família; 5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana; 5.2 Princípio da igualdade; 6 Inexistência de previsão legal da pensão por morte à concubina; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

No decurso temporal da humanidade, o conceito de família ganhou diversas faces, transformando-se por meio dos tempos, embasado em mudanças religiosas, econômicas e socioculturais do contexto em que se encontrava inserido. Para efeitos jurídicos, a família e a entidade familiar vêm conceituadas nos termos do art. 226 da Constituição Federal, reconhecendo a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Consequentemente, com a transformação no conceito de família, outros institutos vêm se transformando consideravelmente, na medida em que a sociedade se modifica, sendo o principal deles o instituto do casamento.

Tão antiga como o casamento é a relação de concubinato, considerada diferente da união estável, pois normalmente o homem ou a mulher envolvidos nessa relação possuem algum impedimento para a realização do casamento legítimo ou para o reconhecimento da união estável. A noção do concubinato está associada à de pluralidade ou simultaneidade conjugal, ou seja, caracteriza-se pela situação de alguém, ao mesmo tempo, se colocar como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si.

Ainda em relação às entidades familiares, tem-se a chamada união homoafetiva, que nada mais é do que a união de duas pessoas do mesmo sexo, que traz consigo todas as características de um relacionamento, ou seja, um convívio público e duradouro, conceito este que muito se assemelha com o da união estável.

Diante da formação de sociedades de fato, nas diferentes modalidades supramencionadas, decorrem direitos e obrigações resultantes das mesmas. Portanto, o objetivo do presente estudo consiste em analisar o vínculo previdenciário por meio da legislação vigente e do entendimento jurisprudencial em relação ao concubinato, no caso de falecimento do cônjuge varão que mantinha uma união paralela ao casamento, tendo em vista que a legislação vigente é omissa em determinada situação.

1 A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A família foi a primeira célula de organização social, precedendo o Estado. Desta forma, evidencia-se a importância do instituto que deu origem à forma atual de organização que rege a sociedade.

Desde as civilizações mais primitivas até a civilização contemporânea, o modelo e a constituição do que se considera “família” foi sendo modificado¹.

Uma cultura que influenciou muito a instituição *família* da forma como é conhecida atualmente foi a cultura romana. Marco Aurélio Viana² explica que, em Roma, a instituição familiar era baseada no princípio da autoridade, pois o *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, tendo o pai poder sobre as mulheres e ainda o poder de vida e morte sobre os filhos (*ius vitae ac necis*). Diante disso, percebe-se que, em Roma, a família era representada pela figura do ascendente masculino mais velho, que tinha total poder de comando sobre os seus descendentes e sobre o patrimônio familiar.

Com o advento do Cristianismo, o Direito canônico passou a ser o grande responsável por reger as relações familiares. Para este, o casamento deixou de ser apenas uma forma de organização de poder e passou a ser visto como um sacramento, que só poderia ser dissolvido com a morte de um dos cônjuges.

Maria Berenice Dias³ também relata que, ao longo da história, a família gozou de um conceito sacralizado por ser considerada a base da sociedade. As relações afetivas foram apreendidas pela religião, que as solenizou como união divina e abençoada pelos céus. O Estado, não podendo ficar de fora dessa intervenção nas relações familiares, buscou estabelecer padrões de estrita moralidade e de conservação da ordem social, transformando a família em uma instituição baseada no matrimônio.

-
- 1 A esse respeito disserta THOMAZ, Thiago Hauptmann. União homossexual: reflexões jurídicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 82, jan. 2003: “Há notícia de que nas civilizações primitivas a família era formada pela mãe e sua prole, por ser desconhecido o pai. Isso ocorria pelas constantes guerras entre tribos, que faziam as mulheres serem subjugadas por bravos guerreiros vindos de outras tribos. Até, talvez por instinto natural (ou animal), os homens das tribos tinham relações sexuais com diferentes mulheres, engravidavam-nas e deixavam com elas o produto de tais relações. Neste contexto fala-se do surgimento da poligamia, conduta que seria mais tarde relegada a poucas tribos, hoje pouquíssimas civilizações. Mais tarde, por questões morais, religiosas e éticas, a concepção dominante era de que a família deveria surgir do casamento, ser monogâmica e ser liderada pelo ente detentor de maior força física: o homem”.
 - 2 VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de direito civil: direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 2, 1998. p. 24.
 - 3 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. atual. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2010. p. 139 e 125.

Com as transformações da sociedade, a entidade familiar também se transformou. Rodrigo da Cunha Pereira⁴ explica que a evolução da estrutura jurídica familiar desencadeou-se a partir da evolução científica, dos movimentos sociais e do crescente fenômeno da globalização. Para ele, essas profundas mudanças possuem suas raízes atreladas a alguns acontecimentos, como a Revolução Industrial, a nova divisão do trabalho e a Revolução Francesa, tendo como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

No que diz respeito ao Brasil, à época colonial, a família tinha o modelo patriarcal, influenciada pelos colonizadores portugueses⁵, que vigorou por muito tempo. No entanto, em decorrência das transformações da sociedade e das relações cada vez mais conduzidas pelo afeto, percebeu-se a necessidade de modificar a visão da família na legislação brasileira. Assim, a Constituição Federal de 1988 trouxe grandes mudanças no conceito de família vigente no País, sendo que o art. 226 disciplina que a família constitui a base da sociedade e merece proteção do Estado. Além disso, a união estável também é reconhecida como entidade familiar (§ 3º do art. 226 da CF/1988).

Assim, fica claro que o modelo patriarcal, até então preponderante, passou a dar lugar a uma visão mais igualitária dos integrantes da família e novas possibilidades começam a ser consideradas pelos legisladores. Já não há mais a necessidade de haver a união por meio do casamento, mas ainda se mantém a determinação de que essa união deva ocorrer entre um homem e uma mulher, bem como se sugere a conversão em casamento.

A única forma de casamento existente no Brasil, até a proclamação da República, era o casamento religioso, tanto para os católicos como para os evangélicos. O casamento civil foi instituído em 1891, sendo que todas as Constituições Federais do Brasil consagraram o conceito de família associando a mesma com o casamento indissolúvel. Neste interim, a única forma de família reconhecida e protegida legal-

4 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 5, jan./fev./mar. 2003.

5 Assim expõe COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Biblioteca de Filosofia e Histórias das Ciências, v. 5, 1999. p. 215: "Durante todo período colonial, os casamentos faziam-se sob a égide das razões ou interesses familiares. Pais, tutores e outros responsáveis decidiam que alianças seriam contraídas pelos filhos ou tutelados, considerando apenas os benefícios econômicos e sociais do grupo familiar. Os motivos de ordem afetiva raramente pesavam na determinação de uma união conjugal. O casamento aparecia como uma decisão tomada unilateralmente pelo responsável, que impunha ao dependente a obrigação de casar sem levar em conta sua opinião".

mente pelo Estado era a constituída pelo casamento⁶, conforme assevera Maria Berenice Dias⁷.

Apesar de o Código Civil de 2002 já considerar outras formas de constituição de família, o casamento ainda é a instituição com que se tem maior preocupação. Portanto, o presente instituto é a união formal, com rito de celebração prescrito em lei, diferenciando-se da união estável, que é união livre, embora também receba tratamento legal. O casamento deve ser contraído entre homem e mulher, isto é, entre pessoas de sexo oposto.

Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira⁸ ressaltam que o efeito do casamento consiste em “restabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Mesmo tendo sido considerada uma forma de família a partir da Constituição de 1988, a união estável ainda apresentava diferenciações quanto à tutela do Estado em relação ao casamento. Em que pese à equiparação constitucional, a lei civil outorgou à união estável tratamento notoriamente diferenciado em relação ao matrimônio. O Código Civil limitou-se a reproduzir, no seu art. 1.723, que “é reconhecida como entidade familiar, união estável, entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”⁹.

Para que seja reconhecida a união estável, é necessário que esta preencha alguns requisitos, tais como: que as partes envolvidas na relação sejam de sexos diferentes, que tenha um lapso temporal razoável, que haja a ausência de matrimônio civil válido ou de qualquer impedimento matrimonial entre os conviventes, que seja pública e notória, com o intuito de constituir família.

Pode-se observar que a união estável equipara-se ao casamento em diversos aspectos: deve ter o objetivo de constituir família, é baseada nos

6 Nestes termos, assevera DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 139 e 140: “Quando da edição do Código Civil de 1916, era de tal ordem a Sacralização da família, que havia um único modo de se constituir: pelo casamento. A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. Somente era reconhecida a família unida pelos sagrados laços do matrimônio. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A resistência do Estado em admitir relacionamentos outros era de tal ordem, que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento”.

7 Idem, p. 139 e 140.

8 DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 11.

9 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 167.

mesmos valores matrimoniais e acarreta tantos direitos e deveres quanto a instituição do matrimônio. E, principalmente, continuava sendo válida, assim como o casamento, apenas quando constituída entre casais heterossexuais. Ou seja, não contempla a união entre casais do mesmo sexo as chamadas famílias homoafetivas.

Embora já seja comum a constituição de famílias formadas por casais do mesmo sexo, a legislação ainda não ampara esse tipo de relação. Até a pouco tempo, os processos decorrentes de relações homoafetivas eram considerados de responsabilidade civil, atribuindo-se a esses relacionamentos o *status* de sociedade de fato. Assim, apenas os aspectos financeiros eram levados em conta, desconsiderando-se os elos afetivos bem como a intenção de constituir família.

Entretanto, recentemente, os aspectos emocionais, antes desconsiderados nas uniões homoafetivas, passaram a ser mais relevantes que a relação econômica¹⁰. O que se percebe é que há um aumento da compreensão de que a família pode ser constituída das mais variadas formas¹¹.

Desta maneira, é possível observar a evolução do pensamento dos legisladores, bem como da sociedade em geral, em relação às famílias constituídas por casais do mesmo sexo. Mais antigas que essas, porém, e ainda não tuteladas pelo Estado, são as relações paralelas ao casamento ou à união estável, denominadas de concubinato, próximo tema a ser abordado e aprofundado como objeto deste estudo.

2 O CONCUBINATO E SUA ORIGEM

Mesmo antes de serem regulamentadas as instituições como o casamento e a união estável, as relações de concubinato já eram presentes na sociedade. Esses relacionamentos são inclusive citados em publicações tão antigas quanto a Bíblia, que registra o relevante número de 700 esposas e 300 concubinas para o Rei Salomão.

10 A esse respeito destaca DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 54: "Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns".

11 Nessa esteira explicita CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4277 pelo STF. *Revista de Direito de Família*, n. 66, p. 7, jun./jul. 2011: "A preocupação com a regulação das uniões homoafetivas integra a agenda do pensamento jurídico mundial. Hoje, muitos países do mundo deixaram 'cair à venda' outrora existente para ignorar os vínculos homoafetivos. Pouco a pouco, a homoafetividade vem ganhando visibilidade social e jurídica".

No Brasil, os registros da época colonial demonstram que as relações paralelas ao casamento eram bastante comuns, conforme aponta Rangel Cerceau Netto¹²:

[...] as uniões livres e consensuais, também chamadas de concubinato e consideradas ilícitas pela Igreja e pelo Estado, marcaram, em diversas regiões brasileiras, o modelo de configuração familiar predominante da população no período colonial e imperial. Sem dúvida, o que motivou a constatação dessa realidade no Brasil foram os estudos demográficos das décadas de 70 e 80 do século XX. Tais estudos, influenciados pelos modelos demográficos europeus de seriação, permitiram traçar um olhar preciso no desvelamento e na quantificação das uniões livres e consensuais, chegando à conclusão de que estas, caracterizadas pela ilegitimidade e pelo concubinato, constituíam uma parcela significativa das relações conjugais estabelecidas pela população colonial.

Alberto Gosson Jorge Junior¹³ corrobora o registro da prática das relações conjugais não sacramentadas nesse período:

[...] as uniões livres constituíam-se em prática disseminada por toda a sociedade colonial brasileira. Tendo deixado suas mulheres para trás, os portugueses assumiam tais relacionamentos assim que chegavam ao país, acentuando-se que essa rotina transformou “o casamento em exceção e o concubinato em prática comum”.

Doutrinariamente, observa-se que a expressão “concubinato” foi aderida para designar as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Teoricamente, havendo a convivência entre duas pessoas com intuito de constituir família, impedidos de casar, estes não poderão se beneficiar das disposições legais da união estável em um relacionamento paralelo diante da inobservância deste requisito legal.

Neste sentido, o Professor Washington de Barros Monteiro¹⁴ assevera:

Note-se que em razão do regime monogâmico que vigora nas relações conjugais e de união estável, para que esta exista é indispensável à separação de fato, a inexistência de comunhão de vidas no casamento daquele companheiro que ainda tem o estado civil de casado, como dispõe o artigo sob

12 NETTO, Rangel Cerceau. As formas do concubinato diante do viver de “portas a dentro” na antiga Comarca do Rio das Velhas. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A021.pdf>. Acesso em: 20 maio 2012.

13 JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. União estável e concubinato. *Revista de Direito de Família*, n. 45, p. 88, dez./jan. 2008.

14 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004. p. 35.

análise, desse modo a relação que concorre com o casamento em que os cônjuges mantêm vida em comum chama-se concubinato e não recebe a proteção do direito de família. [...].

Em observância ao disposto no regramento constitucional e infra-constitucional, a exigência para o reconhecimento da união estável é de que ambos os companheiros sejam solteiros, separados de fato ou divorciados judicialmente, ou viúvos, que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto, excluindo-se, assim, para fins de reconhecimento de união estável, as situações concomitantes, ou seja, de simultaneidade de relação marital.

O que se exige é a efetiva convivência *more uxorio*, com características de união familiar por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum, entre o homem e a mulher assim comprometidos. Com isso, aos poucos vai deixando de ser uma união livre para se tornar em união amarrada às leis impostas pelo Estado¹⁵.

Neste interim, é notória a relação existente entre o instituto da união estável e o concubinato, obviamente que cada uma com os seus traços individuais e direitos inerentes. Arnaldo Wald¹⁶ destaca a relevância destes institutos no cenário jurídico atual.

Gradativamente, o concubinato e a união livre, como ligações estáveis, nas quais se caracteriza a convivência *more uxoria* para a ter relevância em nosso direito, não apenas para permitir a anulação das doações feitas à concubina, como para permitir a investigação de paternidade.

A lei passou a admitir, inclusive, que em determinadas situações, que a mulher adotasse o sobrenome do companheiro. Assim, não se fazia mais possível ignorar a união estável e o concubinato, pois, além de representarem um fato, passaram a constituir situações jurídicas deflagradoras de importantes consequências no campo do direito.

Tem-se, ainda, que a modalidade de concubinato puro é o envolvimento afetivo, entre homem e mulher, que obedeça a princípios sociais de convivência, classificando-se como casamento não oficial, diante do atendimento de condições impostas à sua celebração e convivência entre os envolvidos. Por sua vez, o concubinato impuro contempla todo e qualquer

15 DIAS, Maria Berenice. *Novos contornos da família brasileira*. 7. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 166.

16 WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito de família*. 17. ed. reform. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2009. p. 349.

envolvimento afetivo que se estabeleça em afronta às condições impostas ao casamento, denominadas impedimentos matrimoniais.

Uma das características marcantes do concubinato, como supramencionado, é a não eventualidade da relação conjugal. Por vezes, relacionamentos concubinários duram por vários anos e os concubinos criam uma relação de dependência financeira entre si, adquirem patrimônio comum, constituem prole, enfim, uma série de outras situações que, inobstante praticadas sob a égide de um ilícito contratual e ofendendo ao princípio da monogamia, não podem ser ignoradas pelo Direito.

O Código Civil de 2002 trouxe a definição de concubinato e excluiu a utilização do termo para designar o que se entende, atualmente, como união estável. Entretanto, nenhuma norma consagra direitos aos concubinos, sendo responsabilidade da doutrina e da jurisprudência analisar os casos desse tipo. Ou seja, a legislação é omissa em relação às consequências jurídicas do concubinato.

Assim, é possível concluir que a modalidade de concubinato puro é o envolvimento afetivo entre homem e mulher que obedeça a princípios sociais de convivência, classificando-se como casamento não oficial, diante do atendimento de condições impostas à sua celebração e convivência entre os envolvidos. Por conseguinte, é importante o estudo detido das interpretações jurisprudenciais dada às uniões concubinárias para que se possam vislumbrar alternativas legislativas de tratamento do fato.

3 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social, prevista na Constituição Federal de 1988, pode ser conhecida como o conjunto de princípios, normas e instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social por meio da contribuição por parte do próprio segurado, com o objetivo de proporcionar meios indispensáveis de subsistência a este e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei.

Wladimir Novaes Martinez¹⁷ conceitua a Previdência Social argumentando que:

Como a técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis a subsistência da pessoa humana quando esta não pode obtê-los ou não

17 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 99.

é socialmente desejável que os aufera pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte, mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.

Por estas razões, a Previdência Social é considerada pelos especialistas como o meio mais eficiente na redistribuição da riqueza nacional, visando ao bem-estar do indivíduo e da coletividade, prestado por intermédio das aposentadorias como forma de reciclagem da mão de obra e oferta de novos empregos. O direito previdenciário nasce como o direito do trabalho, tendo por objetivo minorar as diferenças de classes, de modo a assegurar uma vida digna ao trabalhador, diminuindo as diferenças sociais e redistribuindo renda.

A Previdência Social constitui-se como a forma de assegurar ao trabalhador, com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços quando este for atingido por uma contingência social¹⁸. Há de se fazer uma breve análise deste princípio específico da Previdência Social, denominado solidariedade, conforme preceitua Sergio Pinto Martins¹⁹:

A solidariedade pode ser considerada um postulado fundamental do direito da seguridade social, previsto implicitamente inclusive na Constituição. Sua origem é encontrada na assistência social, em que as pessoas faziam uma assistência mútua, para alguma finalidade e também com base no mutualismo, de se fazer um empréstimo ao necessitado.

O sistema de Previdência Social não tem por objetivo proteger o segurado contra todas as diligências possíveis, mas apenas as previstas em lei. O seu regime é de caráter contributivo, isto é, quem não contribui não tem direito a benefício proporcionado por regime geral. Para fazer jus ao benefício, é necessário o elemento temporal da relação previdência, que é a carência estabelecida em lei²⁰.

Portanto, observa-se que a Previdência Social consiste no conjunto de princípios e regras, atribuindo o seu caráter contributivo por meio de um sistema solidário, de diminuição das diferenças sociais e redistribuição de renda, na medida em que o indivíduo é atingido pelas contingências sociais.

18 São as seguintes contingências de acordo com o art. 201 da Constituição Federal: doença, invalidez, morte, velhice, maternidade, desemprego.

19 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

20 Idem, p. 55.

4 OS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO POR MORTE

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito, quando requerido até 30 (trinta) dias depois deste, do requerimento quando passado após o prazo previsto e da decisão judicial no caso da morte presumida.

Em caso de habilitação de novo dependente em que não houver requerimento administrativo, os efeitos financeiros da pensão deverão ser contados a partir da data do ajuizamento da ação²¹. Para Pedro Orlando²², *in verbis*:

Pensão é uma “renda vitalícia ou temporária” que o Estado ou particular se obriga a pagar, mensal ou anualmente a determinada pessoa em decorrência de serviços prestados. Vê-se que nesta afirmação também há a previsão do pagamento da pensão, não só pelo Estado, mas também pelo particular. Mostra-se que o vocábulo “pensão” é muito amplo, ou seja, é o gênero do qual são espécies da pensão alimentícia do direito civil e a pensão por morte do direito previdenciário.

É importante ressaltar que a Súmula nº 170 do TFR esclareceu que não se extingue a pensão previdenciária se do novo casamento não resulta melhoria na situação financeira da viúva de modo a tornar dispensável o benefício. O art. 201, inciso V, da Constituição Federal destaca:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

A legislação do Regime Geral de Previdência Social (Lei nº 8.213/1991) dispõe que podem ser beneficiários, na qualidade de dependentes:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

21 MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 369.

22 ORLANDO, Pedro. *Novíssimo dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: LEP, 1959. p. 85.

[...].

A pensão por morte é uma prestação assistencial proporcionada pela Previdência Social, de pagamento continuado, reeditável e acumulável com aposentadoria, com vistas a manter a subsistência das pessoas necessitadas as quais dependiam do segurado. Enfim, a finalidade do pensionamento é a de possibilitar que o dependente supérstite promova a sua própria existência, visto que contava com um mantenedor e, após o falecimento deste, viu-se em situação de excepcionalidade.

5 DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Da nova leitura principiológica e constitucional de um direito de família é possível verificar que alguns dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio têm-se por revogados, em especial no vigente Código Civil brasileiro, uma vez que, conforme destaca Rolf Madaleno²³, em sua visão “ainda contemplam, teimosamente, uma relação de privilégio ou, no caminho inverso de discriminação”.

Os direitos fundamentais caracterizados pela inerência a todos os cidadãos, com valor supremo e necessário à ordem jurídica democrática, consubstanciado em princípios fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, inspiram e justificam o postulado da isonomia, prevenindo atitudes arbitrárias e injustas.

E no direito de família é de substancial importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é constituída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação socio-familiar²⁴.

Maria Helena Diniz²⁵ salienta a importância dos princípios dentro do direito de família:

Sem os princípios não há ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de evolução. A ordem jurídica reduzir-se-á a um amontoado de centenas de normas positivas, desordenada e axiologicamente indeterminadas, pois

23 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 16.

24 Idem, p. 19.

25 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 25.

são os princípios gerais que, em regra, rompem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinamicidade que lhe é própria.

Rodrigo Pereira da Cunha²⁶ comunga da mesma linha de pensamento, proferindo que “a força dos princípios jurídicos vai além do direito de família, se difundindo por todo o sistema jurídico, preenchendo lacunas deixadas pelas normas”.

Portanto, ressalta-se a importância da eficácia dos direitos fundamentais, traduzidos na efetividade social, através dos princípios aplicáveis ao direito de família, personalizando as relações surgidas no contexto familiar, representando a materialização no mundo fático dos preceitos legais consubstanciados na análise principiológica.

5.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição Federal, disposto em seu art. 1º, inciso III²⁷, consigna no âmbito do direito de família um planejamento adequado e responsável, prescrevendo ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a todos os membros da prole uma série de direitos elencados na Carta Magna.

Rolf Madaleno afirma que o direito de família se estruturou no princípio da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

O direito de família sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade da pessoa humana, e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.²⁸

Desta forma, observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana consiste em um nivelador das igualdades entre as famílias, promovendo uma conexão entre as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro e o direito de família, atrelados a demais valores da entidade familiar que carecem de amparo jurídico.

26 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 36.

27 “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]”

28 MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 20.

5.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Em busca da equidade social, a Constituição Federal brasileira de 1988 inseriu em seu texto, mais precisamente no art. 5º, *caput*, a previsão de igualdade entre todos, sem distinção legal, criando um âmbito de equiparação de direitos dentro do comando familiar.

José Joaquim Gomes Canotilho²⁹ explica o sentido de direitos iguais, além de fazer uma crítica ao princípio da igualdade ao salientar a discriminação com relação ao conteúdo:

O princípio da igualdade, o sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Toda via o princípio da igualdade reduz a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos da raça judaica devem ser sinalizados na testa, todos os indivíduos da “raça negra” devem ser tratados igualmente em “escolas” separadas das escolas reservadas para branco). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória. A igualdade perante a lei oferece uma garantia bem insuficiente se não for (ou não tiver a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é exigida pelo próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei.

A revolução ocorrida no direito de família, com a Carta Política de 1988, provocou de imediato profundas incursões no terreno da proteção à união estável e nas ideias de igualdade dos cônjuges e da filiação, com o olhar também voltado para a facilitação e não limitação do divórcio³⁰.

Rolf Madaleno³¹ destaca a desnecessidade do vínculo conjugal para que seja dado tratamento igualitário nas relações afetivas.

Essa igualdade dos cônjuges e não só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente, casado para merecer tratamento igualitário nas relações afetivas; é, sobretudo uma isonomia ostentada no fundamento supremo do Estado Democrático, de Direito da Carta da República brasileira, de defesa da dignidade humana.

29 Idem, p. 426.

30 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil*. São Paulo: RT, 1990. p. 12.

31 MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 21.

Portanto, ressalta-se a previsão constitucional do princípio da igualdade entre todas as pessoas, não havendo diferenciação e norma legal em outro viés, razão pela qual o sentido de igualdade na própria lei é um postulado de racionalidade prática, de universalização de tratamentos.

6 INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA PENSÃO POR MORTE À CONCUBINA

É possível observar que, com as transformações da sociedade, a entidade familiar, a partir da evolução científica, dos movimentos sociais e do crescente fenômeno da globalização, apresenta profundas mudanças em suas raízes, inclusive desvinculando-se do modelo patriarcal, que até então vigorava no ambiente familiar. No modelo atual de ordenamento jurídico, existem formas previstas como entidades familiares, tais como o casamento e a união estável.

Já as relações concubinárias adulterinas não apresentam previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, sendo necessário usar da analogia, dos costumes e, ainda, dos subsídios nos princípios gerais do Direito, em acordo com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), para chegar à forma mais satisfatória para a solução do litígio. Águida Arruda Barbosa³² argumenta que

um conflito familiar pode ser transformado e otimizado, com ganhos para toda família, desde que as leis sejam elaboradas, e aplicadas de acordo com a principiologia própria do direito de família. No entanto um conflito familiar pode ser perpetuado, vindo a se tornar um impasse, não pelas disposições das partes ao litígio, mas, quando desrespeitado os cânones de direito de família.

Sendo assim, a legislação brasileira está preparada para solucionar litígios sobre entidade familiar com previsão no ordenamento jurídico atual. Guilherme Giacomelli Chanan explica que

as demais entidades familiares são tipos implícitos, incluídos no âmbito de abrangência da Constituição Federal. Incluem-se, dentro dessa perspectiva, as formas menos usuais, no entanto, cada vez mais ocorrentes, a exemplo das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo e as relações concubinárias adulterinas.³³

32 BARBOSA, Águida Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 157.

33 CHANAN, Guilherme Giacomelli. p. 63.

A Carta Magna de 1988 regulamentou a união estável, não amparando o concubinato adulterino, ficando sem amparo legal para a resolução dos conflitos judiciais, sendo necessária a análise por meio de princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família. É importante salientar, após análise das relações de concubinato, a possibilidade de vínculo previdenciário no caso de falecimento do cônjuge varão que mantinha uma união paralela ao casamento, tendo em vista que a legislação vigente é omissa em determinada situação.

A jurisprudência tem se manifestado em relação à possibilidade de divisão de pensão previdenciária em caso de morte do cônjuge supérstite. Outrora, a jurisprudência dos Tribunais Superiores contemplava o direito da concubina à parcela da pensão por morte deixada por seu companheiro, em concorrência com a ex-esposa. Nesse sentido, colhe-se o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO – CONSTITUCIONAL – PENSÃO POR MORTE – RATEIO – ESPOSA E CONCUBINA – POSSIBILIDADE – HIPÓTESE CONFIGURADA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – MANUTENÇÃO – 1. A concepção acerca da família, é consabido, sofreu significantes variações ao longo dos tempos, tendo sido moldada conforme os anseios de cada época. Neste processo evolutivo, algumas de suas características foram preservadas, outras, por não se adequarem mais à realidade social, restaram superadas. Tal processo de adaptação resultou no que hoje se entende por família. 2. Etapa importante do referido processo evolutivo ao qual a família vem se submetendo encontrou eco e reprodução no mundo jurídico, impondo sua representação na Constituição Federal de 1988, cujas inovações conferiram *status* de família à união estável e aos núcleos monoparentais, pondo-se, desta forma, fim ao conceito “matrimonializado” de família (art. 226 e parágrafos da CF/1988). Neste diapasão, a afetividade, consubstanciada com a estabilidade (relacionamentos duradouros, o que exclui os envoltimentos ocasionais) e a ostentabilidade (apresentação pública como unidade familiar) passa a servir de lastro para a conceituação da família contemporânea. 3. Na atualidade, a família tem sido alvo de profundas reflexões, as quais vêm resultando em modificações no modo de pensá-la e defini-la. Não se trata de questionar a instituição familiar em si, mas sim a forma que adquiriu como resultado do processo histórico que desembocou nos padrões sociais atuais. 4. Com a imposição legal da igualdade entre homens e mulheres, bem como em virtude da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, constatou-se a relevância de se adequar o conceito do modelo familiar, já não mais nos moldes tradicionais. A reformulação jurídica do conceito de família, desta forma, é mero reflexo das inovações ocorridas no cenário social. 5. O momento atual, no que concerne ao modelo familiar, é de transição. Busca-se consolidar um novo formato a ser conferido à família, tendo o ordenamento

jurídico pátrio passado a sofrer alterações significativas, a fim de se adequar aos novos anseios da sociedade. Neste sentido, a CF/1988 representou um marco evolutivo nesse processo de adaptação, ampliando o conceito de família e passando a servir de norte para todas as normas infraconstitucionais. 6. A admissão de outros modelos familiares que não o lastreado no casamento é resultado da alteração da base ideológica de sustentação da família. [...] 7. Entende-se por concubinato puro a modalidade de envolvimento afetivo, entre homem e mulher, que obedeça os ditames sociais. [...] Já o concubinato impuro, por sua vez, refere-se a todo e qualquer envolvimento afetivo que se estabeleça em afronta às condições impostas ao casamento, condições estas materializadas nos impedimentos matrimoniais. 8. A princípio, dentro do quadro evolutivo jurídico, marcado pela valorização do afeto e superação de formalismos, parece ter sido preservada a vigência do princípio jurídico da monogamia. [...] 9. Nessa linha de raciocínio, o reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes de concubinato impuro depende de uma série de requisitos que demonstrem cabalmente a existência de dois relacionamentos (casamento e concubinato) que em praticamente tudo se assemelhem, faltando ao segundo tão-somente o reconhecimento formal. Deve ser levado o efetivo “ânimo” de constituição de uma unidade familiar para fins de proteção mútua e estatal, com suas respectivas variáveis, tais como eventual dependência econômica, tempo de duração da união, existência de filhos, etc. Do contrário, deve prevalecer o interesse da família legalmente constituída. 10. Na hipótese dos autos, *correta a sentença que determinou o rateio da pensão entre esposa e concubina*, eis que restou demonstrado pela autora que *seu relacionamento duradouro com o de cujus se revestia dos requisitos necessários para a caracterização da união estável constitucionalmente protegida*. 11. Atendidos os pressupostos do art. 273 do CPC – a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável –, é de ser mantida a antecipação da tutela deferida na sentença.³⁴ (grifo nosso)

Nessa linha, o reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes de concubinato impuro depende de uma série de requisitos que demonstrem cabalmente a existência de dois relacionamentos (casamento e concubinato) que em praticamente tudo se assemelhem, faltando ao segundo tão somente o reconhecimento formal. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – CONCUBINA – DESMEMBRAMENTO – POSSIBILIDADE – [...] 5. O momento atual, no que concerne ao modelo familiar, é de transição. [...] Neste sentido, a CF/1988 representou um marco evolutivo nesse processo de adaptação, ampliando o conceito de família e passando a servir de norte para todas as normas infraconstitu-

34 Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 0000316-54.2011.404.9999, 6ª Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, DE. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 7 maio 2012.

cionais. 6. A admissão de outros modelos familiares que não o lastreado no casamento é resultado da alteração da base ideológica de sustentação da família. [...] 7. Entende-se por concubinato puro a modalidade de envolvimento afetivo, entre homem e mulher, que obedeça os ditames sociais. Trata-se de verdadeiro casamento não oficializado, uma vez que atende a todas as condições impostas à sua celebração e os envolvidos se comportam como se casados fossem, lhes faltando apenas o reconhecimento estatal. Já o concubinato impuro, por sua vez, refere-se a todo e qualquer envolvimento afetivo que se estabeleça em afronta às condições impostas ao casamento, condições estas materializadas nos impedimentos matrimoniais. 8. A princípio, dentro do quadro evolutivo jurídico, marcado pela valorização do afeto e superação de formalismos, parece ter sido preservada a vigência do princípio jurídico da monogamia. [...] 9. Deve ser levado o efetivo “ânimo” de constituição de uma unidade familiar para fins de proteção mútua e estatal, com suas respectivas variáveis, tais como eventual dependência econômica, tempo de duração da união, existência de filhos, etc. Do contrário, deve prevalecer o interesse da família legalmente constituída. 10. Na hipótese dos autos, não obstante o falecido mantivesse relação matrimonial com a autora, deve ser reconhecida a dependência econômica da corré, já que comprovado que seu relacionamento com o *de cujus* se revestia dos requisitos necessários para a caracterização da união estável constitucionalmente protegida. 11. Sentença de improcedência mantida.³⁵

Ressaltam-se alguns antigos posicionamentos na jurisprudência pátria, relativos à sociedade de fato e à indenização por serviços domésticos prestados, conforme demonstra a ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS – CONCUBINATO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO – Não havendo impedimento algum para o casamento e a união estável entre as partes, não há falar em concubinato. E, ainda que tivesse ocorrido o concubinato, se não comprovada a efetiva contribuição a ensejar a constituição de patrimônio comum, o que viria a caracterizar o enriquecimento sem causa do concubino em detrimento do esforço da concubina, não há como se reconhecer o direito à indenização por serviços prestados no seu sentido genérico. No caso, além de não alegada, também não comprovado que ocorreu união estável entre as partes. Sem contar que na união estável descabe indenização por serviços domésticos prestados. Recurso desprovido.³⁶

35 Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 0007237-29.2011.404.9999, 6ª Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, DE, J. 19.03.2012. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

36 Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70024804833, 7ª Câmara Cível, Relator Ricardo Raupp Ruschel, J. 19.11.2008. Disponível em: <<http://www.tjre.gov.br>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

Da análise do princípio da monogamia, posição adotada por alguns juristas como argumento de improcedência dos pedidos de vínculo previdenciário em caso de concubinato, observa-se que este regramento constituiu-se da renúncia de cada cônjuge à sua liberdade sexual, lançando mão de unir-se sexual ou em íntima afetividade com qualquer outra pessoa diversa de seu consorte. Pablo Stolze Gagliano argumenta a respeito do tema que, “com isso, no entanto não se conclua que, posto a monogamia, seja uma remota característica do nosso sistema, a fidelidade traduz um padrão valorativo absoluto”³⁷.

Nesta senda, algumas decisões foram trazidas à baila com o argumento da impossibilidade de reconhecimento de direitos das relações extraconjugais, tendo em vista a aplicação do princípio da monogamia, conforme é possível verificar³⁸:

UNIÃO ESTÁVEL – Não é possível reconhecer como união estável relações paralelas a um casamento em sua constância face ao princípio da monogamia, que rege a organização da família na sociedade ocidental cristã e no Brasil, de uma forma muito particular. Desproveram, vencida a Relatora.

O Supremo Tribunal Federal³⁹ também já se manifestou a respeito em casos análogos, como se vê a seguir:

PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO – A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. Recurso a que se nega provimento, por maioria de votos.

Neste diapasão, a possibilidade de concessão da pensão por morte em favor do concubino estaria configurada caso o mesmo fosse enquadrado na qualidade de companheiro/cônjuge ou pessoa que do falecido depender financeiramente, compreendendo-se o concubinato como entidade familiar paralela à união estável.

Portanto, a ausência de legislação específica ou de súmula vinculante definindo tal aspecto do Direito Previdenciário ainda causa insegurança

37 GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da(o) amante: na teoria e na prática (dos Tribunais). *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 54, ago./set. 2008.

38 Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70006159099, 7ª Câmara Cível, Relatora Maria Berenice Dias, J. 04.06.2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 31 maio 2012.

39 Brasil. Supremo Tribunal Federal, RE 590770/ES, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 10.02.2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 7 maio 2012.

jurídica, razão pela qual se faz urgente e necessária uma regulamentação maior sobre o tema.

CONCLUSÃO

As transformações no âmbito do direito de família inseriram inúmeras situações que ainda não obtém entendimento pacificado, como o vínculo previdenciário nas relações de concubinato. Embora não haja previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, sendo necessário usar da analogia, dos costumes e, ainda, do subsídio nos princípios gerais do Direito para se chegar à forma mais satisfatória para solução do litígio, a jurisprudência atual tem se manifestado favorável ao reconhecimento, em casos excepcionais, desde que haja o preenchimento de alguns requisitos essenciais que demonstrem uma convivência duradoura.

Observou-se ainda que os princípios aplicáveis ao direito de família, quais sejam, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade, são niveladores das igualdades entre as famílias, promovendo uma conexão entre as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro e o direito de família, atrelados a outros aspectos da entidade familiar que carecem de amparo jurídico.

Por outro lado, ressalta-se a existência de posições contrárias, com enfoque na impossibilidade de procedência dos pedidos, tendo em vista a existência legal do princípio da monogamia conjugal, que se constitui da renúncia de cada cônjuge à sua liberdade sexual, lançando mão de unir-se sexual ou em íntima afetividade. Neste mesmo íterim de manutenção da impossibilidade de procedência do pedido de vínculo previdenciário nos casos de concubinato, existem algumas posições, mais ultrapassadas, em relação à caracterização de sociedade de fato e indenização por serviços domésticos prestados.

Desta forma, verifica-se pela existência de posições jurisprudenciais favoráveis ao reconhecimento do vínculo previdenciário em caso de morte do cônjuge varão nas relações de concubinato, destacando a doutrina, a inexistência de previsão legal e a aplicação de princípios, dos costumes e da analogia na solução de litígios no âmbito judicial.

Nestas decisões, os julgadores optam pelo rateio da pensão previdenciária entre a esposa e a concubina, com fundamentos alicerçados no princípio da razoabilidade, já que inúmeras vezes a concubina exerce papel preponderante, até mesmo contribuindo para a formação patrimonial do

falecido, constituindo com ele família paralela com a legítima, em alguns casos até mesmo gerando filhos.

Diante de todo o exposto e a partir das considerações realizadas, é possível compreender que se trata de um tema ainda controverso e que não recebe a devida atenção por parte do Judiciário, provocando insegurança jurídica nas famílias envolvidas em situações de concubinato. Assim, entende-se o presente trabalho como mais uma possibilidade de reflexão sobre o tema, esperando-se abrir o caminho para outros estudos a respeito dos aspectos jurídicos do vínculo previdenciário na relação de concubinato e os seus desdobramentos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 0000316-54.2011.404.9999, 6ª Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, DE. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 7 maio 2012.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 0007237-29.2011.404.9999, 6ª Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, DE, J. 19.03.2012. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70024804833, 7ª Câmara Cível, Relator Ricardo Raupp Ruschel, J. 19.11.2008. Disponível em: <<http://www.tjre.gov.br>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 590770/ES, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, J. 10.02.2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 7 maio 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70006159099, 7ª Câmara Cível, Relatora Maria Berenice Dias, J. 04.06.2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 31 maio 2012.

CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4277 pelo STF. *Revista de Direito de Família*, n. 66, jun./jul. 2011.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Biblioteca de Filosofia e Histórias das Ciências, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Novos contornos da família brasileira*. 7. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da(o) amante: na teoria e na prática (dos Tribunais). *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 54, ago./set. 2008.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. União estável e concubinato. *Revista de Direito de Família*, n. 45, dez./jan. 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NETTO, Rangel Cerceau. As formas do concubinato diante do viver de “portas a dentro” na antiga Comarca do Rio das Velhas. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A021.pdf>. Acesso em: 20 maio 2012.

ORLANDO, Pedro. *Novíssimo dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: LEP, 1959.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 5, jan./fev./mar. 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil*. São Paulo: RT, 1990.

THOMAZ, Thiago Hauptmann. União homossexual: reflexões jurídicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 82, jan. 2003.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de direito civil: direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito de família*. 17. ed. reform. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2009.

A Averbação Premonitória do Artigo 615-A e sua Aplicação à Execução de Alimentos

DOUGLAS PHILLIPS FREITAS

Advogado, ex-Presidente do IBD Fam/SC, Professor da ESA/OAB – Seção de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, entre outras diversas instituições de pós-graduação. Autor de diversos livros pelas Editoras Forense, Voxlegem, Del Rey, entre outras. Conferencista.

O art. 615-A do Código de Processo Civil foi introjetado em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 11.382, de 2006. Está topograficamente no Capítulo I do Título II do seu Livro II.

O Capítulo I trata das disposições gerais aplicáveis aos demais capítulos, entre eles o Capítulo V, que trata da Execução de Prestação Alimentícia.

Assim sendo, desde já se percebe que a aplicação do art. 615-A à execução de alimentos é não só permitida, mas também de todo aconselhável, pois, como se verá do preceptivo a seguir, faculta ao credor a obtenção de certidão de ajuizamento da ação executiva para sua averbação junto ao órgão registrador atinente a bem de patrimônio do devedor. Veja-se:

Art. 615-A. O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

A utilização do artigo mencionado é o caminho para se evitar a alienação fraudulenta de bens por parte do devedor. A redação do seu § 3º, aliás, disciplina ser presuntiva a fraude de bem após a averbação no órgão competente.

Como é cediço, nos diversos tipos ou ritos de execução, nestes inclusos a execução de alimentos, grande problema da persecução processual é o de encontrar bens do devedor e, encontrando-os, evitar que sejam dissipados, alienados, deixando, assim, a descoberto o crédito que se visa garantir com a constrição que levará ao pagamento do crédito inadimplido.

Preocupado com o terceiro que adquire bens do devedor, após reiterados julgados, o Superior Tribunal de Justiça criou o enunciado da Súmula nº 375, que fixou o entendimento de que, para caracterização de fraude à execução (além, é claro, dos requisitos do art. 593 do CPC), se faz necessário o registro da penhora, ou a prova da má-fé do terceiro adquirente.

A súmula em apreço tem a seguinte redação, *ipsis litteris*:

STJ Súmula nº 375 – 18.03.2009 – DJe 30.03.2009

Reconhecimento da fraude à execução – Registro da penhora – Prova de má-fé do terceiro adquirente

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Comentando-se de trás para a frente a referida súmula, percebe-se que provar a má-fé do terceiro adquirente (salvo em situações óbvias como eventual venda à descendente, ascendente ou colateral que não é prova refutável de fraude mas gera grande indício) é tarefa bastante difícil, senão muitas vezes impossível. Assim sendo, para atender à redação sumular, resta o registro da penhora, registro este que pode agora ser providenciado e até antecipado mediante ato comissivo do próprio credor, com a extração da certidão prevista no art. 615-A.

Do que se disse anteriormente, logo se percebe que o ferramental disponível ao credor de alimentos, como aos demais credores e então exequentes, visa obstaculizar a fraude e dissipação de bens, protegendo, assim – no caso do credor de alimentos –, o seu crédito tão privilegiado pela legislação, doutrina e jurisprudência.

Se é bem verdade que ao credor de alimentos é preferível a penhora via sistema Bacen Jud, tão conhecida como “penhora *on line*”, também é verdade que muitas das vezes esta penhora é frustrada em razão de prévio conhecimento da ação executiva ou, até mesmo, do conhecimento de sua própria condição de devedor, sabendo que a manutenção de numerário em conta bancária é passível de sua eventual constrição e perda em caso de ação executiva deflagrada.

Nos tribunais pátrios se vê a aceitabilidade da averbação da certidão da execução. Para ficar só com um exemplo, segue decisão do TJRS, assim ementada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – RESTRIÇÃO JUDICIAL PELO SISTEMA RENAJUD – O art. 615-A do CPC prevê a possibilidade de o exequente obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução para fins de averbação no Detran, com o que desnecessária a restrição feita por meio do sistema Renajud. Tal medida visa, exatamente, resguardar o credor de eventual alegação de terceiro de boa-fé, pois, nos termos do § 3º do mencionado dispositivo legal, “presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593)”. Negaram provimento. Unânime. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70041142589, 8ª C.Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, J. 31.03.2011)

É com a adoção e aplicação do art. 615-A, na apelidada averbação premonitória, que o credor executivo em geral, e para o objetivo do presente artigo o de alimentos, poderá evitar o que tem levado o Judiciário a esta fase de descrédito, que é o “ganhar e não levar”, no jargão popular.

Embora a averbação mencionada não se confunda com o registro da penhora, ato posterior à constrição, em momento processual posterior, portanto, é a averbação premonitória importante instrumento à disposição do credor, que, independentemente de determinação judicial (e as delongas daí decorrentes: expedição de mandado ou ofício, sua expedição etc.), poderá, para não dizer terá de providenciar sob pena de, não o fazendo, permitir que o devedor e executado alienem bens de seu patrimônio a fim de esvaziá-lo e insolvente não ter bens passíveis de penhora, que, como consequência levam à suspensão do feito executivo e quiçá dizer – com lapso de tempo quinquenal vencido, aliado à contumácia do autor exequente – até mesmo à decretação de prescrição do débito, que, a teor da previsão do § 5º do art. 219 do CPC, pode ser feita até mesmo *ex officio*, após a alteração legislativa propiciada pela Lei nº 11.280, de 2006.

Como não poderia deixar de ser, necessário trazer o que o novo Código de Processo Civil trará acerca do tema ora proposto. As redações dos arts. 749, II, e 785 são complementares e claras:

Art. 749. Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, desde que haja registro público; ou prova da má-fé do terceiro adquirente;

II – quando sobre eles existir a averbação da existência da ação, na forma do art. 785;

III – quando sobre eles existir registro de hipoteca judiciária ou de ato de constrição judicial originário da ação onde foi aliada;

IV – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V – nos demais casos expressos em lei.

Parágrafo único. Não havendo registro, o terceiro adquirente tem o ônus da prova de que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

E o art. 785, por sua vez, traz o substitutivo do próprio 615-A do CPC ainda em vigor:

Art. 785. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz com a identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos à penhora, arresto ou indisponibilidade.

§ 1º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de dez dias de sua concretização.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados, no prazo de dez dias.

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

§ 4º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º, indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.

O primeiro dispositivo, que substitui o art. 593 do CPC de 1973, com alterações, já inclui como hipótese de fraude à execução a alienação ou oneração (compreendendo-se como oneração hipoteca, penhor, alienação fiduciária e até mesmo outros direitos reais) de bens quando já houver a averbação premonitória, no registro competente. A previsão está, como visto, no inciso II do preceptivo. A inclusão foi feita ao mesmo tempo prestigiando a Súmula nº 375 do STJ e a redação do art. 615-A do CPC ainda em vigor. A redação, aliás, deixa claro e indiscutível que é não só o registro da penhora, mas também a averbação da certidão premonitória que servem para assegurar a demonstração de que o terceiro comprador se encontrava – ou deveria estar – ciente da existência de ação movida em desfavor do alienante.

Curioso sobre o art. 615-A, e infelizmente inaplicável à execução de alimentos, o procedimento adotado pelo TRF da 4ª Região na página inicial dos processos em curso. No lado direito da página do processo vê-se um ícone em que apenas em um “clique” o procurador do credor pode extrair a referida certidão. Ao menos no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tal expediente não está disponível, o que é uma pena, uma vez que evita grande perda de tempo a quem está litigando em busca deste direito fundamental, que é dos alimentos, eis que, a partir de 2010, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Emenda Constitucional nº 064/2010, que alterou o art. 6º da Constituição Federal admitindo o Direito à Alimentação como um direito social e, portanto, fundamental.

Assim sendo, na execução de alimentos do rito do art. 732 do CPC, que é aquela que contempla a execução das parcelas vencidas/pretéritas há mais de três meses na data do ajuizamento da ação (já que as vencidas há três meses da data do ajuizamento e as que se vencerem no curso da ação podem ser processadas pelo rito do art. 733, que admite a prisão civil) ou por opção do credor e exequente também aquelas vencidas durante os três meses anteriores à data do ajuizamento e vencíveis no curso da execução (já que se trata de faculdade sua executar ou não, neste caso, pelo rito dos arts. 733 ou 732 do CPC), poderá, e repita-se, deverá o credor exequente providenciar a averbação premonitória para que, cumprindo seu papel processual, faça evitar que o devedor executado dissipe seu patrimônio.

Como sublinhado alhures, a averbação serve para deixar estampado *erga omnes*, ou seja, para todos, já que os registros desta natureza são de consulta pública e livre, que pende execução em desfavor do eventual alienante. Isto, portanto, torna o eventual adquirente ou beneficiário com a oneração ciente da ação em curso e ciente, outrossim, de que pode (se

preenchidos os demais requisitos do ainda vigente art. 593 do CPC) ser decretada fraude à execução, com a consequente nulidade da alienação ou oneração e consequente reversão patrimonial para o alienante executado.

Para fim de arremate, convém lembrar que, assim como o art. 615-A, que trouxe a averbação premonitória, existem ainda outros instrumentos que auxiliam o credor exequente na persecução do crédito alimentar inadimplido. Pode-se dar, à guisa de exemplo, o lançamento do devedor no cadastro dos rols protetivos (cujo maior exemplo é o SPC – Serviço de Proteção ao Crédito), já aceito pela doutrina e com previsão no novo código, ainda não vigente. Também convém lembrar as penhoras do FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do PIS – Plano de Integração Social, epígrafes de todo protegidas por terem legislação própria e restritiva, mas que tem já o agasalho de inúmeras decisões pretorianas.

Para concluir, resta claro que o instituto da averbação premonitória, além de útil e eficaz para cercear a dilapidação patrimonial com fim de evitar constrições judiciais, é de todo aplicável à execução de alimentos. Tanto pela sua colocação topográfica no Código atual quanto pela decisão anteriormente transcrita em sua ementa, percebe-se que ao credor é direito e também dever que deve se socorrer a fim de não tornar inócua a sua pretensão judicial.

Exigência Mínima de 2 anos de Casamento ou União Estável nas Novas Regras da Pensão por Morte Promovidas pela Medida Provisória nº 664/2014

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

Mestre e Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo, onde pesquisa o acesso à justiça na área previdenciária e os meios alternativos à solução do conflito previdenciário, Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo, Professor universitário e de cursos de pós-graduação. Autor de diversos artigos jurídicos.

LUISA HELENA MARQUES DE FAZIO

Mestre em Direitos Humanos (Universidade de São Paulo), com ênfase em relações de gênero. Especialista em Direito Público (FDDJ), Advogada (PUCC) e Socióloga (UNICAMP). Professora universitária e de cursos de pós-graduação, Advogada Orientadora do Escritório de Assistência Judiciária (UNIP-JK), Coordenadora do Núcleo Catanduva da Escola Superior de Advocacia (ESA).

RESUMO: O artigo analisa, com a perspectiva dos direitos previdenciários como direitos fundamentais, uma das profundas alterações legislativas operadas no benefício da pensão por morte pela Medida Provisória nº 664/2014, verdadeira minirreforma previdenciária. Questiona-se a introdução da exigência de tempo mínimo de casamento e união estável (dois anos), especialmente a partir da ideia de que o ordenamento jurídico é um sistema que deve ser coeso e coerente, sem apresentar inconsistências internas, em particular com as regras do direito de família, que impõe outras regras.

PALAVRAS-CHAVE: Direito previdenciário; pensão por morte; Casamento; união estável; tempo mínimo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Alterações na pensão por morte: introdução da exigência de dois anos de casamento e/ou união estável; 2 Direito previdenciário e direito de família; 3 Incompatibilidade vertical e horizontal da nova regra com o restante do ordenamento jurídico; 4 Inaplicabilidade da nova regra à realidade social brasileira; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho é dedicado a enfrentar a recente e inesperada reforma previdenciária que foi introduzida no ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória nº 664, de 30.12.2014.

Debruçamo-nos mais especificamente sobre as alterações impostas ao benefício da pensão por morte, em particular a exigência de dois anos de casamento ou união estável como requisito para concessão da pensão.

O artigo utiliza a perspectiva dos direitos previdenciários como direitos fundamentais (Serau Jr., 2011) para analisar tão profundas alterações legislativas, perpetradas dentro de uma verdadeira minirreforma previdenciária¹.

O que defenderemos aqui é a tese de que a exigência de tempo mínimo para o casamento ou união estável como requisito obrigatório para a obtenção de pensão por morte é regra incompatível com o ordenamento jurídico, sobretudo por afrontar a proteção constitucional conferida à família e diversas regras de direito civil que definem as balizas legais para o casamento.

1 ALTERAÇÕES NA PENSÃO POR MORTE: INTRODUÇÃO DA EXIGÊNCIA DE DOIS ANOS DE CASAMENTO E/OU UNIÃO ESTÁVEL

O benefício previdenciário da pensão por morte foi, sem dúvida, aquele que mais sofreu transformações com a minirreforma previdenciária perpetrada pela Medida Provisória nº 664/2014.

Introduziram-se diversas novas regras para a obtenção desse benefício, como a exigência de prazo carencial de 24 meses; redução no valor do benefício, por meio da alteração dos percentis devidos a cada beneficiário e nas regras de reversão; extinguiu-se a vitaliciedade desse benefício para os cônjuges e companheiros(as), mediante a aplicação de uma tabela de expectativa de vida.

Neste trabalho, analisaremos especificamente outro requisito novo, que consiste na introdução da exigência de tempo mínimo de dois anos de casamento ou de união estável para a concessão da pensão por morte no caso dos cônjuges e companheiros(as).

Essa é a novel exigência contida na proposta de redação do art. 74, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, trazida pela Medida Provisória nº 664/2014, adiante transcrita:

§ 2º O cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício da pensão por morte se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da data do óbito do instituidor do benefício, salvo nos casos em que:

1 Não se pode olvidar que o referido ato normativo também reduziu o alcance do benefício previdenciário do auxílio-doença e foi acompanhado de perto pela Medida Provisória nº 665, de mesma data, que reformou o seguro-desemprego, dificultando-o.

I – o óbito do segurado seja decorrente de acidente posterior ao casamento ou ao início da união estável; ou

II – o cônjuge, o companheiro ou a companheira for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, por doença ou acidente ocorrido após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito.

Regra similar é instituída no âmbito do regime próprio destinado aos servidores públicos federais civis, com alteração do art. 217, § 3º, incisos II e III, da Lei nº 8.112/1990:

II – o cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício da pensão por morte se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da data do óbito do instituidor do benefício, salvo nos casos em que:

a) o óbito do segurado seja decorrente de acidente posterior ao casamento ou início da união estável; ou

b) o cônjuge, o companheiro ou a companheira for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial, por doença ou acidente ocorrido após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito, observado o disposto no parágrafo único do art. 222.

III – o cônjuge, o companheiro ou a companheira quando considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial, por doença ou acidente ocorrido entre o casamento ou início da união estável e a cessação do pagamento do benefício, terá direito à pensão por morte vitalícia, observado o disposto no parágrafo único do art. 222.

Por força do art. 5º da Lei nº 9.717/1998 (diploma legal que estabelece regras gerais para a constituição e funcionamento dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos), este padrão deverá ser seguido também pelos regimes previdenciários destinados a servidores públicos municipais, estaduais e distritais.

Para melhor compreender essa alteração proposta pela Medida Provisória nº 664/2014 (introdução da exigência de tempo mínimo de dois anos de casamento ou de união estável para a concessão da pensão por morte no caso dos cônjuges e companheiros), deve-se analisar certos trechos justificativos constantes da respectiva exposição de motivos (grifos nossos):

7. De igual maneira, é possível a formalização de relações afetivas, seja pelo casamento ou pela união estável, de pessoas mais idosas ou mesmo acometidas de doenças terminais, com o objetivo exclusivo de que o benefício previdenciário recebido pelo segurado em vida seja transferido a outra pessoa. Ocorre que a pensão por morte não tem a natureza de verba transmissível por herança e tais uniões desvirtuam a natureza da previdência social e a cobertura dos riscos determinados pela Constituição Federal, uma vez que a sua única finalidade é de garantir a perpetuação do benefício recebido em vida para outra pessoa, *ainda que os laços afetivos não existissem em vida com intensidade de, se não fosse a questão previdenciária*, justificar a formação de tal relação. Para corrigir tais distorções se propõe que formalização de casamento ou união estável só gerem o direito à pensão caso tais eventos tenham ocorrido 2 anos antes da morte do segurado, ressalvados o caso de invalidez do cônjuge, companheiro ou companheira após o início do casamento ou união estável e a morte do segurado decorrente de acidente.

20. Outro ponto a ser destacado e visando contemplar os mesmos requisitos a serem previstos para o RGPS propõe-se que o cônjuge, companheiro ou companheira somente terá direito ao benefício se data do casamento ou a união estável contar com pelo menos 2 (dois) anos após a data do falecimento do servidor. *Tal proposta visa resguardar a concessão desse benefício aos dependentes do servidor que, de fato, tenham tido convívio familiar que gere a dependência ou relação econômica com o segurado e que afaste eventuais desvirtuamentos na concessão desse benefício*. Assim, com as propostas de alteração no pagamento da pensão por morte buscou-se adequar o regramento anterior à nova realidade da família brasileira em consonância com as modificações que estão sendo propostas para o RGPS.

É claro que em ambos os casos anteriormente tratados há exceções, como quando o óbito do instituidor do benefício da pensão ocorre antes de dois anos de casamento ou união estável por motivo de acidente, ou mesmo quando o cônjuge/companheiro(a) torna-se incapaz para o trabalho antes do mesmo lapso temporal.

Mas essas ressalvas trazidas como mecanismo de flexibilizar/amenizar o regime mais severo imposto à maioria dos segurados não resolvem totalmente o problema causado e as dificuldades adicionais doravante necessárias à concessão do benefício da pensão por morte.

2 DIREITO PREVIDENCIÁRIO E DIREITO DE FAMÍLIA

O ordenamento jurídico brasileiro não comporta ambiguidade em relação à definição jurídica – e definição dos efeitos jurídicos – da instituição do casamento e, em certos aspectos, da união estável.

Embora já não esteja mais em disputa a autonomia científica do direito previdenciário (Serau Jr., 2014), não se pode esquecer que este segmento do Direito se relaciona com outras áreas do conhecimento jurídico, devendo, por sua vez, respeitar conceitos jurídicos e instituições que já estejam consolidadas nessas outras esferas.

É bastante conhecida a concepção de Norberto Bobbio (1999) a respeito da *Teoria do ordenamento jurídico*: o sistema jurídico não é composto de um mero aglomerado de normas jurídicas, mas, ao revés, é um todo coerente, coeso e sistemático, intolerante às antinomias jurídicas, que devem ser eliminadas.

Nesse sentido, e agora com maior aproximação de nosso objeto de estudo, deve-se ter em conta que a definição de casamento e a de união estável, sobretudo seus efeitos jurídicos, não podem ser diversas, seja no campo do direito de família (de onde são originárias), seja no campo do direito previdenciário, onde são aproveitadas.

Conforme Wladimir Novaes Martinez (2011: 251), em formulação abrangente, “todos os princípios de direito privado com universalidade não privativas do direito civil ou direito comercial têm aplicação no seguro social”.

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2014: 61),

com o direito civil, a relação do direito previdenciário se dá a partir de vários aspectos. [...] Também se verifica a necessidade de interação com o direito civil na caracterização do estado das pessoas – filiação, casamento e sua dissolução; ainda cabe salientar a aplicação dos conceitos de capacidade e incapacidade civil, emancipação, ausência e morte presumida, todos obtidos das normas do Código Civil.

Para Taddei, Mongiardino e Naccarato (2002: 294), analisando a legislação argentina,

al otorgar derechos a los beneficios pensionarios, las leyes de la materia lo hacen con independencia de los principios del régimen civil. Ello no llega hasta el extremo de considerar que las leyes de previsión puedan prescindir totalmente de algunas regulaciones del derecho común, como lo son la calificación del parentesco, la existencia del vínculo y su acreditación, entre otros aspectos que deben regirse por las normas comunes.

O magistério de Laura Souza Lima e Britto (2012:71) é bastante incisivo quanto à necessária inter-relação entre direito previdenciário e direito de família:

O que se pretende é demonstrar que, no âmbito do direito civil, em que se encaixa o direito de família, a noção de entidade familiar está intimamente ligada à ideia de assistência material entre parentes, o que pode dar ensejo à obrigação de sustento ou de prestação alimentícia. De maneira análoga, no direito previdenciário, a delimitação do que é família entrelaça-se ao conceito de dependência, o que, de maneira correlata, pode dar causa à obrigação por parte da previdência social de prestar-lhe pensão por morte ou auxílio-reclusão.

Em outras palavras: percebe-se que, em termos jurídicos, independentemente da autonomia dos diferentes ramos do direito, a construção do conceito de família acontece de forma privilegiada no diálogo entre direito de família e direito previdenciário [...].

Segundo a mesma autora (Britto, 2012: 95), que não olvida de ressaltar a autonomia do direito previdenciário, “o diálogo de fontes é essencial para que se encontrem soluções jurídicas que estejam em consonância com os princípios que norteiam tanto o direito de família quanto o direito previdenciário”.

Outrossim, deve ser sublinhado que a história recente do direito previdenciário registra movimento inverso daquele impresso pela alteração pretendida pela Medida Provisória nº 664/2014 – acréscimo do requisito de tempo mínimo de casamento/união estável para obtenção da pensão por morte. A jurisprudência assinala, ao contrário, a ampliação da cobertura previdenciária com aumento de hipóteses de concessão da pensão por morte, mesmo para novas figuras familiares distintas do casamento (Rocha, 2012: 36-37; Gama, 2012: 81-82), como a família monoparental, a união homoafetiva ou o rateio de pensão entre viúva e companheira.

Isso ocorre porque a legislação previdenciária atenta especialmente ao amparo social – decorrente de seu caráter alimentar e de direito fundamental –, ao passo que a legislação civil tem como objetivo primordial não a proteção social, mas a definição das relações entre as pessoas e seu estado (Taddei; Mongiardino; Naccarato, 2002: 294).

Em outras palavras: especialmente à luz do Texto Constitucional e da natureza de direito fundamental das normas previdenciárias, estas só possuem espaço para se afastar das definições oriundas do direito de família (e do direito civil como um todo), sem incorrer na criação de antinomias jurídicas, na medida em que *umentem o nível protetivo da cobertura previdenciária*.

A partir dessas considerações metodológicas, analisaremos a seguir a nova regra imposta à pensão por morte, qual seja, a exigência de tempo mínimo de casamento e união estável.

3 INCOMPATIBILIDADE VERTICAL E HORIZONTAL DA NOVA REGRA COM O RESTANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A introdução da exigência de tempo mínimo dois anos de casamento ou de união estável para a concessão da pensão por morte, sob o pretexto de restar bem configurada a dependência econômica entre os cônjuges/companheiros(as) – como fica implícito na exposição de motivos da Medida Provisória nº 664/2014 –, é assunto carregado de falso moralismo.

Tarifa-se, por meio da aposição de uma medida arbitrária de tempo², qual é o tipo de relação familiar considerada válida para a concessão de um benefício previdenciário relevantíssimo como a pensão por morte. Nota-se, também, uma *indevida intromissão na seara íntima das pessoas*, com repercussões drásticas em termos de redução da cobertura previdenciária³.

Sempre se poderá alegar a existência de casamentos forjados, com o único intuito de fraudar a autarquia previdenciária – conforme sugerido na exposição de motivos –, bem como situações popularmente conhecidas como a das “viúvas negras”, mas esse tipo de episódio deve ser à luz do caso concreto, sob a hipótese de que as fraudes e a má-fé são excepcionais e devem ser comprovadas e exemplarmente reprimidas, não podendo ser como fatores estruturantes de um benefício previdenciário de impacto social tão importante como a pensão por morte, que a sociedade brasileira considera como um *direito previdenciário mínimo*⁴.

Entendemos inviável a exigência de tempo mínimo de casamento ou união estável, pois o direito de família já estabelece um conjunto sólido de regras que impõe, dentro da vigência do casamento e da união estável, inúmeras obrigações de compartilhamento de responsabilidades e direitos, de

2 A título de mera argumentação: por que não fixar o período mínimo de casamento ou união estável em cinco anos ou, em caminho oposto, em tão somente um ano? Como tratar os casos de legítimas uniões familiares que ainda não atingiram esse lapso mínimo e, agora, na vigência do novo regime jurídico, não ensejam a implementação da pensão por morte? Avulta a sensação de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3 Direitos que já expusemos considerá-los como direitos fundamentais, visto que vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana e dotados de especial proteção constitucional, vez que amplamente reconhecidos no Texto Constitucional.

4 Compreendida esta expressão – direito previdenciário mínimo – como uma expectativa social a respeito dos patamares mínimos de proteção social almejada pela coletividade, na linha do que a doutrina vem expondo sobre o mínimo vital.

sorte que a dependência econômica acaba por ser algo ínsito à instituição familiar.

Nesses termos, a norma proposta pela Medida Provisória nº 664/2014 apresenta inconstitucionalidade, por violação ao art. 226 da Constituição Federal⁵, pois o Texto Constitucional alberga uma especial proteção conferida à família, e também ilegalidade ou incompatibilidade legal com diversos dispositivos importantes do Código Civil, destacadamente os arts. 1.511, 1.513, 1.514, 1.565 a 1.568 e 1.723 e 1.724.

Esse conjunto de regras estabelece que o casamento é uma forma de plena comunhão de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, projeto de vida que é insuscetível de sofrer intromissão por qualquer entidade estatal ou privada, cuja validade, desde que atendidas as formalidades legais, é imediata⁶. Em particular nos arts. 1.565 a 1.568⁷ do Código Civil, estabelecem-se os deveres de assistência mútua e de divisão dos encargos familiares oriundos da instituição do casamento, os quais, no

5 Em particular, o que se encontra disposto nos §§ 3º e § 5º:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[...]

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

6 Eis o inteiro teor dos dispositivos legais mencionados, todos do Código Civil de 2002:

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

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”

7 Eis o inteiro teor dos dispositivos legais mencionados, todos do Código Civil de 2002:

“Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

III – mútua assistência;

IV – sustento, guarda e educação dos filhos;

V – respeito e consideração mútuos.

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.”

caso da união estável, encontram-se localizados nos arts. 1.723 e 1.724 do mesmo diploma legal⁸.

4 INAPLICABILIDADE DA NOVA REGRA À REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA

Aplicadas as alterações no benefício da pensão por morte promovidas pela Medida Provisória nº 664/2014 à estrutura social brasileira, em que ainda são frequentes a constituição e a manutenção de relações conjugais pautadas por grande dependência econômica da mulher para com o homem, vislumbra-se que prejudicarão em maior medida as mulheres e, indiretamente, os filhos menores.

Não é nenhum trabalho de criação intelectual tomar em consideração os dramas concretos e corriqueiros vivenciados pelas pensionistas, com o óbito dos seus conviventes: permanecem com filhos menores, necessitando da pensão previdenciária para prover as mezinhas necessidades da prole, a qual será providenciada em menor medida ou mesmo negligenciada pelo órgão estatal, ainda que na vigência de um casamento plenamente válido, mas inferior a dois anos de duração temporal.

A nova regra caminha na contramão de todas as conquistas sociais e do movimento feminista da última década, sobremaneira com a política estatal de igualdade de gênero e empoderamento das mulheres. Pode-se afirmar que a atual política governamental de direitos humanos busca ampliar a proteção às mulheres (v.g., o recém-aprovado Feminicídio, Lei nº 13.104/2015), dando condições político-econômicas para que elas possam se emancipar.

Deve-se ter em mente que grande parte dos pensionistas por morte é do sexo feminino⁹ e que as viúvas, juntamente com a prole, necessitam destes parcos valores para sua sobrevivência. Dessa forma, excluindo a renda dessas mulheres e famílias, haverá retrocesso social e desequilíbrio na igualdade do tratamento entre os relacionamentos: uma relação mais longa será considerada mais justa, merecendo a proteção legislativa.

8 Eis o inteiro teor dos dispositivos legais mencionados:

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

9 “Os dados do Censo Demográfico 2000 apresentam um número de 6.211.209 de pessoas viúvas, onde 5.065.474 destas são mulheres, contra 1.145.735 de homens”. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf>.

Ora, não se pode medir o amor ou a qualidade de uma relação afetiva pelo tempo. Não se trata aqui de requerer que ordenamento jurídico acoberte relações efêmeras e sem o intuito de constituir família. Entretanto, o requisito temporal não nos parece o mais adequado para determinar a seriedade de um relacionamento.

A Exposição de Motivos da MP 664/2014 e o posicionamento do Ministério da Previdência Social tentam amenizar o impacto da nova normatização: “Os benefícios estão garantidos, mas há necessidade de atualização das regras de acesso para acompanhar as transformações da sociedade”¹⁰.

Sob o pretexto de evitar fraudes, a medida provisória em tela contraria todos os avanços legislativos, como, por exemplo, a Emenda Constitucional nº 66/2010, que retirou a exigência mínima de 1 ano de casamento para o divórcio. Hoje, a qualquer tempo, pode-se requerer a dissolução do casamento.

Idêntico raciocínio segue o reconhecimento da União Estável, para o qual não há exigência do decurso de um mínimo temporal.

O direito de família contemporâneo, sucedâneo do fenômeno da constitucionalização do direito civil, não mais tolera o enrijecimento de direitos em meros critérios temporais. Os relacionamentos afetivos hodiernos são diversos daqueles de anos atrás, pois, na Modernidade Líquida (Bauman, 2004), as relações se transformam com muita rapidez, pela fragilidade dos laços humanos.

Destarte, se desnecessária a comprovação de lapsos temporais para a constituição e para a extinção de relacionamentos afetivos no direito de família, também é descabida tal exigência para o direito previdenciário, haja vista o ordenamento jurídico ser um todo coeso, não admitindo antinomias para sujeitos em iguais situações.

Caso a nova regra permaneça, cristalino será o prejuízo para inúmeras famílias, sobremaneira aquelas monoparentais chefiadas por mulheres, trazendo atraso no desenvolvimento econômico-social do País e na busca pela igualdade de gênero.

CONCLUSÕES

A análise que se fez neste trabalho demonstra a gravidade das alterações normativas introduzidas no universo previdenciário pela Medida

10 Comentário do Ministro da Previdência Social, Carlos Eduardo Gabas, em 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/legislacao-regras-do-auxilio-doenca-e-pensao-por-morte-da-mp-664-passam-a-valer/>>.

Provisória nº 664/2014, especialmente a introdução de tempo mínimo de casamento ou união estável (dois anos) para a obtenção do benefício da pensão por morte.

Essa crucial quebra de paradigma no sistema previdenciário brasileiro, além de ter sido imposta à sociedade sem qualquer forma de diálogo político – institucional ou participativo –, é incompatível com diversas outras regras do ordenamento jurídico brasileiro, tanto no plano constitucional como no infralegal, em particular as regras destinadas à proteção jurídica conferida à família.

No plano sociológico, também são bastante claras as consequências funestas em termos de redução do nível geral da proteção social, diante da aplicação de regras draconianas e bastante apartadas da nossa realidade social.

Acaso convertida em Lei a Medida Provisória nº 664/2014, ainda em tramitação no Congresso Nacional¹¹, espera-se que o Poder Judiciário exerça sua missão de controle da constitucionalidade e da legalidade das normas jurídicas, extirpando-a ou adequando-a, em termos hermenêuticos, às demais regras legais, conforme expusemos acima.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. São Paulo: Jorge Zahar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BRITTO, Laura Souza Lima e. Previdência e família na jurisprudência do STJ. In: SERAU JR., Marco Aurélio (Coord.). *Comentários à jurisprudência previdenciária do STJ*. Curitiba: Juruá, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família e direito previdenciário: diálogos possíveis. In: SOUZA, Fábio; SAADI, Jean (Coord.). *Previdência e família – Interseções entre o direito previdenciário e o direito de família*. Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011.

11 Artigo entregue para publicação na data de 13.03.2015.

ROCHA, Daniel Machado da. O direito dos cônjuges e dos companheiros ao benefício da pensão por morte no Regime Geral. In: SOUZA, Fábio; SAADI, Jean (Coord.). *Previdência e família – Interseções entre o direito previdenciário e o direito de família*. Curitiba: Juruá, 2012.

SERAU JR., Marco Aurélio. *Seguridade Social como direito fundamental material*. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Paradigmas científicos e o futuro do direito previdenciário. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, São Paulo: Magister, n. 22, ago./set. 2014.

TADDEI, Pedro J. M.; MONGIARDINO, Carlos J.; NACCARATO, Reinaldo. *Manual de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Depalma, 2002.

7334

Superior Tribunal de Justiça

Sentença Estrangeira Contestada nº 10.380 – EX (2014/0251094-5)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Requerente: A. K. G.

Requerente: A. G.

Repr. por: E. K. G.

Repr. por: Procuradoria-Geral da República

Advogado: Procuradoria-Geral da República – PGR

Requerido: A. M. G.

Advogado: Defensoria Pública da União

EMENTA

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA – ALIMENTOS – CONVENÇÃO DE NOVA YORK E LEI DE ALIMENTOS – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – INSTITUIÇÃO INTERMEDIÁRIA – TRADUÇÃO JURAMENTADA E CHANCELA CONSULAR – DISPENSA – REVISÃO DE ALIMENTOS – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE HOMOLOGADA

1. A pretensão foi articulada pela Procuradoria-Geral da República, na qualidade de Instituição Intermediária, nos termos do art. 2º da Convenção de Nova York Sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro promulgada pelo Decreto nº 56.826/1965, bem como da Lei nº 5.478/1965, que dispõe sobre a ação de alimentos no Brasil. Dessa forma, justifica-se a aplicação da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro à espécie, bem como a legitimidade ativa da Procuradoria-Geral da República para requerer a homologação da sentença estrangeira, tal como prevista no art. 26 da Lei nº 5.478/1965.

2. Esta Corte Superior já se posicionou no sentido de que a exigência da tradução da sentença estrangeira por meio de tradutor oficial ou juramentado no Brasil deve ser mitigada quando o pedido de homologação tiver sido encaminhado pela via diplomática, como ocorrido no presente caso.

3. “É dispensada a chancela consular na sentença alienígena no caso de prestação de alimentos, por força da atuação do Ministério Público Federal, como autoridade intermediária na transmissão oficial dos documentos, nos termos da Convenção sobre Prestação de Alimentos no

Estrangeiro (Decreto nº 56.826, de 02.12.1965), conforme reconhecido pela jurisprudência do STF: SE 3016, Rel. Min. Décio Miranda, Tribunal Pleno, publicado no DJ em 17.12.1982, p. 13.202 e no Ementário v. 1280-01, p. 148” (SEC 7.173/EX, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.08.2013).

4. Foram observados os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito em relação ao pedido inicial, mormente em razão de o conteúdo do título não ofender a soberania nacional, a ordem pública nem os bons costumes, consoante a dicção dos arts. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e arts. 216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ.

5. Pelos documentos juntados na inicial, verifica-se que o requerido foi citado, tendo ciência da decisão que lhe foi imputada quanto ao pagamento da pensão alimentícia.

Porém, essa conclusão não pode ser repetida quando analisados os documentos juntados com a decisão do juízo polonês que majorou a referida verba (e-STJ fls. 75/106), uma vez que não há qualquer indicação de que o requerido foi citado ou que compareceu espontaneamente no juízo alienígena, tampouco que ocorreu a revelia. Sendo assim, a que tudo indica, ele não foi avisado da demanda, nos moldes legais, e o exercício do contraditório restou prejudicado.

6. Quanto à homologação da segunda sentença em que o Tribunal estrangeiro majorou o valor da pensão alimentícia para cada filha, o pedido não deve prosperar.

É que não há qualquer indicação de que o requerido foi citado ou que compareceu espontaneamente no juízo alienígena, tampouco que ocorreu a revelia. Sendo assim, a que tudo indica, ele não foi avisado da demanda, nos moldes legais, e o exercício do contraditório restou prejudicado. Ademais, salienta-se que, neste período da tramitação da revisão de alimentos, ele residia no Brasil, o que torna imprescindível sua citação via carta rogatória, o que não ocorreu.

7. Homologação parcialmente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de

Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: A Corte Especial, por unanimidade, deferiu parcialmente o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Laurita Vaz, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 18 de março de 2015.

Ministro Mauro Campbell Marques,
Relator

Ministro Francisco Falcão,
Presidente

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator):

A Procuradoria-Geral da República, na qualidade de Instituição Intermediária indicada nos termos da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, promulgada pelo Decreto nº 56.826/1965 cumulado com a Lei nº 5.478/1968, requereu a homologação parcial de sentença estrangeira de divórcio com fixação de alimentos, proferida em 9 de junho de 2010, com trânsito em julgado em 19 de junho de 2010, pela Seção Civil do Tribunal Provincial em Zielona Góra, Polônia, com a finalidade de possibilitar a execução das prestações alimentares, que foram fixadas em favor de A. K. G. e A. G. a serem pagas por A. M. G., polonês, residente no Brasil.

Não obstante o requerido tenha sido regularmente citado por carta de ordem (fls. 59/60), o prazo para resposta transcorreu *in albis* (fl. 64).

Foi apresentada manifestação pela Defensoria Pública da União informando que não se opunha ao referido pedido de homologação de sentença estrangeira.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal juntou novos documentos, dentre eles, uma segunda sentença (fls. 77/79) em que o Tribunal estrangeiro majorou o valor da pensão alimentícia para cada filha.

Deu-se vista, então, à Defensoria Pública da União, o qual alegou (fl. 112): (i) ausência de chancela consular e de tradução oficial ou juramentada; (ii) sua discordância com a alteração do pedido inicial juntado por meio da nova sentença de majoração de alimentos.

Encaminhados os autos para o MPF, este não se opôs ao pleito da referida homologação de sentença estrangeira.

Após, o Ministro Presidente do STJ homologou o título judicial estrangeiro. Apresentado agravo regimental, tal decisão foi reconsiderada, tendo sido determinada a distribuição dos autos, em razão da presença de contestação.

A parte requerente foi intimada a apresentar a comprovação da citação do requerido acerca da sentença de revisão de alimentos, o que não foi providenciado.

Instado a se manifestar novamente, o Ministério Público Federal opinou pelo não prosseguimento do feito em relação à sentença de revisão de alimentos.

É o relatório.

EMENTA

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA – ALIMENTOS – CONVENÇÃO DE NOVA YORK E LEI DE ALIMENTOS – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – INSTITUIÇÃO INTERMEDIÁRIA – TRADUÇÃO JURAMENTADA E CHANCELA CONSULAR – DISPENSA – REVISÃO DE ALIMENTOS – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE HOMOLOGADA

1. A pretensão foi articulada pela Procuradoria-Geral da República, na qualidade de Instituição Intermediária, nos termos do art. 2º da Convenção de Nova York Sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro promulgada pelo Decreto nº 56.826/1965, bem como da Lei nº 5.478/1965, que dispõe sobre a ação de alimentos no Brasil. Dessa forma, justifica-se a aplicação da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro à espécie, bem como a legitimidade ativa da Procuradoria-Geral da República para requerer a

homologação da sentença estrangeira, tal como prevista no art. 26 da Lei nº 5.478/1965.

2. Esta Corte Superior já se posicionou no sentido de que a exigência da tradução da sentença estrangeira por meio de tradutor oficial ou juramentado no Brasil deve ser mitigada quando o pedido de homologação tiver sido encaminhado pela via diplomática, como ocorrido no presente caso.

3. “É dispensada a chancela consular na sentença alienígena no caso de prestação de alimentos, por força da atuação do Ministério Público Federal, como autoridade intermediária na transmissão oficial dos documentos, nos termos da Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro (Decreto nº 56.826, de 02.12.1965), conforme reconhecido pela jurisprudência do STF: SE 3016, Rel. Min. Décio Miranda, Tribunal Pleno, publicado no DJ em 17.12.1982, p. 13.202 e no Ementário v. 1280-01, p. 148” (SEC 7.173/EX, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.08.2013).

4. Foram observados os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito em relação ao pedido inicial, mormente em razão de o conteúdo do título não ofender a soberania nacional, a ordem pública nem os bons costumes, consoante a dicção dos arts. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e arts. 216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ.

5. Pelos documentos juntados na inicial, verifica-se que o requerido foi citado, tendo ciência da decisão que lhe foi imputada quanto ao pagamento da pensão alimentícia.

Porém, essa conclusão não pode ser repetida quando analisados os documentos juntados com a decisão do juízo polonês que majorou a referida verba (e-STJ fls. 75/106), uma vez que não há qualquer indicação de que o requerido foi citado ou que compareceu espontaneamente no juízo alienígena, tampouco que ocorreu a revelia. Sendo assim, a que tudo indica, ele não foi avisado da demanda, nos moldes legais, e o exercício do contraditório restou prejudicado.

6. Quanto à homologação da segunda sentença em que o Tribunal estrangeiro majorou o valor da pensão alimentícia para cada filha, o pedido não deve prosperar.

É que não há qualquer indicação de que o requerido foi citado ou que compareceu espontaneamente no juízo alienígena, tampouco que ocorreu a revelia. Sendo assim, a que tudo indica, ele não foi avisado da demanda, nos moldes legais, e o exercício do contraditório restou prejudicado. Ademais, salienta-se que, neste período da tramitação da revisão de alimentos, ele residia no Brasil, o que torna imprescindível sua citação via carta rogatória, o que não ocorreu.

7. Homologação parcialmente deferida.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Trata-se de homologação parcial de sentença estrangeira de divórcio com fixação de alimentos, proferida em 9 de junho de 2010, com trânsito em julgado em 19 de junho de 2010, pela Seção Civil do Tribunal Provincial em Zielona Góra, Polônia, com a finalidade de possibilitar a execução das prestações alimentares, que foram fixadas em favor de A. K. G. e A. G. a serem pagas por A. M. G., polonês, residente no Brasil.

A pretensão foi articulada pela Procuradoria-Geral da República, na qualidade de Instituição Intermediária, nos termos do art. 2º da Convenção de Nova York Sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro promulgada pelo Decreto nº 56.826/1965, bem como da Lei nº 5.478/1965, que dispõe sobre a ação de alimentos no Brasil.

Dessa forma, justifica-se a aplicação da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro à espécie, bem como a legitimidade ativa da Procuradoria-Geral da República para requerer a homologação da sentença estrangeira, tal como prevista no art. 26 da Lei nº 5.478/1965.

Nos termos dos arts. 216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ e do art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: haver sido proferida por autoridade competente; terem as partes sido citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; ter transitado em julgado; estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil; não ofender a soberania ou ordem pública.

No presente caso, quanto ao pedido inicial de alimentos, os requisitos encontram-se cumpridos.

Em primeiro lugar, quanto à tradução da sentença estrangeira por meio de tradutor oficial ou juramentado no Brasil, esta Corte Superior já se posicionou no sentido de que esta exigência deve ser mitigada quando o pedido de homologação tiver sido encaminhado pela via diplomática, como ocorrido no presente caso. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – ALIMENTOS – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA RESOLUÇÃO Nº 9/2005 DO STJ – HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA

1. “Descabe o questionamento quanto à autenticidade dos documentos que instruíram o pedido, uma vez que foram todos digitalizados na forma da Lei nº 11.419/2006 para processamento na forma eletrônica” (SEC 7.124/EX).

2. A comprovação do trânsito em julgado prevista no art. 5º, inciso III, da Resolução nº 9/2005 não exige certidão específica com termo equivalente ao previsto na processualística pátria, podendo ser feita por outros meios idôneos.

3. “As exigências de que a sentença estrangeira esteja autenticada pelo cônsul brasileiro e de que tenha sido traduzida por tradutor juramentado no Brasil cedem quando o pedido de homologação tiver sido encaminhado pela via diplomática. Sentença homologada” (SEC 2108/FR, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe de 25.06.2009).

4. Sentença homologada.

(SEC 9.953/EX, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, Julgado em 20.11.2013, DJe 28.11.2013)

SENTENÇA ESTRANGEIRA – HOMOLOGAÇÃO – As exigências de que a sentença estrangeira esteja autenticada pelo cônsul brasileiro e de que tenha sido traduzida por tradutor juramentado no Brasil cedem quando o pedido de homologação tiver sido encaminhado pela via diplomática. Sentença homologada.

(SEC 2.108/FR, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, Julgado em 20.05.2009, DJe 25.06.2009)

Em segundo lugar, “é dispensada a chancela consular na sentença alienígena no caso de prestação de alimentos, por força da atuação do Ministério Público Federal, como autoridade intermediária na transmissão oficial dos documentos, nos termos da Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro (Decreto nº 56.826, de 02.12.1965), conforme reconhecido pela jurisprudência do STF: SE 3016, Rel. Min. Décio Miranda, Tribunal Pleno, publicado no DJ em 17.12.1982, p. 13.202 e no Ementário v. 1280-01, p. 148” (SEC 7.173/EX, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe

19.08.2013). Precedentes desta Corte Especial: SEC 11.430/EX, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, Julgado em 17.12.2014, DJe 19.12.2014; SEC 10.549/EX, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, Julgado em 05.11.2014, DJe 17.11.2014.

Assim, foram observados os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito em relação ao pedido inicial, mormente em razão de o conteúdo do título não ofender a soberania nacional, a ordem pública nem os bons costumes, consoante a dicção dos arts. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e arts. 216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ.

Quanto à homologação da segunda sentença (fls. 77/79) juntada aos autos, em que o Tribunal estrangeiro majorou o valor da pensão alimentícia para cada filha, o pedido não deve prosperar.

Pelos documentos juntados na inicial, verifica-se que o requerido foi citado, tendo ciência da decisão que lhe foi imputada quanto ao pagamento da pensão alimentícia. Porém, essa conclusão não pode ser repetida quando analisados os documentos juntados com a decisão do juízo polonês que majorou a referida verba (e-STJ fls. 75/106), uma vez que não há qualquer indicação de que o requerido foi citado ou que compareceu espontaneamente no juízo alienígena, tampouco que ocorreu a revelia. Sendo assim, a que tudo indica, ele não foi avisado da demanda, nos moldes legais, e o exercício do contraditório restou prejudicado.

Ademais, salienta-se que, neste período da tramitação da revisão de alimentos, ele residia no Brasil, o que torna imprescindível sua citação via carta rogatória, o que não ocorreu.

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, para homologação de sentença estrangeira proferida em processo que tramitou contra pessoa residente no Brasil, revela-se imprescindível que a citação tenha sido por meio de carta rogatória. Abaixo, os seguintes precedentes:

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – AÇÃO DE COBRANÇA – PORTUGAL – AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO PELO CÔNSUL BRASILEIRO – PESSOA DOMICILIADA NO BRASIL – CARTA ROGATÓRIA – NECESSIDADE – CITAÇÃO INVÁLIDA – HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA

1. Ausência da autenticação pelo cônsul brasileiro da sentença estrangeira cuja homologação se pede (art. 5º, inciso IV, da Resolução nº 9/2005) e vício na citação da requerida.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, para homologação de sentença estrangeira proferida em processo que tramitou contra pessoa residente no Brasil, revela-se imprescindível que a citação tenha sido por meio de carta rogatória.

3. Ademais, mesmo que se pudesse sustentar que a citação pelo correio foi válida por ser usual em Portugal, uma vez que na ação de origem, perante o Tribunal Judicial da Comarca de São João da Madeira, deu-se por carta comum com AR – aviso de recebimento, nela não consta a assinatura da demandada e sim a firma de terceira pessoa.

4. Pedido de homologação indeferido.

(SEC 8.396/EX, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, Julgado em 19.11.2014, DJe 11.12.2014)

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – DIVÓRCIO – CITAÇÃO INVÁLIDA – HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA

1. Ausente um dos requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira, qual seja, a citação válida, indefere-se o pedido.

2. No caso, não resta comprovado que o requerido teve ciência da demanda contra si ajuizada. Além disso, verifica-se que, no período de tramitação do processo cuja sentença se pretende homologar, residia o requerido no Brasil.

Desse modo, era imprescindível sua citação mediante carta rogatória, o que não ocorreu.

3. Pedido de homologação indeferido.

(SEC 8.720/EX, Rel^a Min. Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, Julgado em 19.03.2014, DJe 26.03.2014)

SENTENÇA ESTRANGEIRA – HOMOLOGAÇÃO – DIVÓRCIO – CITAÇÃO INVÁLIDA

1. Para homologação de sentença estrangeira proferida em processo que tramitou contra pessoa residente no Brasil, revela-se imprescindível que a citação tenha sido regular, assim considerada a que fora efetivada mediante carta rogatória.

2. Homologação indeferida.

(SEC 8639/EX, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 02.05.2013)

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – CITAÇÃO VÁLIDA – PESSOA DOMICILIADA NO BRASIL – CARTA ROGATÓRIA – NECESSIDADE – PEDIDO HOMOLOGATÓRIO INDEFERIDO

I – A citação de pessoa domiciliada no Brasil para responder a processo judicial no exterior deve se realizar necessariamente por meio de carta rogatória, sendo inadmissível a sua realização por outras modalidades. Precedentes: SEC 3.383/US, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 02.09.2010; SEC 684/US, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 16.08.2010; SEC 1.483/LU, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe de 29.04.2010; SEC 4.611/FR, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 22.04.2010; SEC 477/US, Corte Especial, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 26.11.2009; SEC 2.493/DE, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 25.06.2009.

II – Ausente o requisito indispensável da citação regular ou verificação legal da ocorrência da revelia, é de se indeferir o pedido de homologação de sentença estrangeira. Pedido homologatório indeferido.

(SEC 7193/EX, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 10.05.2012)

Ante o exposto, defiro o pedido de homologação parcial do título judicial estrangeiro, apenas quanto ao capítulo relativo aos alimentos inicialmente fixados em favor das ora requerentes.

Sem condenação em honorários uma vez que os autores estão representados pelo Ministério Público Federal, na qualidade de instituição intermediária.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2014/0251094-5

Processo Eletrônico SEC 10.380/PL

Número Origem: 201302400002

Pauta: 18.03.2015 Julgado: 18.03.2015

Segredo de Justiça

Relator: Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Secretária: Bel^a Vania Maria Soares Rocha

AUTUAÇÃO

Requerente: A. K. G.

Requerente: A. G.

Repr. por: E. K. G.

Repr. por: Procuradoria-Geral da República

Advogado: Procuradoria-Geral da República – PGR

Requerido: A. M. G.

Advogado: Defensoria Pública da União

Assunto: Direito Internacional – Casamento e divórcio

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Corte Especial, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, deferiu parcialmente o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Laurita Vaz, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha.

7335

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial nº 1.444.747 – DF (2014/0067421-5)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: M. M. C.

Advogada: Clarice Pereira Pinto

Recorrido: E. T. M. N.

Recorrido: V. T. S. C.

Advogado: Maria Espedita Moreira Milani

EMENTA

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

1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva.
2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal.
3. A realidade dos autos, insindicável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade.
4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade.
5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil).
6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo

pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2015 (data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Trata-se de recurso especial, interposto por M. M. C., com fulcro na alíneas a e c do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assim ementado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – ADOÇÃO DE PESSOA MAIOR – AUSÊNCIA DE CONTATO PESSOAL ENTRE PAI BIOLÓGICO E FILHO POR APROXIMADAMENTE DOZE ANOS – COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE ADOTANTE E ADOTADO – AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DO GENITOR – PRESCINDIBILIDADE – PRECEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – 1. *Tendo sido o pedido de adoção formulado conjuntamente pelo adotante e adotado e com o consentimento da genitora deste e o dissenso do pai biológico, há que se privilegiar a realidade que se encontra evidenciada no vínculo socioafetivo estabelecido entre o adotante e o adotado, e que não pode ser negligenciada pelo poder judiciário em nome de uma relação de parentesco consubstanciada na simples paternidade registral.* 2. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que, para o deferimento do pedido de adoção de pessoa que já atingiu a maioridade civil é desnecessário o consentimento do genitor. 3. Recurso improvido. Sentença mantida.” (e-STJ fl. 318 – grifou-se)

Cuida-se, na origem, de ação de adoção de maior de idade combinada com pedido de destituição do vínculo paterno, proposta por E. T. M.

N. (adotante) em favor de V. T. S. C. (adotando) e em desfavor de M. M. C. (pai biológico de V. T. S. C.), que se encontra em lugar incerto e não sabido há mais de 14 anos. O autor E. T. M. N., nascido em 01.04.1958, pede o deferimento de adoção de pessoa maior e capaz, nascida em 28.03.1991, com a sua concordância e de sua genitora, M. C. T. S., com quem convive em união estável desde 1993 e é casado desde 17.12.1999.

O pedido foi fundamentado nos seguintes termos:

“[...] 2. O adotante passou a viver em união estável com a genitora do adotando no ano de 1993 e, desde então, começou a cuidar do filho de sua companheira, que ainda pequeno, com apenas 2 (dois) anos de idade, foi viver no novo lar conjugal, sob sua guarda e proteção, como se filho biológico fosse, oportunidade em que lhe permitiu acompanhar, de perto, todo o desenvolvimento de sua infância e adolescência, além de poder desempenhar o verdadeiro papel de pai, oferecendo-lhe todos os cuidados e proteção inerentes a paternidade.

Posteriormente, o adotante casou-se com a mãe do adotando, com a qual tem ainda outra filha, irmã do adotando (conforme certidões anexas, fls. 13 e 33). Com o passar dos anos, *a relação entre pai e filho, construída dia a dia, aprimorou-se num verdadeiro vínculo de afetividade e afinidade, com estreitos laços de amor, carinho, confiança e respeito, dispensando qualquer estágio de convivência.*

3. Desde que passou a exercer o papel de pai de fato, o adotante é quem mantém o sustento, educação, assistência médica e outras despesas com a criação do adotando [...].

4. *Embora conste no registro civil do adotando, como genitor biológico, o Sr. M. M. C., vale mencionar que sua participação na vida do filho resumiu-se apenas e tão-somente ao ato formal de registrá-lo, pois, desde que se separou de sua mãe, nunca mais prestou qualquer tipo de assistência material, emocional ou de vínculo afetivo, restando o completo distanciamento entre pai e filho consangüíneos, a ponto de não se saber até mesmo onde ele possa ser localizado. Por outro lado, acontecia uma relação sincera e verdadeira entre adotante e adotando, desenvolvendo-se naturalmente, ao que se conclui que a única forma de garantir o seu futuro, livre de qualquer constrangimento que possa advir, seria buscar a tutela jurisdicional, com o intuito de formalizar a filiação civil a quem realmente o criou, com direito a usar o sobrenome ‘Muller’, e, conseqüentemente, com a extinção da filiação em relação ao seu pai biológico.”* (e-STJ fls. 4-6 – grifou-se)

O genitor foi citado e apresentou contestação.

O Juízo da 3ª Vara de Família de Brasília/DF julgou procedente o pedido, considerando desnecessário o consentimento do pai biológico na hipótese de adoção de pessoa maior de idade (e-STJ fl. 268), e determinou a alteração do nome do adotado para V. T. M e o cancelamento do registro civil original.

Constatou que, “em que pesem as alegações do pai biológico no sentido de que diversas foram as razões de seu afastamento do adotando, a realidade é que o adotando foi criado pelo adotante, *desde seus dois anos de idade*, gerando forte vínculo de paternidade sócio afetiva, o que foi demonstrado no processo e na ocasião da audiência de instrução”, concluindo que “a presente demanda apenas irá constituir na esfera jurídica das vidas das partes a realidade que já está consolidada há aproximadamente 19 anos, no sentido de que os autores são uma família criada pelos laços do afeto e do amor, juntamente com a genitora do adotando” (e-STJ fl. 271 – grifou-se).

O pai biológico M. M. C. apresentou apelação (e-STJ fls. 276-281), alegando, em síntese, que deveria ter sido aplicado, por analogia, o disposto no art. 45, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por determinação expressa contida no art. 1.619 da Lei nº 12.010/2009, a fim de condicionar a adoção ao consentimento do pai biológico, requisito que reputa essencial.

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo nos termos da ementa antes mencionada.

Os embargos de declaração opostos ao acórdão recorrido foram rejeitados (e-STJ fls. 343-351).

Nas razões do apelo nobre (e-STJ fls. 355-378), o recorrente aduz, em resumo, violação do art. 535 do Código de Processo Civil porque o acórdão proferido nos embargos declaratórios teria sido omissivo ao não se manifestar acerca da seguinte premissa:

“[...] o Embargante, pai biológico do Embargado V., não é desconhecido, como também, não houve sua destituição do poder familiar, por isso, não pode o Poder Judiciário, consolidar situação – dispensar, na adoção, o consentimento de pai biológico, eis que se trata de afronta ao art. 1.621 do Código Civil, pois *é requisito indispensável para a adoção o consentimento de ambos os pais biológicos, mesmo se um desses exerce sozinho o poder familiar*” (e-STJ fl. 356 – grifou-se).

Afirma que, ao não se pronunciar quanto ao tema, houve violação dos arts. 1.621 do Código Civil e 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto descumpridos, pelo Tribunal de origem, os requisitos postos

na legislação no que se refere à adoção de pessoa maior, que afastou a necessidade de consentimento do genitor mesmo que não destituído do seu poder familiar.

Após as contrarrazões (e-STJ fls. 424-443), o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fls. 445-446), ascendendo os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, por meio do seu representante, o Subprocurador da República Maurício de Paula Cardoso, opinou pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 461-462).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (relator): O recurso não merece provimento.

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

No tocante à alegada negativa de prestação jurisdicional (art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil), agiu corretamente o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos declaratórios por inexistir omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada.

Como bem consignado no parecer ministerial,

“O Tribunal *a quo* prestou, de forma completa, a jurisdição reclamada, apenas não proferindo decisão que favorecesse ao recorrente, que não caracteriza as apontadas violações aos dispositivos de lei federal. Mera insurgência com a razão de decidir assimilada no decisório não constitui causa hábil a amparar a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil” (e-STJ fl. 467).

No mérito melhor sorte não socorre o recorrente.

O art. 1.621 do Código Civil, que foi revogado pela Lei nº 12.010/2009, ostentava a seguinte redação:

“Art. 1.621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009)”

A partir da nova legislação, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) passou a reger a relação em análise, como se verifica do art. 1.619, cuja redação passou a ser a que ora se transcreve:

“A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).”

No que se refere às regras gerais presentes no mencionado Estatuto, destaca-se que o art. 45 prevê condições idênticas às que constavam no revogado art. 1.621 do Código Civil, quais sejam:

“A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do *pátrio poder* familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.”

Nesse contexto, tendo sido apontado como violado também o art. 45 do ECA, é necessário reconhecer o preenchimento do requisito formal do questionamento da matéria federal tida como violada.

O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando e, no caso concreto, a despeito de o pai não ser um desconhecido completo, a realidade dos autos explicita que nunca desempenhou a função paternal, estando afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, tempo suficiente para estremecer qualquer relação, permitindo o estreitamento de laços com o pai socioafetivo.

Válido, mencionar, por oportuno, a fundamentação do acórdão recorrido quanto à prescindibilidade do consentimento do pai biológico para a adoção do filho maior:

“[...] as provas colhidas durante a instrução, em especial, o depoimento pessoal do apelante (fl. 247), demonstram que, embora o ordenamento jurídico lhe proporcionasse os meios necessários para que pudesse manter o convívio familiar com seu filho, o apelante preferiu permanecer afastado, tendo em

vista que expressamente declarou que ‘não tinha condições financeiras nem psicológicas de buscar regulamentação ou execução da regulamentação de visitas’, bem como que ‘sequer passava pela cabeça do depoente entrar com ação para resguardar seus direitos de visita’.

Acrescente-se que, mesmo tendo localizado seu filho nas redes sociais, o apelante não demonstrou qualquer interesse em promover um encontro pessoal com seu filho, tendo afirmado que ‘nos contatos via Internet, disponibilizou seu telefone, mas não chegou a marcar encontro com o V.’.

O fato é que o último contato pessoal que o apelante manteve com seu filho ocorreu quando V. contava com idade entre 6 (seis) a 7 (sete) anos, sendo certo que, quando do ajuizamento da presente demanda, o adotando contava com quase 19 (dezenove), anos de idade, isto é, transcorreram-se mais de 12 (doze) anos sem que o apelante tenha exercido qualquer dos deveres inerentes à paternidade, papel este que foi exercido, conforme demonstrado nos autos, pelo adotante, a quem o adotando reconhece como sendo seu pai [...]

À toda evidência, a verdade biológica impõe a paternidade, mas a verdade sociológica constrói, paulatinamente, a paternidade. A relação entre pais e filhos não se esclarece apenas na descendência genética, mas, sim, e preponderantemente, na relação socioafetiva, que supre o indivíduo em suas necessidades elementares de alimentação, lazer, educação, sem desconsiderar o afeto e o amor. E esta realidade que se encontra evidenciada no vínculo socioafetivo, estabelecido entre o adotante e o adotado, e que não pode ser negligenciada pelo Poder Judiciário em nome de uma relação de parentesco consubstanciada apenas na paternidade registral [...]”. (e-STJ fls. 316-324 – grifou-se)

Por sua vez, o art. 48 do ECA prevê:

“Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.” (NR)

Assim, a partir de uma interpretação teleológica do art. 48 do ECA, sendo possível ao filho maior buscar suas origens biológicas, também impõe-se reconhecer o direito de afastá-las por definitivo, por meio de adoção quando atingida a maioridade (atualmente o adotando tem 22 anos de idade), a fim de consagrar a socioafetividade, realidade fática devidamente atestada pelas instâncias ordinárias.

Extrai-se das contrarrazões que

“[...] O adotando foi criado e integralmente assistido pelo padrasto (o adotante) desde os 2 anos de idade e, ao mesmo tempo em que o pai biológico, que nunca pagou um centavo de pensão alimentícia foi e continua ausente e distante, sem contato com o filho por décadas, por outro lado, a vida seguiu dando oportunidades para que se estabelecesse a filiação sócio afetiva, construída ao longo dos anos, trata-se de uma situação real consolidada, e não há como retroagir e mudar.” (e-STJ fl. 433)

Não se olvida, aliás, que o direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz. De fato, é cediço que o poder familiar se extingue pela maioridade (art. 1.635 do Código Civil), pois “*os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores*” (art. 1.630 do Código Civil).

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

No que tange à adoção de pessoa adulta, entendendo-se desnecessário o consentimento dos pais, é absolutamente necessária a citação deles, com o fito de precaver eventual interesse jurídico (FARIAS, Cristiano Chaves de.; RONSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Editora Jus Podvum, v. 6, p. 1.061). A doutrina é firme quanto à prescindibilidade do consentimento do pai registral devidamente citado:

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

Dúvidas há sobre a necessidade de *consentimento dos pais*. As posições são contraditórias. No entanto, é imperativo, senão o consentimento, ao menos a *citação dos pais registrais*. Mesmo que não precisem consentir, os pais biológicos devem ser citados, pois a sentença terá profunda ingerência nas suas vidas. Perdem eles a relação paterno-filial, que, às claras, não se esgota com a extinção desarrazoada a ‘perda’ de um filho sem sequer tomar conhecimento de tal fato. De outro lado, como se trata de ação relativa ao estado de uma pessoa, para a sentença produzir coisa julgada com relação a terceiros é indispensável a citação de todos os interessados como litisconsortes necessários (CPC 472)” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. Revista dos Tribunais, p. 504-505 – grifou-se).

Válido mencionar que o recorrente é contrário ao pedido de adoção com base na imprescindibilidade do consentimento do pai biológico para

a sua concessão. Porém, não refuta a relação socioafetiva estabelecida entre adotante e adotado ao longo de expressivo lapso temporal (quase uma década), reconhecida tanto na sentença, como pelo acórdão, cingindo-se a invocar a seu favor o comando dos arts. 1.619 e 1.621 do Código Civil combinado com o art. 45 do ECA, calcados exclusivamente na paternidade registral.

A irresignação não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, que já decidiu em hipóteses análogas pela possibilidade de dispensa do consentimento sem prévia destituição do poder familiar quando constatada uma situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando, consoante se verifica dos seguintes precedentes:

“DIREITO CIVIL – ADOÇÃO – 1 VÍCIO DE CONSENTIMENTO – VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – NÃO OCORRÊNCIA – QUIESCÊNCIA DEMONSTRADA POR TERMO ASSINADO PELA MÃE BIOLÓGICA CORROBORADO PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS – 2 LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM A FAMÍLIA SUBSTITUTA – MELHOR INTERESSE DA MENOR – 3 RECURSO IMPROVIDO

1. São nobres os propósitos do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente diante dos noticiados casos de venda e tráfico de crianças. De fato, o consentimento dos pais biológicos do adotando encerra segurança jurídica ao procedimento legal de adoção.

Sucedee, entretanto, que o desate de controvérsias como a presente reclama a definição, diante do quadro fático apresentado, de qual solução atenderá o melhor interesse da criança, real destinatária das leis e da atuação do Poder Judiciário.

2. Na espécie, o conteúdo da declaração prestada pela mãe biológica da adotanda, apesar de não autenticada ou ratificada em audiência, elucida o consentimento e a intenção de entregar a infante aos cuidados dos recorridos. Os depoimentos das testemunhas, igualmente, esclarecem que a genitora da menor não possuía condições para criá-la. O relatório social atesta a regularidade da situação de fato, bem como o carinho e amor dispensados pelos adotantes à criança. Além disso, a mãe biológica da infante foi pessoalmente citada e deixou de comparecer em juízo ou de questionar o termo de anuência por ela assinado. Assim, sobejamente demonstrado o vínculo afetivo criado entre a criança e os recorridos, sendo todas as circunstâncias favoráveis à manutenção da menor na companhia da família que a acolheu, a interpretação literal da norma violaria, acima de tudo, a doutrina da proteção integral e, como tal, encontrar-se-ia na contramão da melhor dogmática processual. Precedentes.

3. *Com efeito, no confronto das formalidades legais com os vínculos de afeto criados entre os adotantes e a infante, os últimos devem sempre prevalecer.*

Diante dessas considerações, declarar a nulidade do processo de adoção, notadamente diante dos elementos de prova coletados durante a instrução do feito – termo de anuência apresentado pela mãe biológica, depoimentos das testemunhas, relatório social e situação de fato estabelecida há aproximadamente 13 (treze) anos –, postergando sem justificativa a regularização da situação da infante, não condiz com os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Recurso especial a que se nega provimento.”

(REsp 1.423.640/CE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., Julgado em 04.11.2014, DJe 13.11.2014 – grifou-se)

“HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PROFERIDA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – ADOÇÃO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO NO PROCESSO ALIENÍGENA E QUE, ATUALMENTE, SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO – SITUAÇÃO DE FATO QUE JÁ PERDURA HÁ MAIS DE DEZ ANOS

[...]

3. Na mesma linha, não obsta à homologação da sentença estrangeira a falta de citação do pai biológico para responder ao processo de adoção de pessoa que *atingiu a maioridade*, mormente quando a filha, a própria requerente da homologação, pretende a regularização de sua situação de fato. Ademais, *não há necessidade de consentimento do pai para a adoção, sendo que a filha já adquiriu a nacionalidade americana e, principalmente, vem sendo criada em ótimas condições pelo seu pai adotivo (brasileiro residente nos Estados Unidos) há mais de dez anos.* Além disso, no processo de homologação, constatou-se ser desconhecido o paradeiro do pai, que, não obstante os ofícios encaminhados à Receita Federal e à Justiça Eleitoral, não foi localizado.

4. Foi promovida a citação de terceiros possíveis interessados neste processo.

5. Homologação da sentença estrangeira deferida.”

(SEC 6.396/EX, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, Julgado em 15.10.2014, DJe 06.11.2014 – grifou-se)

“CIVIL – ADOÇÃO – VÍCIO NO CONSENTIMENTO DA GENITORA – BOA-FÉ DOS ADOTANTES – LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM OS ADOTANTES – PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser assegurada condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico.

2. A constatação de vício no consentimento da genitora, com relação a entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes.

3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda, no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõe aos brandidos pelas partes.

4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade de vida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo – 09 anos –, junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar.

5. Recurso especial provido.”

(REsp 1.199.465/DF, Rel^a Min. Nancy Andrighi, 3^a T., J. 14.06.2011, DJe 21.06.2011 – grifou-se)

Sob esse prisma, resta patente a situação de abandono do adotando maior de idade em relação ao seu genitor. Portanto, não merece acolhida a oposição do pai biológico à adoção de seu filho biológico em virtude da extinção fática do poder familiar, à luz do devido processo legal e do melhor interesse do adotando. Com efeito, a adoção de maiores, admitida sempre pela via judicial, deve ser permitida quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil), como no caso dos autos.

A propósito:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – ADOÇÃO DE MAIOR DE DEZOITO ANOS – MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA – CÓDIGO CIVIL DE 2002 – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PROCESSO JUDICIAL E SENTENÇA CONSTITUTIVA

1. *Na vigência do Código Civil de 2002, é indispensável o processo judicial, mesmo para a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos, não sendo possível realizar o ato por intermédio de escritura pública.*

2. Recurso especial provido.”

(REsp 703.362/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., Julgado em 25.05.2010, DJe 08.06.2010 – grifou-se)

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

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2014/0067421-5

Processo Eletrônico REsp 1.444.747/DF

Números Origem: 162664420108070001 20100110162665
20100110162665REE 201400674215

Pauta: 17.03.2015 Julgado: 17.03.2015

Segredo de Justiça

Relator: Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício Vieira Bracks

Secretária: Bel^a Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha

AUTUAÇÃO

Recorrente: M. M. C.

Advogada: Clarice Pereira Pinto

Recorrido: E. T. M. N.

Recorrido: V. T. S. C.

Advogado: Maria Espedita Moreira Milani

Assunto: Direito civil – Família – Relações de parentesco – Adoção de maior

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

7336

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Poder Judiciário da União

Órgão: 3ª Turma Cível

Classe: Agravo de Instrumento

Processo: 20140020259099AGI

(0026372-29.2014.8.07.0000)

Agravante(s): C. L. M. S.

Agravado(s): R. C. S.

Relator: Desembargador Flavio Rostirola

Acórdão nº 850135

EMENTA

CIVIL – REVISÃO DE ALIMENTOS – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – DEVER DECORRENTE DO CASAMENTO – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE

1. Os alimentos em favor do cônjuge decorrem do dever de assistência entre parentes, sendo imprescindível a comprovação da necessidade pela alimentanda, bem como da capacidade econômica pelo alimentante.
2. Demonstrada a verossimilhança das alegações da Agravante no sentido de que o percentual anteriormente fixado a título de alimentos não seria suficiente à sua sobrevivência, bem como a capacidade do Agravado em prestá-los, mostra-se necessária a revisão liminar do valor dos alimentos devidos pelo ex-cônjuge.
3. Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Flavio Rostirola – Relator, Gilberto Pereira de Oliveira – 1º Vogal, Alfeu Machado – 2º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Flavio Rostirola, em proferir a seguinte decisão: conhecer e dar parcial provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2015.

Documento Assinado Eletronicamente
Flavio Rostirola
Relator

RELATÓRIO

Agravante(s): C. L. M. S.

Agravado(s): R. C. S.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão proferida pela ilustre Juíza de Direito da Primeira Vara de Família de Brasília que, nos autos da ação de revisão de alimentos – Processo nº 2014.01.1.116684-2, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pleiteado no sentido da fixação de alimentos provisórios, por entender insuficientes os elementos para embasar a prestação alimentar (fl. 105).

Inconformada, recorre a autora, por meio da Defensoria Pública. Aduz que nunca trabalhou e assevera que “sem a necessária experiência ou formação profissional, inviável apresenta-se a inserção da agravante no mercado de trabalho, mormente em se considerado a sua avançada idade (59 anos), bem como nunca ter trabalhado e ainda possuir baixo grau de escolaridade (cursou até a 8ª série)” (fl. 08).

Reitera o pedido liminar para que sejam fixados alimentos provisórios no percentual de 30% dos rendimentos brutos do agravado.

Às fls. 117/123, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi deferido por esta Relatoria para fixar os alimentos provisórios em 20% dos rendimentos do agravado perante o Banco da Amazônia.

Ausente contraminuta (fls. 191/201), tendo em vista que não houve a citação no processo originário.

A ilustre Magistrada *a quo* prestou informações às fls. 132/133.

A douta Procuradoria de Justiça oficiou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (fls. 135/137).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador Flavio Rostirola – Relator:

Inicialmente, cumpre-se ressaltar que a ausência de citação da parte ré no processo originário não obsta o conhecimento do presente recurso, posto que a interposição deste consubstancia direito da parte.

Dito isso, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

No mérito, entendo que a pretensão recursal merece parcial provimento.

Após reanálise dos autos, não vislumbro qualquer alteração nas circunstâncias fáticas e jurídicas por mim já examinadas, de tal maneira que reitero os argumentos alinhavados por ocasião da apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Em sede de cognição sumária, *vislumbro* a presença dos requisitos necessários para a antecipação da tutela recursal.

O art. 1.694 do Código Civil estabelece a obrigação de prestar alimentos entre cônjuges, fundada no dever de mútua assistência (art. 1.566, III, do Código Civil) e no próprio princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CR).

A propósito, ensina a doutrina mais abalizada que “[...] a obrigação alimentar é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar (enraizada em sentimentos humanitários) constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 586)

Confira-se a redação do art. 1.694 do Código Civil:

“Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

Nesse descortino, os alimentos são prestações que visam suprir as necessidades vitais, atuais ou futuras de quem não pode provê-las, permitindo ao cônjuge necessitado pedir alimentos em face do outro.

É cediço, ainda, que os alimentos devem ser fixados com observância ao binômio necessidade/possibilidade, mantendo-se a proporcionalidade entre os encargos suportados e o sustento do alimentando.

Transpondo tais noções para o caso concreto, tenho como demonstrada a verossimilhança das alegações recursais.

Consta dos autos o acordo homologado judicialmente segundo o qual o agravado deveria “[...] pagar, a título de pensão alimentícia à separanda e aos filhos, o correspondente a 30% (trinta por cento) de seus vencimentos...” (fl. 86).

À fl. 10 foi juntada uma declaração de um corretor de imóveis qualificando-se como procurador do agravado para administrar um imóvel no Lago Norte e apontando “*que, presentemente, o valor líquido dos alugueis creditados mensalmente à Sra. C. L. M. S. é de R\$ 2.559,44 (dois mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e quarenta e quatro centavos)*” (fl. 10).

Às fls. 13/17 o contrato de locação desse mesmo imóvel com aluguel no valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Os extratos demonstram que, nada obstante por vários meses – desde dezembro de 2012 (fl. 50) –, o valor acordado ter sido depositado em favor da agravante, existem outros que não se vê qualquer depósito e, em outros, valores diversos (sempre a menor): R\$ 742,50 (setecentos e quarenta e dois reais e cinquenta centavos) em junho 2014 (fl. 23); R\$ 1.100,00 (mil e cem reais) em julho de 2014 (fl. 24); R\$ 1540,00 (mil, quinhentos e quarenta reais), em agosto de 2014 (fl. 25).

Assinalado tal mapeamento da matéria, para decidir a presente questão liminar, menciono recente caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.136.655/DF) no qual o recorrente defendia ser vedado, por simples petição nos autos, o afastamento de cláusula – modificação da forma de cumprimento de obrigação estabelecida entre os ex-cônjuges – constante de acordo homologado judicialmente.

Destaco a *ratio decidendi* do referido precedente que, inclusive, reformou v. Acórdão deste Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: “[...] a execução da pensão alimentícia, mediante desconto em folha de pagamento, prevista no art. 734 do CPC, é a modalidade mais simples e eficaz, devendo ser, sempre que possível, como no caso, prestigiada” (REsp 1136655/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., Julgado em 20.05.2014, DJe 30.05.2014).

Nesse contexto, tenho que a segurança financeira deve ser preservada tal como defende a doutrina de Yussef Said Cahali:

“A forma de execução da sentença de alimentos mediante desconto em folha ou da renda é *prioritária a benefício do alimentando pela sua eficiência prática*, proclamando-se que sobre ela não tem precedência a penhora de bens oferecidos pelo executado, esta apenas fica como alternativa se embaraçado o desconto em folha, do mesmo modo, o desconto em folha sobrepõe-se inclusive à coação pessoal (arts. 16 e 17 da Lei nº 5.478/1968 e art. 734 do CPC). E, *não implicando a sua concessão em nenhum agravamento da responsabilidade a cargo do devedor, não obsta à sua determinação judicial o fato de nada haver sido convencionado a respeito no acordo, ou fixado na sentença*; em se tratando de servidor público, basta para a execução do acordo a determinação judicial de desconto em folha, mediante simples ofício, dispensada a prévia citação do devedor, não sendo alterada pela mudança de emprego [...]” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 720/721 – grifei).

Nesse sentido é também o entendimento do ilustre *Parquet*:

“O dever de prestar alimentos entre os cônjuges separados judicialmente encontra fundamento legal no art. 1704, *caput*, do Código Civil. Sabe-se que o dever de assistência mútua se prolonga mesmo após a quebra do vínculo conjugal, em especial nos casos em que um dos cônjuges dedica-se exclusivamente à família e, findo o casamento, não possui condições de prover totalmente sua própria subsistência. Compulsando os autos, verifica-se que a Agravada está com 59 (cinquenta e nove) anos de idade; foi casada com o Agravado por 21 (vinte e um) anos, e, neste período, o Agravado foi o principal provedor da família e que a Agravante não exerce atividade profissional, pois se dedicava exclusivamente à família. Com efeito, em sede de agravo de instrumento, não se permite aprofundar o exame das provas, sendo necessário aguardar pelo processo de conhecimento da ação de alimentos, onde se verificará a real capacidade financeira do alimentante e a verdadeira necessidade da alimentanda.

Portanto, no momento, a r. decisão de fls. 117/123, proferida pelo Exmo. Sr. Desembargador-Relator, que fixou os alimentos no valor correspondente a 20% (vinte por cento) dos rendimentos recebidos pelo Agravante, é a que melhor satisfaz o binômio necessidade x possibilidade. Ante o exposto, o Ministério Público do Distrito Federal, por esta Procuradoria de Justiça Cível oficia pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.” (fls. 137/138)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para fixar os alimentos em 20% dos rendimentos do agravado perante o Banco da Amazônia.

O Senhor Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira – Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador Alfeu Machado – Vogal

Com o relator

DECISÃO

Conhecer e dar parcial provimento, unânime.

7337

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

6ª Câmara Cível

Gabinete do Desembargador Norival Santomé

Apelação Cível nº 278474-97.2007.8.09.0076 (200792784740)

Comarca de Iporá

Apelante: N. M. de B.

Apelado: A. M. da C. (espólio)

Relator: Desembargador Norival Santomé

AÇÃO DECLARATÓRIA – PENSÃO POR MORTE E PARTILHA DE BENS – UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA – APELADO CASADO CIVILMENTE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM CONFORMIDADE COM O ART. 20, § 3º DO CPC

O concubinato refere-se a todo e qualquer envolvimento afetivo entre homem e mulher, que se estabeleça em afronta às condições impostas ao casamento, materializadas nos impedimentos matrimoniais. Assim, impossível reconhecer a existência de união estável para fins de pensão e partilha de bens quando uma das partes seja legalmente casada. Apelação conhecida, mas desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 278474-97, acordam os integrantes da 3ª Turma Julgadora da 6ª Câmara Cível, a unanimidade, em conhecer e não prover o apelo, nos termos do voto do Relator.

Presidiu a sessão a Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis.

Votaram com o relator, a Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis e o Dr. Wilson Safatle Faiad, substituto do Desembargador Jeová Sardinha de Moraes.

Esteve presente à sessão a ilustre Procuradora de Justiça Dra. Márcia de Oliveira Santos.

Goiânia, 03 de fevereiro de 2015.

Desembargador Norival Santomé
Relator

VOTO

Como visto, trata-se de Apelação Cível interposta por N. M. de B. em desfavor de A. M. da C. (espólio), atacando sentença de fls. 474 a 478, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Iporá, Dr. Nickerson Pires Ferreira, que nos autos da Ação Declaratória e Dissolução de Sociedade de fato cumulada com partilha de bens em desfavor do apelado, houve por bem julgar “...improcedente o pedido inicial, com base no art. 269, I, do CPC”.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Analisando os autos, entendo não estar com razão a apelante.

Manuseando os autos, verifica-se que a apelante traz vários bilhetes com mensagens de carinho supostamente enviadas por A. e traz ainda cópias de contas água e telefone em nome de A., com o objetivo de provar que moravam juntos.

Traz à baila fotos com A. em festas.

Da análise dos autos, verifico que tais documentos não trazem a prova da existência da sociedade de fato, uma vez que os bilhetes juntados ao processo, ainda que direcionados a apelante e supostamente assinados por A., podem ser escritos por qualquer pessoa, pois não há prova de que a grafia é do Sr. A.

No que tange à conta de água e telefone em nome do mesmo, melhor sorte também não trazem, já que não revelam se ele realmente morava na casa da apelante.

Registra-se que as testemunhas G. e I. declararam que A. visitava N./apelante com frequência, mas não sabem dizer se o mesmo morava na casa da recorrente ou mesmo em qualquer outro lugar com ela.

Em relação às fotos, as testemunhas I. e A., disseram no depoimento que nunca os viram em festas juntos.

Vale a pena ressaltar que as testemunhas H. e S. informaram que A. morava na fazenda, no município de Iporá com sua esposa A.

Extrai-se dos autos que a apelante alega ter tido união estável com o Sr. A. de junho de 1993 até junho de 2007.

Edita o art. 1.723, § 1º do CC:

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.”

O art. 1.521, VI, estabelece que as pessoas casadas são impedidas de se casarem, observando as ressalvas de estarem separadas de fato ou judicialmente.

Vejamos:

“Art. 1.521. Não podem casar:

[...]

VI – as pessoas casadas;”

In casu, A. era casado com A. M. de A. M. desde 08.06.1953 (certidão de casamento, fl. 208), e somente se separou da mulher com o falecimento desta, em 29.08.2006 (certidão de óbito, fl. 207), não havendo provas de que estavam separados de fato. Verifica-se também que o Sr. A. faleceu 10 meses depois da morte de sua esposa.

A apelante afirma que estava divorciada desde 1999, porém não traz aos autos a certidão de divórcio e também não comprova sua separação de fato, ou seja, constata-se impedimento para ser reconhecida a sociedade de fato entre o Sr. A. e a apelante.

Este é o recente entendimento deste areópago.

ACÇÃO DECLARATÓRIA – PENSÃO POR MORTE – GOIASPREV – UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA – REQUERENTE CASADO CIVILMENTE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM DESCONFORMIDADE COM O ART. 20, § 3º DO CPC – MAJORAÇÃO – ADMISSIBILIDADE

1. O concubinato impuro refere-se a todo e qualquer envolvimento afetivo entre homem e mulher, que se estabeleça em afronta às condições impostas ao casamento, materializadas nos impedimentos matrimoniais. Desse modo, impossível reconhecer a existência de união estável quando uma das partes seja legalmente casada, o que implica dizer que a Goiasprev não demonstrou ser o autor carecedor do direito ao pensionamento. [...] Recurso de Apelação conhecido e provido o primeiro e desprovido o segundo. (TJGO, Du-

plo Grau de Jurisdição nº 521685-12.2009.8.09.0051, Rel. Dr.(a) Mauricio Porfirio Rosa, 3ª C.Cív., J. 11.06.2013, DJe 1328 de 24.06.2013)

[...] Verificando que o relacionamento que existiu entre a autora/apelante e o falecido, ainda que com certa dose de intensa afetividade, não adquiriu os contornos basilares da união estável, quais sejam, convivência duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir uma família, diante da inadmissibilidade do reconhecimento de relação afetiva paralela ao casamento, impõe-se desta forma a improcedência do pedido encartado na inicial. Apelo conhecido mas desprovido. Sentença mantida.

(TJGO, 2ª C.Cív., Apelação Cível nº 11433-11.2010.8.09.0006, Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira, Julgado em 19.03.2013, DJe 1276 de 05.04.2013)

Sendo assim, não há como reconhecer a união estável da apelante com o Sr. A., uma vez que este foi casado com A. M. de A. M. até 29.08.2006 e mais ainda, a apelante não faz prova de seu divórcio.

Em relação aos honorários advocatícios, entendo estar de acordo com o art. 20, § 4º do CPC.

Portanto, recebo o recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo *in colume* a sentença vergastada.

Goiânia,

Desembargador Norival Santomé
Relator

7338

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Embargos Infringentes nº 1.0024.12.329480-3/003

Relator: Des.(a) Edilson Fernandes

Relator do Acórdão: Des.(a) Edilson Fernandes

Data do Julgamento: 24.03.2015

Data da Publicação: 07.04.2015

Comarca de Belo Horizonte

Embargante(s): K. M. G.

Embargado(a)(s): M. L. N. A.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL – PARTILHA – IMÓVEL – BENFEITORIAS REALIZADAS – RESSARCIMENTO DE 50% DOS GASTOS DESPENDIDOS – PARCELAS DE FINANCIAMENTO PAGAS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO – DEVER DE AMBOS OS LITIGANTES – COMPENSAÇÃO DE 50% DO VALOR PAGO EXCLUSIVAMENTE POR UM DOS CÔNJUGES – EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS

Não se revela justo que o ex-marido se enriqueça às custas da ex-mulher, a qual efetuou gastos que culminaram na valorização da propriedade que será partilhada, devendo ser ressarcida pelas benfeitorias realizadas na proporção de 50% (cinquenta por cento) do valor despendido. Considerando que o imóvel será partilhado à razão de 50% para cada cônjuge, os encargos da quitação das parcelas do imóvel devem ser arcados por ambos os litigantes, sob pena de enriquecimento sem justa causa de uma das partes.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em acolher os embargos infringentes.

Des. Edilson Fernandes
Relator

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra o v. acórdão de ff. 172/176-TJ que, por maioria de votos, nos autos da ação de divórcio direto litigioso ajuizada por M. L. N. A. contra K. M. G., deu provimento parcial ao recurso do autor para afastar a ordem de compensação, na cota parte do imóvel que toca ao varão, das despesas com benfeitorias e IPTU quitadas pela consorte, bem como para determinar o decote, sobre a parcela do bem que cabe à virago, dos valores relativos às parcelas pagas exclusivamente pelo apelado após 19 de abril de 2009, corrigidos desde o desembolso, e também deu provimento parcial ao recurso da ré para determinar o desconto, na parcela do imóvel que cumpre ao autor, do montante recebido em doação pela consorte, no equivalente a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser corrigido da data do recebimento da quantia, vencido parcialmente o ilustre Desembargador Revisor.

Em suas razões, a embargante sustenta que, como as benfeitorias realizadas no imóvel beneficiam ambos os consortes, uma vez que aumentam o valor de mercado do bem, é razoável o entendimento manifestado no voto minoritário, no sentido de que o autor deve arcar com 50% (cinquenta por cento) do total gasto pela ré para a realização das benfeitorias. Afirma que o fato de apenas a embargante estar no uso e gozo do bem justifica apenas que a mesma arque integralmente com as despesas ordinárias do bem, tais como IPTU e condomínio. Alega que, como as partes são coproprietárias do bem, as mesmas são igualmente responsáveis pelo pagamento do financiamento do imóvel, de modo que é mais coerente e justo o entendimento do voto minoritário segundo o qual apenas metade do valor quitado pelo varão deve ser compensado na meação da varoa. Salieta que até que a partilha ocorra, as regras aplicáveis são as do condomínio. Assevera que a responsabilidade pelos ônus advindos do bem comum é dos condôminos, sendo obrigação de cada um arcar na proporção de 50% com os valores decorrentes do financiamento habitacional. Requer o provimento do recurso a fim de que prevaleça o voto parcialmente vencido, da lavra do ilustre Desembargador Corrêa Júnior (ff. 197/210).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A controvérsia a ser solucionada pela Instância Revisora consiste em saber se a ré tem direito de compensar da meação do autor 50% do valor despendido com as benfeitorias realizadas e, ainda, se o autor tem o direito de compensar da meação da ré a totalidade ou o valor correspondente a 50% do que foi pago exclusivamente por ele a título de prestações do financiamento do imóvel, a partir de 19.04.2009.

Com relação à indenização pelas benfeitorias, evidencio que a ré, em sede de contestação, afirmou que suportou várias despesas, classificadas como benfeitorias necessárias, após a saída do autor do lar conjugal e requereu o ressarcimento da quantia equivalente a 50% dos valores gastos com as referidas benfeitorias, devidamente atualizados (f. 37).

O autor não questionou a existência das benfeitorias, afirmando apenas que, não sendo elas necessárias, mas sim voluptuárias, não há dever de indenização (ff. 95/96).

Embora o MM. Juiz da causa tenha determinado que a ré compensasse os gastos com as benfeitorias úteis e necessárias que realizou no imóvel, esta colenda Sexta Câmara Cível reformou a sentença neste ponto, considerando que os gastos com as benfeitorias reputar-se-iam exclusivamente à esposa, que vive no imóvel, “não sendo viável exigir do varão indenização pela metade das despesas, sob pena de locupletamento ilícito da consorte” (f. 172), vencido o Revisor.

Da minuciosa análise dos autos, verifico que a embargante efetuou gastos com a troca de janelas, com a substituição da porta da cozinha, com a instalação de armários no banheiro e ainda com a obra no condomínio para reforma predial (ff. 49/56), os quais certamente contribuiriam com a valorização do imóvel que será partilhado à razão de 50% para cada cônjuge, descontado da meação do autor o valor recebido pela embargante em doação (R\$ 30.000,00).

Assim, verifico que não se revela justo que o autor se enriqueça às custas da ré, que efetuou gastos para valorizar a propriedade, impedindo-a de ser ressarcida pelas benfeitorias realizadas.

Não merece censura a determinação judicial que reconheceu o direito de compensação das despesas efetuadas, devendo prevalecer, com a devida vênia, o voto do ilustre Revisor, o qual determinou que as benfeitorias realizadas pela virago fossem compensadas da meação que toca ao autor, na proporção de 50% do valor despendido, com atualização monetária, pelos índices da tabela da CGJ, desde o desembolso.

A propósito, já decidi este egrégio Tribunal de Justiça:

EMENTA: FAMÍLIA – PARTILHA DE BENS APÓS O DIVÓRCIO – IMÓVEL – EXCLUSÃO DA PARTILHA – AUSÊNCIA DE PROVA DE AQUISIÇÃO DO BEM DURANTE A CONSTÂNCIA DO CASAMENTO – REALIZAÇÃO DE BENFEITORIAS – COMPROVAÇÃO – RESSARCIMENTO DE 50% DOS GASTOS REALIZADOS COM A REFORMA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – Comprovada a existência de benfeitorias no imóvel durante a

constância do casamento, o ressarcimento de 50% dos gastos efetivamente realizados a título de reforma por aquele que permaneceu sob a posse com o fim do relacionamento, é medida que se impõe.

(TJMG, Apelação Cível nº 1.0153.11.010098-6/001, Rel^a Des^a Hilda Teixeira da Costa, 2^a C.Cív., Julgamento em 19.02.2013, publicação da súmula em 01.03.2013 – destaquei)

Cumpra verificar ainda se o autor tem o direito de compensar da meação da ré a totalidade ou o valor correspondente a 50% do que foi pago exclusivamente por ele a título de prestações do financiamento do imóvel, a partir de 19.04.2009.

Considerando que o imóvel será partilhado à razão de 50% para cada cônjuge, descontado da meação do autor o valor recebido pela embargante em doação (R\$ 30.000,00), entendo que os encargos da quitação das parcelas do imóvel devem ser arcados por ambos os litigantes, nos termos do voto do Revisor, “sob pena de ocorrer a desproporção quando da partilha do imóvel” (f. 176).

Assim, se ambos os cônjuges deveriam arcar com a parcela do financiamento e apenas o autor arcou com essa despesa a partir de 19.04.2009, cabe à apelante restituir a ele a metade do valor pago, que lhe competia suportar.

Destaco que a embargante só deve arcar com o ressarcimento da metade das prestações do imóvel financiado e não com a totalidade, sob pena de enriquecimento ilícito do embargado, a quem competia o pagamento da metade das parcelas.

Forçoso concluir que assiste razão à embargante, a qual só deve restituir, por meio de compensação com a meação, metade das parcelas do financiamento do imóvel pagas exclusivamente pelo ex-marido após a separação de fato do casal.

Com essas considerações, pedindo vênias aos ilustres prolores dos respeitáveis votos vencedores, acolho os embargos infringentes para, nos limites da divergência, resgatar o judicioso voto vencido na parte que deu parcial provimento ao recurso do autor, determinando que as benfeitorias realizadas pela virago sejam compensadas na meação que toca ao autor, na proporção de 50% (cinquenta por cento) do valor despendido, com atualização monetária, pelos índices da tabela da CGJ, desde o desembolso, e determinando ainda que 50% (cinquenta por cento) do valor pago exclusivamente pelo autor a título de prestações do financiamento do imóvel, após

19.04.2009, seja compensado na meação que toca à virago, com atualização monetária, pelos índices da tabela da CGJ, desde o desembolso.

Custas pelo embargado, suspensa a exigibilidade (Lei nº 1.060/1950).

Des^a Sandra Fonseca
(Revisora)

Constata-se dos autos, da minuciosa análise da documental arregimentada pelas partes, que os litigantes, casados sob o regime de comunhão parcial de bens, desde 04 de outubro de 2004, adquiriram, em conjunto, já no curso da união matrimonial – em 07 de julho de 2006 –, o imóvel descrito na matrícula de fls. 17/19.

À vista da copropriedade estabelecida desde o ato de aquisição, em que pese pender financiamento do prédio, determinou o MM. Juízo *a quo* “a partilha do bem imóvel de ff. 17/19 em 50% (cinquenta por cento) para cada cônjuge”, fl. 122.

A ordem, nesse aspecto, restou irrecorrida.

Nesse sentido, muito embora as partes tenham inicialmente anuído que o bem permaneceria sob a titularidade da esposa, mediante a quitação das despesas posteriores à separação de fato do casal, tendo sido ordenada a divisão integral do imóvel, é de rigor que, igualmente, sejam partilhados, em proporção igualitária, os gastos havidos por cada um dos cônjuges, referentes às benfeitorias erigidas no prédio, assim como os pagamentos das prestações do financiamento imobiliário.

Em verdade, como considerou o r. voto condutor, diante da divisão do bem em que figuram como coproprietários os demandantes, é medida de justiça que nas partes devidas aos consortes sejam compensados os valores arcados exclusivamente pelos consortes, a fim de evitar o locupletamento indevido de qualquer das partes.

Com esses esclarecimentos, acompanho o em. relator.

É como voto.

Des^a Ângela de Lourdes Rodrigues

Acompanho integralmente o voto proferido pelo eminente Desembargador Edilson Fernandes, para resgatar o voto minoritário proferido pelo ilustre Desembargador Corrêa Junior, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.12.329480-3/001.

Isso porque, como salientado no voto minoritário sob enfoque, *in verbis*:

As benfeitorias consubstanciam verdadeiro melhoramento no imóvel a ser partilhado, eis que indubitavelmente elevam o seu valor de mercado.

Com efeito, em que pese a exclusiva posse da ré na oportunidade em que foram realizadas, uma vez que o autor irá se beneficiar do valor agregado pelos melhoramentos quando da efetiva partilha do imóvel, tenho que deve-lhe ser imputado o suporte de 50% do total despendido pela virago para a realização das benfeitorias.

Quanto às prestações do imóvel que foram pagas após 19.04.2009 também deverá ocorrer a compensação na meação do cônjuge virago.

Assim, diante do exposto, acolho os embargos infringentes.

Des^a Yeda Athias – De acordo com o(a) Relator(a).

Des. Audebert Delage

Não obstante tenha acompanhado o voto vencedor na ocasião do julgamento da apelação, analisando detidamente os autos, tenho que os embargos infringentes devem ser acolhidos, nos termos do voto do em. Rel. Des. Edilson Fernandes.

Súmula: “acolheram os embargos infringentes”

7339

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

18ª Câmara Cível

Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 0066231-19.2015.8.19.0000

11ª Vara de Órfãos e Sucessões

Agravante: R. de F.

Agravada: A. da R. A.

Relatora: Desª Margaret de Oliveaes Valle dos Santos

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – INDEFERIMENTO DE PEDIDO FORMULADO POR MEEIRO/HERDEIRO PARA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E DEPÓSITO NOS AUTOS DE ALUGUERES PERCEBIDOS PELO ESPÓLIO – PRETENSÃO QUE DEVE SER BUSCADA EM PROCEDIMENTO PRÓPRIO – RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, A TEOR DO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC – AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e examinados estes autos, Acordam os Desembargadores da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em conhecer e Negar Provimento ao Agravo Interno, nos termos do voto da Relatora.

VOTO DA RELATORA

O recorrente requer que a turma julgadora reveja decisão monocrática por meio da qual a relatora negou seguimento ao recurso.

É o relatório. Passo ao voto.

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, o agravo interno deve ser conhecido.

Reexaminando toda a hipótese fática, verifico que a decisão agravada, que passa a integrar este voto, deve ser mantida. Nenhum argumento válido, ou novo, trouxe a ora agravante para justificar a reforma pleiteada.

Eis a decisão agravada:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto por meeiro/herdeiro em face de decisão prolatada nos autos de inventário que indeferiu a expedição de

ofícios solicitando extratos e a determinação para depósito judicial de aluguers percebidos pela inventariante, ora agravada.

Em suas razões o agravante alegou que, em razão do caráter litigioso da ação, o procedimento requerido é fundamental para a transparência das informações e a garantia dos interesses dos herdeiros.

Informações do juízo da causa noticiando o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC e a manutenção da decisão.

É o relatório. Passo a decidir.

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal.

O presente recurso deve ser solucionado de plano, não sendo necessário o pronunciamento do órgão fracionário deste E. Tribunal de Justiça, na forma autorizada pelo ordenamento processual vigente.

O recurso não merece ser provido.

Em análise atenta das decisões já proferidas nos autos principais, vê-se que a questão acerca de expedição de ofícios a instituições financeiras já foi por diversas vezes apreciada pelo juízo no regular processamento do feito e quando requeridos pela inventariante.

Em 09.10.2013 foi proferido despacho do seguinte teor:

‘Fl. 94 – oficie-se às instituições bancárias solicitando saldos na data do óbito.’

Após o lançamento do registro de expedição de ofícios às instituições financeiras Bradesco e Itaú, em 30.04.2014, novos despachos com finalidade similar foram proferidos em 27.08.2014 e 02.09.2014, respectivamente:

‘Fls. 108/110 – oficie-se à CEF determinando a transferência do saldo para conta judicial em nome do espólio e à disposição do juízo. Expeça-se alvará autorizando a inventariante a solicitar e receber os extratos, que deverão permanecer em seu poder para eventual verificação pelos interessados.’

‘Retifico o despacho de fl. 111 para determinar a expedição de ofício ao Banco Itaú para transferência de saldo e não à CEF como constou.’

O que pretende o agravante na qualidade de meeiro/herdeiro é esclarecer e acompanhar de forma clara e objetiva a administração dos bens do espólio, o que certamente causará tumulto processual nos autos do inventário caso sua pretensão fosse acatada.

Com efeito, é sabido que todos aqueles que administram ou têm sob sua guarda bens alheios devem prestar contas.

Dentre as funções do inventariante está a obrigação em prestar contas de sua gestão, conforme dispõe o art. 991, inciso VII, do CPC e integra a fundamentação da decisão agravada.

Assim, é claro que o pedido formulado pelo agravante e corretamente indeferido pelo juízo da causa, tem natureza de prestação de contas e deve ser buscado em procedimento próprio.

Por tais fatos e fundamentos, nego seguimento ao recurso, na forma do art. 557, *caput*, do CPC, para manter a decisão agravada.”

No caso em apreço, a parte agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de modificar o entendimento adotado na decisão monocrática hostilizada, apenas reeditando a tese anterior, razão pela qual, improcede o recurso interposto.

Diante do exposto, Voto pelo conhecimento e Desprovimento do agravo interno.

Rio de Janeiro, 1º de abril de 2015.

Margaret de Olivaes Valle dos Santos
Desembargadora
Relatora

7340

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Poder Judiciário

Apelação nº 4001840-92.2013.8.26.0269 – Itapetininga

Voto nº 32083

Apelante: J. A. E. F.

Apelado: o juízo

Juiz: Diego Migliorini Junior

Registro: 2015.0000214441

REGISTRO CIVIL

Alteração de nome. Inclusão do patronímico materno. Razões obscuras. Obtenção de nacionalidade estrangeira que não constitui exceção normativa ao princípio da imutabilidade do nome familiar. Prudência que recomenda o indeferimento da pretensão. Ação improcedente. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001840-92.2013.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante J. A. E. F. (Justiça Gratuita), é apelado Juízo da Comarca.

Acordam, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores Luiz Antonio de Godoy (Presidente), Paulo Eduardo Razuk e Rui Cascaldi.

São Paulo, 31 de março de 2015.

Luiz Antonio de Godoy

Relator

Assinatura eletrônica

Trata-se de apelação da sentença de fls. 33/35 em que foi julgada improcedente ação de “retificação de registro civil” ajuizada por J. A. E. F. para incluir o patronímico materno “K.”, passando a se chamar “J. A. E. K. F.” (fl. 3). Inconformado, apelou o autor, requerendo a reforma da sentença.

Alegou que o indeferimento do pedido de acréscimo de sobrenome violaria o princípio da dignidade humana. Argumentou “sem o nome de sua genitora ‘K.’, não conseguira dupla cidadania” (fl. 48). A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório, adotado, quanto ao restante, o da sentença apelada.

Busca o autor, a inclusão do patronímico materno “K.”, sem o que “não conseguira dupla cidadania no referido país” (fl. 2).

Não se duvida de que o princípio da imutabilidade do nome familiar não é absoluto e que, em regra, a inclusão de sobrenome não importaria prejuízo a terceiro, o que tornaria, até mesmo, viável a identificação, no caso, da família materna.

Todavia, a prudência recomenda a manutenção da sentença.

Os motivos do autor para incluir o patronímico materno não estão claros. A justificativa supramencionada, além de não configurar exceção normativa, não restou minimamente comprovada. Não há sequer informação qual seria o país de que pretende o apelante a nacionalidade. Não bastasse, para tanto, é sabido que, em regra, bastaria o interessado comprovar a descendência ou parentesco com cidadão estrangeiro perante o consulado competente.

Inexistem, pois, motivos relevantes a amparar a pretensão do recorrente.

Nessa ordem de ideias, nada há a ser alterado.

Nega-se provimento ao recurso.

Luiz Antonio de Godoy
Relator

7341 – Adoção – destituição de poder familiar – guarda provisória

“Agravo interno. Ação de adoção cumulada com destituição de poder familiar. Guarda provisória. 1. Cabível o julgamento na forma do art. 557 do CPC, em face do entendimento da Câmara sobre a matéria. 2. No caso, não se trata de desqualificar os atuais guardiões, mas de priorizar o interesse da menor, especialmente sua saúde física e a necessidade de ter um lar logo e com os aparatos necessários à sua saúde, além de uma família organizada, como a que os guardiões já formaram. Recurso desprovido.” (TJRS – Ag 70063362909 – 7ª C.Cív. – Relª Desª Liselena Schifino Robles Ribeiro – J. 11.02.2015)

7342 – Adoção – negligência dos pais biológicos caracterizada – adotante – vínculos de afetividade e afinidade demonstrados

“Apelação cível. Ação de adoção. Negligência dos pais biológicos caracterizada. Adotante. Vínculos de afetividade e afinidade demonstrados. Melhor interesse da criança. Procedência do pedido. Manutenção da sentença. O pedido de adoção engloba o pedido de destituição do poder familiar (art. 1.635, IV, do CC/2002 c/c art. 41, do ECA), sendo prescindível o ajuizamento de demandas distintas para tanto. Comprovada a negligência dos pais biológicos para com sua filha, logo após o nascimento desta, e sendo inequívoco que a menor, ao longo de mais de 08 (oito) anos, bem se adaptou à companhia da adotante, apresentando desenvolvimento natural e vínculos de afetividade e afinidade satisfatórios, deve ser mantida a decisão que julgou procedente o pedido de adoção, por ser a esta a medida que preserva o melhor interesse da criança. Recurso desprovido.” (TJMG – AC 1.0183.07.135321-7/001 – 4ª C.Cív. – Relª Ana Paula Caixeta – DJe 19.03.2015)

Comentário Editorial SÍNTESE

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito do Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Conselheiro Lafaiete, em ação de adoção da menor J. S. L. D., ajuizada por T. M. C. D. contra a Apelante e W. M. D.

O pedido formulado na inicial foi julgado procedente, concedendo a adoção de J. S. L. D. a T. M. C. D. Foi determinado o cancelamento do registro de nascimento anterior, expedindo-se ofício ao Oficial do Cartório do Registro Civil competente para que promova, originariamente, novo assentamento de nascimento da criança, observando-se que a menor, a partir da inscrição no Registro Civil competente, será detentora dos mesmos direitos e obrigações de filho legítimo, sem quaisquer limitações.

Inconformada, a Requerida interpôs o presente recurso, alegando, em resumo, que a sentença fere as garantias fundamentais da Constituição da República, o ECA, os direitos inerentes ao pátrio poder da genitora e o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois deixa de ponderar que a genitora sempre foi uma boa mãe; que, à época da guarda provisória deferida à Autora, passava por alguns problemas emocionais que já foram superados, estando apta a exercer a maternidade; que a medida de adoção é extrema e irreversível, podendo causar danos irreparáveis à criança por ser retirada de sua genitora sem qualquer motivo justificável; que, em momento algum, pretendeu entregar sua filha à adoção ou à própria sorte; que a medida de adoção é extrema e não se impõe ao caso, pois a menor possui parentes próximos para permanecer com a sua guarda. Pugnou, ao final, pelo provimento do recurso.

Tem-se, pois, que desde junho de 2006, ou seja, há quase 09 anos, a menor encontra-se na companhia de fato da Autora. Ressalte-se que a guarda provisória da menor foi concedida judicialmente à Autora em 25.01.2007, conforme decisão, proferida pelo Juízo da Comarca de Conselheiro Lafaiete.

Destaque-se, outrossim, que é fato incontroverso que a mãe biológica da menor, ora Apelante, possuía péssimos hábitos de vida à época em que a criança nasceu, o que reforçou a necessidade de seu afastamento da menor e posterior concessão da guarda desta à adotante.

O TJMG negou provimento ao recurso.

As juristas Alessandra Cristina Furlan e Daniela Braga Paian assim disciplinam sobre o instituto da adoção:

“Em uma síntese bastante apertada, é possível elencar os seguintes requisitos da adoção: a) efetivação por adotante capaz, independente do estado civil, no caso da adoção singular; e se a adoção for conjunta, que estejam ligados os adotantes pelo matrimônio ou pela união estável, comprovada a estabilidade familiar e desde que um deles tenha mais de 18 anos de idade; b) diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado de pelo menos 16 anos (se casal, pode ser a diferença de apenas um dos cônjuges ou companheiros); c) consentimento do adotante, do adotado, de seus pais ou de representante legal (tutor ou curador), dos pais biológicos, se possível; d) intervenção judicial; e) estágio de convivência com o adotando.

Diz-se que a adoção é singular quando realizada por apenas uma pessoa; conjunta, quando por casal, unidos os adotantes pelo matrimônio ou união estável (divorciados ou separados só podem adotar conjuntamente se o estágio de convivência já tenha se iniciado à época da sociedade e seja comprovado o vínculo de afinidade e afetividade); unilateral, quando realizada por um dos cônjuges/conviventes adota o filho do outro; homoafetiva, quando realizada conjuntamente por pessoas do mesmo sexo, póstuma, quando já falecido o adotante (desde que inequívoca manifestação de vontade no curso do procedimento e antes da sentença) e adoção à brasileira, em que casais registram filho alheio como próprio.

A adoção à brasileira, última espécie acima mencionada, embora não prevista em lei, faz parte da realidade cultural brasileira. Embora seja uma ‘modalidade de crime de falsidade ideológica, os adotantes não são apenados pela atitude altruísta e afetiva’. Trata-se de modalidade que sempre existiu. Dessa forma, as tentativas de punição do legislador quando da elaboração da Lei nº 12.010/2009 não obtiveram êxito, sob o fundamento da solidariedade dos adotantes.

Elencados os requisitos para a adoção, passa-se à análise de alguns aspectos relevantes, iniciando-se pelos legitimados a adotar.

4 LEGITIMADOS A ADOTAR

Inicialmente, são legitimados a adotar os maiores de 18 anos, podendo se dar de forma singular ou conjunta, se ligados os adotantes pelo matrimônio ou pela união estável e comprovada a estabilidade familiar. A finalidade da restrição é realizar o princípio constitucional da paternidade responsável (art. 226, § 7º, da Constituição Federal). O requerimento para o pedido de adoção só poderá ser feito pelos próprios interessados, não se admitindo procuração formulada por brasileiros ou estrangeiros. Trata-se de um ato pessoal, expresso pelo art. 39, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os divorciados, os separados e os ex-companheiros poderão adotar conjuntamente se o estágio de convivência com o adotado houver iniciado na constância do período de convivência do casal, comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade que justifiquem a excepcionalidade da medida. Neste caso, é necessário o acordo sobre a guarda do menor e o regime do direito de visitas, assegurando-se, assim, a continuidade da convivência familiar. Também pode ocorrer a adoção unilateral, se um dos cônjuges ou conviventes adotar filho do outro.

Tutor ou curador poderão adotar seu tutelado ou curatelado se prestarem, judicialmente, contas de sua administração, sob a fiscalização do Ministério Público, e saldarem o seu alcance. Por incompatibilidade, não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotante.

do. Não há, pois, que se falar em adoção pelos avós. Estes apenas poderão ter a guarda ou a tutela.

Se apenas um dos cônjuges ou companheiro adotou, desponta-se o problema da moradia do adotado na residência do casal, aplicando-se, por analogia, a regra do art. 165, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, há a necessidade de anuência do outro cônjuge ou companheiro para a adoção individual.

Importante considerar que a exigência legislativa de matrimônio ou união estável para adoção conjunta aparentemente afasta a adoção por pessoas do mesmo sexo. Como afirma Dias, 'perdeu o legislador uma bela chance de explicitamente admitir – como já vem fazendo a jurisprudência – a adoção homoparental', o que é decorrente da 'bancada evangélica conservadora do Congresso Nacional' que não aceitou a inovação.

Referida opção do legislador não foi bem recebida por diversos doutrinadores, como Pae Kim que, com base no neoconstitucionalismo, princípio da igualdade e direito fundamental de constituir uma família sem discriminação da preferência sexual, reconhece o direito de um dos membros ou de ambos que compõe o casal homoafetivo de adotar a criança, constando no registro o nome dos pais, bem como o nome dos ascendentes.

Igualmente, Silva reconhece a possibilidade de estabelecer 'o vínculo de filiação e paternidade socioafetiva entre uma criança ou um adolescente e um casal homoafetivo', desde que respeitado o pressuposto do melhor interesse do menor.

Nessa esteira, após o primeiro caso de repercussão nacional que ocorreu em Catanduva/SP, em que 'um casal homossexual masculino obteve a adoção de uma menina de cinco anos, bem como a autorização judicial para registrarem conjuntamente a paternidade dela em seu assento de nascimento', outros julgados se seguiram nesse sentido.

Apesar dos argumentos contrários à possibilidade de adoção conjunta por casal homoafetivo e do conservadorismo do legislador que deixou de positivar situação de fato amplamente reconhecida pelos tribunais, desde que respeitado o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, não há óbice que casais homoafetivos continuem constituindo família com filhos por meio da adoção; aliás, como bem explica Pae Kim:

Ademais, há que se salientar que desde a época de setenta, pesquisadores americanos vêm realizando estudos em famílias consideradas como não convencionais e, entre elas, as famílias que vivem em comunidades com casais homoafetivos, e já concluíram que as crianças com os pais do mesmo sexo são tão ajustadas, em termos comportamentais, quanto as crianças com pais heterossexuais. Também as meninas demonstraram ser femininas, assim como os meninos se mostraram tão masculinos como os demais.

Nesse sentido, também Lôbo afirma não haver fundamentação científica para a não concessão, pois pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise demonstraram que as crianças que foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentaram o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados.

Conforme os argumentos acima transcritos pela doutrina e seguindo a jurisprudência em todo o território nacional, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou, pela primeira vez, recurso sobre adoção por casal homossexual feminino, com base no parecer favorável do Ministério Público Federal e laudo da assistência social recomendando a adoção. Trata de decisão inédita para o Direito de Família, voltada a decisão para o melhor interesse das crianças.

Em recente notícia publicada no Informativo da IOB, uma juíza de Santa Catarina concedeu a guarda a um casal homossexual, levando em conta a vontade dos pais biológicos de entregar a criança, o melhor interesse do menor e o recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em conceder a adoção a um casal homossexual. Esta é a tendência da jurisprudência nacional.

Enfim, considere-se que, apesar de a adoção desligar o menor de qualquer vínculo com os pais e parentes (salvo impedimentos matrimoniais), o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, após alteração legislativa, possibilita ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica, além de obter acesso ao processo quando completar 18 anos. Ao menor de 18 anos, referido direito é igualmente concedido, assegurada a orientação e a assistência jurídica e psicológica.” (Nova lei de adoção: principais alterações. Disponível em: <http://online.sintese.com>)

7343 – Adoção – requisitos – criança entregue aos adotantes pela mãe

“Civil. Família. Apelação cível. Adoção. Requisitos presentes. Criança entregue aos adotantes pela mãe ainda bebê. Declaração prestada com assistência do conselho tutelar. Suposto arrendimento. Prevalência do melhor interesse da criança. Situação de fato consolidada no tempo em favor da menor. Apelo improvido. I – Verificando-se presentes todos os requisitos objetivos e subjetivos para o deferimento do pleito de adoção de menor a casal, ao qual a criança foi entregue pela mãe ainda bebê, mediante declaração prestada junto ao conselho tutelar, sob a alegação de que não teria condições de criá-la, há de ser mantida incólume, mormente à luz do princípio da prevalência do melhor interesse da criança ou adolescente, a sentença que julgou procedente o pleito de adoção. II – Quando constatada uma situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando, entende a Corte Superior de Justiça, excepcionalmente, presente hipótese de dispensa do consentimento sem prévia destituição do pátrio poder, devendo o interesse da criança e a paternidade socioafetiva se sobrepor às formalidades legais, inclusive quanto aos efeitos do arrependimento até a publicação da sentença. III – Apelo improvido.” (TJMA – AC 045806/2013 – (162352/2015) – Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha – DJe 06.04.2015 – p. 126)

7344 – Alimentos – ação revisional e exoneratória – binômio necessidade-possibilidade

“Civil. Família. Recurso especial. Família. Pensão alimentícia. Ação revisional e exoneratória de alimentos. Afirmada ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência. Alegação de que a pensão devida aos filhos é excessiva e que houve mudança na capacidade financeira do alimentante. Revisão do binômio necessidade-possibilidade. Impossibilidade. Súmula nº 7 do STJ. Exoneratória. Procedência. Ex-cônjuge. Capacidade laborativa e aptidão para inserção no mercado de trabalho. Recurso especial. 1. Embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão impugnado examinou, motivadamente, as questões aventadas, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte. Logo, não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Concluindo a instância ordinária, a partir do exame do acervo probatório, que não houve mudança na situação financeira do alimentante e que seus filhos necessitam dos alimentos prestados, não pode esta egrégia Corte Superior rever tal conclusão, em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. 3. Nos termos da jurisprudência do STJ, o fato de o devedor dos alimentos ter constituído nova família, por si, não implica revisão dos alimentos prestados aos filhos da união anterior, sobretudo se não ficar comprovada a mudança negativa na sua capacidade financeira. Precedentes. 4. A jurisprudência desta egrégia Corte Superior firmou a orientação de que a pensão entre ex-cônjuges não está limitada somente à prova da alteração do binômio necessidade-possibilidade, devendo ser consideradas outras circunstâncias, como a capacidade potencial do alimentado para o trabalho e o tempo decorrido entre o início da prestação alimentícia e a data do pedido de desoneração. 5. Esta egrégia Corte Superior também tem entendimento de que, em regra, a pensão deve ser fixada com termo certo, assegurando ao beneficiário tempo hábil para que reingresse ou se recoloque no mercado de trabalho, possibilitando-lhe a manutenção pelos próprios meios. O pensionamento só deve ser perene

em situações excepcionais, como de incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho. Precedentes. 6. Não se evidenciando a hipótese a justificar a perenidade da prestação alimentícia a excetuar a regra da temporalidade do pensionamento entre ex-cônjuges, deve ser acolhido o pedido de exoneração formulado pelo recorrente, porque sua ex-mulher possui plena capacidade laborativa e fácil inclusão no mercado de trabalho em razão da dupla graduação de nível superior e pouca idade. 5. Recurso especial provido em parte.” (STJ – REsp 1.496.948 – (2013/0123257-0) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 12.03.2015 – p. 1403)

7345 – Alimentos – redução – observação

“Processual, civil e família. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Pensão alimentícia. Pleito pela redução da obrigação. Fundamentos da decisão monocrática não impugnados. Súmula nº 182 desta Corte superior. 1. O alimentante, ao interpor o regimental, não impugnou, completamente, a decisão agravada e não trouxe argumento novo capaz de modificá-la, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Incidência da Súmula nº 182/STJ. 2. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 554.661 – (2014/0184805-0) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 17.12.2014 – p. 1494)

7346 – Alimentos – sentença estrangeira – homologação

“Processual civil. Família. Homologação de sentença estrangeira. Alimentos. Convenção de Nova York e lei de alimentos. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Instituição intermediária. Curador especial. Art. 9º, § 3º, da Resolução STJ nº 9/2005. Preenchimento dos requisitos previstos no art. 5º da Resolução STJ nº 9/2005. Sentença homologada parcialmente para possibilitar a discussão sobre alimentos sob a jurisdição brasileira. 1. O art. 9º, § 3º, da Resolução STJ nº 9/2005 determina a nomeação de Curador Especial nas hipóteses de revelia, não fazendo qualquer distinção acerca da disponibilidade do direito a ser tutelado. 2. Ainda que se trate de uma sentença de regulação de responsabilidade parentais, o pleito tem por objeto a homologação parcial, apenas do capítulo relativo às ‘prestações alimentares devidas’, nos termos do art. 4º, § 2º, da Resolução STJ nº 9/2005. 3. A pretensão foi articulada pela Procuradoria-Geral da República, na qualidade de Instituição Intermediária, nos termos do art. 2º da Convenção de Nova York Sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro promulgada pelo Decreto nº 56.826/1965, bem como da Lei nº 5.478/1965, que dispõe sobre a ação de alimentos no Brasil. 4. Constam dos autos os documentos necessários ao deferimento do pedido: (i) requerimento do representante legal dos requerentes Sr. Carlos Tadeu da Silva Santamarinha, encaminhado pelo Ministério da Justiça de Portugal para que a Procuradoria Geral da República do Brasil atue como interveniente (fls. 23-26); (ii) autoridade competente; (iii) sentença estrangeira de Regulação do Exercício do Poder Parental a ela anexado, sendo despidendo estarem acompanhados de tradução oficial, uma vez que o idioma oficial praticado é o português, consoante já decidido nos autos da SEC 5.590/PT, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, DJe 28.06.2011. Também é dispensada chancela consular brasileira, uma vez que trata de situação jurídica aludida na Convenção para a Cobrança de Alimentos no Estrangeiro concluída em Nova York, em 20 de junho de 1956’ (iv) comprovação do trânsito em julgado da decisão (fl. 30). 5. As questões relativas à prescrição da pretensão de cobrança dos alimentos ou à revisão dos valores fixados desbordam do mero juízo de delibação, relacionando-se ao cumprimento da sentença, não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça o exame de matéria pertinente ao mérito, salvo para, dentro de estreitos limites, verificar eventual ofensa à ordem pública e à soberania nacional, o que não é o caso. 6. Sentença estrangeira parcialmente homologada.” (STJ – SEC 11.430 – (2014/0248705-0) – C.Esp. – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJe 19.12.2014 – p. 1100)

7347 – Bem de família – hipoteca – bem imóvel – propriedade – validade – impenhorabilidade

“Recurso especial. Empréstimo. Pessoa jurídica. Garantia. Hipoteca. Bem imóvel. Propriedade. Outra. Pessoa jurídica. Validade. Impenhorabilidade. Bem de família. Alegação. Posterior. Sócio. Pessoa física. Descabimento. 1. É válida a hipoteca prestada por empresa que livremente ofereceu bem imóvel de sua propriedade para garantir empréstimo de outra pessoa jurídica, ainda que o sócio seja o representante legal das duas empresas. 2. Nessa hipótese, é descabida a alegação posterior formulada pelas pessoas físicas integrantes do casal de sócios acerca de eventual impenhorabilidade de bem de família, razão pela qual inviável a construção interpretativa, na espécie, no sentido da desconsideração da personalidade jurídica da empresa garante, sob pena de violação do dever de boa-fé objetiva dos contratantes, em especial na sua vertente do princípio da confiança (*venire contra factum proprium*). 3. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ – REsp 1.422.466 – (2013/0383704-0) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 13.03.2015 – p. 802)

7348 – Bem de família – hipoteca – validade – averbação no cartório de registro de imóveis – não ocorrência – impenhorabilidade

“Agravo regimental. Recurso especial. Civil. Direito real de garantia. Hipoteca. Validade. Averbação no cartório de registro de imóveis. Não ocorrência. Bem de família. Impenhorabilidade. Hipótese não configurada. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STJ. Súmula nº 83/STJ. 1. É penhorável o bem de família de propriedade de sócio dado em garantia de contrato celebrado por pessoa jurídica se o imóvel foi oferecido como garantia real em benefício da entidade familiar, hipótese que se subsume à exceção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/1990. 2. É inviável, na via do recurso especial, o reconhecimento da não incidência da exceção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/1990 e, por conseguinte, da impenhorabilidade do bem se, para tanto, for necessário o reexame de provas. Incidência da Súmula nº 7 do STJ. 3. Decisão mantida por seus fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgRg-REsp 1.449.423 – (2014/0081734-5) – 3ª T. – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJe 31.03.2015 – p. 2245)

7349 – Bem de família – nunciação de obra nova – embargos de devedor – impenhorabilidade

“Apelação cível. Nunciação de obra nova. Embargos de devedor. Impenhorabilidade. Bem de família. Fração ideal. Inovação recursal. Em atendimento ao princípio da eventualidade, competia ao embargado, quando da apresentação da impugnação, ter suscitado todas as matérias relativas à sua defesa e que pudessem conduzir à improcedência dos embargos. Questão relativa à destinação do bem suscitada apenas em grau de apelo. Impenhorabilidade. A propriedade de fração do imóvel não obsta o reconhecimento da sua impenhorabilidade, quando demonstrado tratar-se de bem de família. Apelação parcialmente conhecida e desprovida.” (TJRS – AC 70062203278 – 18ª C.Cív. – Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva – J. 26.02.2015)

7350 – Casamento – vigência do Código Civil de 1916 – regime de bens – alteração – necessidade de motivação

“Direito de família. Casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916. Regime de bens. Alteração. Necessidade de motivação. Justificativa do pedido. Enunciado nº 113 (CJF). Prejuízo comprovado. Súmula nº 7/STJ. 1. À luz da melhor interpretação do art. 1.639, § 2º,

do CC/2002, são exigíveis justificativas plausíveis e provas concretas de que a alteração do regime de bens eleito para reger o matrimônio não prejudicará nenhum dos cônjuges, nem terceiros interessados. 2. Incidência do Enunciado nº 113 na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: ‘É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade’. 3. No caso em exame, a alteração patrimonial foi pleiteada consensualmente por ambos os cônjuges ora recorrentes com base na justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal, demonstrando a ausência de violação de direitos de terceiros. 4. As instâncias ordinárias, todavia, negaram a alteração do regime patrimonial por reputarem que a mera vontade de preservação e individualização dos patrimônios dos cônjuges não configura justo motivo, requisito legal indispensável. 5. Ademais, o Tribunal de origem, visando a proteção de um dos cônjuges, assentou que a modificação ‘equivaleria à doação do patrimônio a um dos interessados, exclusivamente, mascarando desta forma, uma divisão que poderia prejudicar, sim, e inclusive, a eventual prole’. 6. Rever tais conclusões demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ. 7. Recurso especial não provido.” (STJ – REsp 1.427.639 – (2013/0417656-0) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 16.03.2015 – p. 791)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea a do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

“Regime de bens. Pedido de alteração. Ausência de justo motivo. Cláusula geral a ser preenchida pelo Magistrado. Prejuízo exclusivo da mulher. Vontade das partes que não prepondera sobre a proteção da pessoa do cônjuge. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.”

Cuida-se, na origem, de procedimento de jurisdição voluntária decorrente de Ação Declaratória de Alteração de Regime de Bens proposta por G. de A. S. e M. L. C. R. de A. S., casados desde 4 de janeiro de 1977, sob o regime da comunhão universal de bens, objetivando a preservação do patrimônio individual de cada um por meio da alteração para o regime de separação de bens.

O pedido foi fundamentado nos seguintes termos:

“[...] Em primeiro lugar, frise-se que os Requerentes continuam plenamente casados, não havendo nenhum interesse em dissolução da sociedade conjugal.

O que se pretende, apenas, é a alteração de regime de casamento de comunhão de bens para separação de bens, pelos motivos a seguir expostos [...] O texto legal que possibilita a alteração do regime de bens escolhido pelos cônjuges determina que, para sua admissibilidade, deve restar demonstrada a procedência das alegações, bem como a ressalva a direitos de terceiros.

Os requerentes, muito embora casados e vivendo em comum, entenderam por bem preservar o patrimônio individual de cada um, inclusive os bens familiares, sendo certo que ambos são independentes financeiramente, o que pretendem durante todo o casamento. Assim, ambos os cônjuges pretendem, com a alteração do regime de bens, a preservação do patrimônio individual de cada um.

Desta forma, resta comprovado o motivo que enseja a presente demanda, não havendo razão para que o judiciário impeça a efetivação da vontade dos requerentes.

Outro requisito legal é a ressalva a direitos de terceiros.

Quanto a isso, não há dúvidas de que os requerentes, com a modificação do regime de bens anteriormente escolhido, não irão prejudicar terceiros, posto que não possuem contra si ações judiciais, dívidas e/ou credores, conforme demonstrado pelas certidões ora juntadas.

Assim, a questão é meramente relativa à vontade dos cônjuges, que se modificou no decorrer do casamento, sendo certo que, assegurados pelo ordenamento jurídico vigente, estão livres para manifestarem as suas vontades, requerendo, conseqüentemente, a concessão de tal autorização.”

O Juízo da 1ª Vara da Comarca de Cotia/SP julgou improcedente o pedido em virtude da ausência de motivo relevante para a alteração pleiteada, bem como por reputar possível a existência de prejuízo para a esposa.

As partes apelaram alegando que o pedido foi formulado por ambos os cônjuges de forma livre e espontânea, sem vícios de vontade, com a juntada da documentação necessária para a comprovação de que, inclusive, não refletiria nenhum prejuízo a eventuais direitos de terceiros.

Nas razões do apelo nobre, aduziram os recorrentes, em síntese, violação do art. 1.639, § 2º, do Código Civil, porquanto cumpridos seus requisitos, já que “a modificação do pedido de alteração do regime de bens de casamento corresponde a exposição do interesse comum dos cônjuges”.

Salientam que deveria ser “evitado o rigor excessivo” quanto à fundamentação das razões pessoais dos cônjuges para a mudança de regime à luz do princípio da razoabilidade.

O recurso especial foi inadmitido na origem, ascendendo os autos a esta Corte por força de decisão proferida em sede de agravo de instrumento

O STJ negou provimento do recurso especial.

O relator assim aduziu:

“Assim, o eventual conhecimento do presente especial, no que se refere às questões relativas à modificação do regime de bens, o que, conforme o acórdão recorrido, ‘equivalaria à doação do patrimônio a um dos interessados, exclusivamente, mascarando desta forma, uma divisão que poderia prejudicar, sim, e inclusive, a eventual prole’, demandaria nova incursão fático-probatória que, como se sabe, é interdita a esta Corte Superior na via especial. Não é outra a inteligência do Verbete Sumular nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, válido mencionar, a título de *obiter dictum*, que esta Corte já assentou, em recente precedente da lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ao interpretar o art. 1.639, § 2º, do Código Civil/2002, que a alteração do regime de bens, quando devidamente motivada e que preserve os interesses das partes envolvidas e de terceiros, tem eficácia *ex nunc*, ‘tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou’.”

O magistrado Clayton Reis analisando essa mudança de regime nos ensina:

“Ao magistrado caberá apreciar o pedido de mudança do regime de bens quando estiver devidamente motivado. Nesse caso, deverá apurar a procedência das razões invocadas. A faculdade do juiz, de apreciar as razões invocadas pelos cônjuges, consiste em verificar os fundamentos arguidos a fim de aferir-se se justifica a conversão do regime pretendido. Para tanto, haverá que observar se os requisitos da probidade e da boa-fé se encontram presentes. Por outro lado, deverá igualmente analisar se a mudança não acarretará qualquer tipo de prejuízos a terceiros, especialmente credores da sociedade familiar que poderão impugnar a pretensão dos autores, caso restar demonstrado que a mudança lhes acarretará inevitável gravame.

No seu poder de arbítrio, o magistrado poderá determinar que os consortes em primeiro lugar satisfaçam a exigibilidade de credores se ficar configurado que a alteração do regime poderá acarretar qualquer possível prejuízo aos mesmos.

Dessa forma, o controle jurisdicional será de suma importância para se coibir toda e qualquer situação que implique em prejuízo à sociedade familiar ou a terceiros. Por essa razão, Zeno Veloso, no texto da obra coordenada por Rodrigo da Cunha Pereira, proclama que 'sob certo controle, havendo motivos justificáveis, acautelados os interesses de terceiros, especialmente dos credores, a tendência que se está universalizando é de admitir os pactos pós-nupciais, modificando-se, depois do casamento, o estatuto patrimonial dos cônjuges'.

Zeno Veloso já em 1997 assinalava a possibilidade da alteração do regime, desde que fixados certos pressupostos pelo magistrado em sua decisão. Caso ocorram influências nocivas de um dos cônjuges sobre o outro, bem como caso hajam acordos entre eles no sentido de alterar o regime de bens, com vistas a interesses escusos, os defensores da tese da mudança são favoráveis a um controle rigoroso por parte da autoridade judiciária. Nessa linha de idéias, Zeno Veloso aponta que 'os defensores da tese favorável à possibilidade da mudança do regime não admitem que ela se faça livremente, sem nenhum critério ou limitações. Ao contrário, a alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges deve ser controlada, fiscalizada, dependendo de homologação judicial, resguardados os interesses de ambos os consortes e as legítimas expectativas de terceiros'.

Decorre dessas situações que a mudança do regime de bens poderá se converter em um instituto da maior validade, desde que atenda aos nobres interesses dos cônjuges, bem como de terceiros, e seja devidamente controlado pelo Poder Judiciário, que, apreciando todas essas questões, outorgue a sua chancela.

5 A REPERCUSSÃO DA NOVA OPÇÃO PERANTE A SOCIEDADE

A nossa herança jurídica adaptou-se, no período de 86 anos, desde a vigência do Código Civil de 1916, ao princípio da imutabilidade do regime patrimonial na sociedade conjugal. O Código Civil de 2002 inaugura, nesse sentido, um novo princípio. Não se trata de uma experiência inédita, mesmo porque, outros países, como a França, em especial, há muito se posicionou pelo princípio da revogabilidade.

A esse respeito, Zeno Veloso adverte que 'no mundo latino, vários países modificaram seu posicionamento originário, e a imutabilidade do regime de bens foi trocada pela possibilidade de alteração do regime, após o casamento, embora a mudança só possa ser feita mediante controle. Assim na Bélgica, na Itália, na Holanda, na Espanha. Na América Latina, decidem, desta maneira, os Códigos Civis do Peru e do Paraguai, desde 1984 e 1985, respectivamente'.

O princípio idealizado pelo *mens legislatori* brasileiro deverá repercutir favoravelmente na sociedade brasileira, se considerarmos que a dinâmica negocial na sociedade moderna exige instrumentos ágeis e adaptados à nova realidade na área dos negócios jurídicos.

Na verdade, a mudança do regime atenderá, de forma básica, a essa situação, se considerarmos que o interesse dos consortes, na maioria das vezes, coincidirá com os interesses negociais de terceiro, com os quais a sociedade conjugal mantém relações de natureza econômicas." (A mudança do regime de bens no casamento em face do novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://online.sintese.com>.)

7351 – Concubinato – longa duração – condenação a alimentos

"Recurso especial. Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos. Negativa de vigência de lei federal. Caso peculiaríssimo. Preservação da família x dignidade e solidariedade humanas. Sustento da alimentanda pelo alimentante por quatro décadas. Decisão. Manutenção de situação fática preexistente. Inexistência de risco para a família em razão do decurso do tempo. Comprovado risco de deixar desassistida pessoa idosa. Incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas. Dissídio jurisprudencial. Inexistência de similitude fático-jurídica. 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato

impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova incontestada da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda –, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.” (STJ – REsp 1.185.337 – (2010/0048151-3) – 3ª T. – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJe 31.03.2015 – p. 2225)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se, na origem, de ação de reconhecimento e dissolução de união concubinária com pedido de partilha de bens e alimentos e/ou indenização por serviços prestados ajuizada por S. M. em desfavor de C. P. W. e julgada parcialmente procedente, condenando-se o réu a pagar alimentos no valor equivalente a 2,5 (dois e meio) salários mínimos mensais. Ambas as partes apelaram, e a Corte estadual desproveu o recurso do réu e deu parcial provimento ao da autora em acórdão assim ementado:

“Apelação cível. Reconhecimento e dissolução de concubinato impuro. Partilha de bens. Ausência de prova de contribuição para aquisição do patrimônio. Alimentos. Dependência econômica da concubina demonstrada. Indenização por serviços prestados. Impossibilidade.

Mesmo na relação de concubinato (art. 1.727, CC), faz jus a alimentos a mulher que, por mais de quarenta anos, foi sustentada pelo homem, tendo abdicado de sua profissão em razão do relacionamento.

No concubinato ocorrem os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato, sendo imprescindível, para que haja partilha, a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio. Em uma relação afetiva não há como se vislumbrar um caráter econômico, mensurando-se monetariamente os cuidados e dedicação que um destina ao outro, equiparando-os a ‘serviços prestados’. Não se trata de ‘serviços’, mas de troca de afeto, amor, dedicação, companheirismo.

Recurso do réu improvido. Unânime. Recurso da autora parcialmente provido, por maioria.”

Ao recurso de S. M. o Ministro Massami Uyeda negou seguimento por decisão monocrática; na sequência, a Terceira Turma negou provimento ao agravo regimental por ela apresentado.

Remanesceu o recurso especial de C. P. W. (fls. 475/510), no qual o recorrente sustentou as seguintes teses: a) violação do art. 535, I e II, do CPC visto que o TJRS não emitiu nenhum pronunciamento sobre a alegada inexistência de amparo para a condenação à prestação de alimentos à parte recorrida, tendo em vista o reconhecimento de caracterização apenas de concubinato impuro, e não de união estável; b) afronta aos arts. 1.694, *caput* e § 1º, 1.695 e 1.727 do Código Civil, pois não se pode atribuir consequências idênticas ao concubinato impuro e à união estável; c) dissídio jurisprudencial.

O STJ negou provimento ao recurso.

Vale trazer trecho do voto do relator:

“A resposta às indagações feitas surge claramente dos autos. Ficou evidenciada, com o decurso do tempo, a inexistência de risco à desestruturação da família do recorrente, bem como a possibilidade de exposição de pessoa já idosa a desamparo financeiro, tendo em vista que foi o próprio recorrente quem proveu o sustento, o que vale dizer, foi ele quem deu ensejo a essa situação e não pode, agora, beneficiar-se dos próprios atos. É evidente que, no caso específico, há uma convergência de princípios, de modo que é preciso conciliá-los para aplicar aqueles adequados a embasar a decisão, a saber, os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, pelas razões já exaustivamente expostas.”

Marco Túlio Murano Garcia assim assevera sobre o direito de alimentos no concubinato:

“Retomando o tema dos efeitos da união estável, parece oportuno destacar que o NCCB consagrou definitivamente o direito a alimentos entre os conviventes, solucionando uma polêmica que animava a doutrina e a jurisprudência ao sacramentar que o convivente ‘culpado’ pela dissolução da união não terá direito aos alimentos, ressalvada a mesma exceção que vale para os cônjuges, do ‘culpado’ vir a necessitar dos alimentos, não tendo quem, dentre os parentes, possa prestá-los, quando terá direito ao mínimo indispensável para assegurar a sua subsistência.

Até o advento do NCCB, como a Lei nº 9.278/1996, que previu o direito aos alimentos na hipótese de rescisão da união estável, não continha norma que condicionava o direito aos alimentos à inocência do convivente requerente, animada polêmica se formou entre os doutrinadores, com reflexos na jurisprudência; uma corrente asseverando que ante a ausência de norma expressa como aquela existente para o direito dos cônjuges, mesmo o convivente ‘culpado’ poderia requerer alimentos, porquanto não seria viável distinguir onde o intérprete não o fez, outra asseverando que os alimentos estariam sim condicionados, além da necessidade, também à ‘inocência’ do convivente requerente, por aplicação analógica da disposição pertinente aos cônjuges, prevista na Lei do Divórcio, até mesmo por uma questão de isonomia, que impedira que se desse um tratamento desigual aos conviventes, em detrimento dos cônjuges.

Desde o NCCB, portanto, está solucionada a controvérsia. O convivente, a exemplo do cônjuge, só terá direito a alimentos, ressalvada a exceção à qual já nos referimos, quando, além da necessidade, demonstrar que não foi o ‘culpado’ pela dissolução da união estável. Caso contrário, em sendo ‘culpado’ pela dissolução da união estável, o convivente ficará privado dos alimentos.” (União estável e concubinato no novo Código Civil. Disponível em: <http://online.sintese.com>.)

7352 – Concubinato adúltero – pensão por morte – relacionamento contínuo, público e duradouro por mais de 40 anos – ação declaratória que não conheceu a união estável – homem casado até o falecimento – impossibilidade de concessão do benefício

“Remessa oficial e apelação cível. Conhecimento de ofício da remessa oficial. Condenação ilíquida da fazenda pública. Súmula nº 490 do STJ. Preliminar de coisa julgada. Análise conjunta com o mérito. Previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento contínuo, público e duradouro por mais de 40 anos. Ação declaratória que não conheceu a união estável. Homem casado até o falecimento. Concubinato adúltero. Impossibilidade de concessão do benefício. Precedentes do STJ e deste egrégio tribunal. Pagamento retroativo. Prejudicado. Provento da remessa e apelação. O concubinato adúltero resta configurada nos casos em que há um relacionamento amoroso não eventual onde pelo menos um dos envolvidos está, paralela e simultaneamente, na vigência de vínculo conjugal oriundo de matrimônio ou de união estável com outrem. Não é juridicamente possível conferir ao concubinato adúltero o mesmo tratamento da união estável. 5. ‘A titularidade da pensão decorrente do

falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina' (RE 590.779-1/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.03.2009). 6. Recurso Especial provido (STJ, REsp 1.185.653, Proc. 2010/0047138-7, PE, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 07.12.2010, DJe 01.03.2011)." (TJPB – Ap 0002017-07.2011.815.0171 – 3ª C.Esp.Cív. – Relª Desª Maria das Graças Morais Guedes – DJe 11.03.2015 – p. 14)

7353 – Curatela especial – Defensoria Pública Estadual, em favor de réu ausente, citado por edital – inexistência de direito a pagamento de honorários

"Processual civil e tributário. Recurso especial. Curatela especial exercida pela Defensoria Pública Estadual, em favor de réu ausente, citado por edital. Inexistência de direito a pagamento de honorários, pelo exercício de uma função institucional. Diferenciação em relação aos honorários advocatícios de sucumbência, devidos à Defensoria Pública, pelo vencido, em decorrência do êxito na demanda em que atua como curadora especial. Possibilidade de pagamento de honorários, pelo município, à Defensoria Pública Estadual, nos termos da Súmula nº 421/STJ. Recurso especial provido. I – Quando a curatela especial for desempenhada pela Defensoria Pública, em favor do réu ausente citado por edital, não haverá pagamento de honorários por seu exercício, tendo em vista tratar-se de uma função institucional, verdadeiro *munus* público, remunerado via subsídio. II – Este entendimento, no entanto, é compatível com a afirmação de que, nos casos em que a Defensoria Pública atuar como curadora especial, e obtiver êxito na demanda, serão devidos honorários sucumbenciais à instituição, porquanto consistentes em remuneração devida pelo vencido ao vencedor, nos termos do art. 20 do CPC, ressalvada a hipótese em que ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença (Súmula nº 421/STJ), o que não é a hipótese dos autos, em que a Defensoria Pública Estadual atuou como curadora especial e obteve êxito, em Execução Fiscal movida por Município. III – Como decidido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, 'A remuneração dos membros integrantes da Defensoria Pública ocorre mediante subsídio em parcela única mensal, com expressa vedação a qualquer outra espécie remuneratória, nos termos dos arts. 135 e 39, § 4º da CF/1988 combinado com o art. 130 da LC 80/1994. Destarte, o defensor público não faz jus ao recebimento de honorários pelo exercício da curatela especial, por estar no exercício das suas funções institucionais, para o que já é remunerado mediante o subsídio em parcela única. Todavia, caberá à Defensoria Pública, se for o caso, os honorários sucumbenciais fixados ao final da demanda (art. 20 do CPC), ressalvada a hipótese em que ela venha a atuar contra pessoa jurídica de direito público, à qual pertença (Súmula nº 421 do STJ)' (STJ, REsp 1.201.674/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe de 01.08.2012). Em igual sentido: STJ, AgRg-REsp 1.088.703/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., DJe de 19.03.2014. IV – É possível a condenação do Município de Dourados/MS ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública, na medida em que esta pertence ao Estado do Mato Grosso do Sul, pessoa jurídica diversa da Municipalidade, nos termos do que dispõe a Súmula nº 421 do STJ: 'Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença'. V – Recurso Especial provido." (STJ – REsp 1.516.565 – (2015/0035447-8) – 2ª T. – Relª Min. Assusete Magalhães – DJe 25.03.2015 – p. 680)

7354 – Divórcio – separação obrigatória de bens – cotas sociais – partilha dos bens

"Civil e família. Apelação cível. Divórcio. Separação obrigatória de bens. Cotas sociais. Partilha dos bens adquiridos na constância do matrimônio. 1. No caso de separação obrigatória

de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento (Súmula nº 377, STF). 2. As empresas constituídas devem ter as cotas partilhadas quando da dissolução do matrimônio, conforme o regime de bens adotado. 3. Recurso desprovido.” (TJDFT – Proc. 20130710349090 – (855779) – 2ª T.Cív. – Rel. Des. Mario-Zam Belmiro – DJe 20.03.2015 – p. 166)

7355 – Divórcio e partilha – bem adquirido antes da união – pretensão de partilha sobre a valorização do imóvel

“Agravo regimental no recurso especial. Direito civil. Família. Divórcio e partilha. Bem adquirido antes da união. Pretensão de partilha sobre a valorização do imóvel. Interposição do recurso com base apenas na alínea c do permissivo constitucional. Ausência de realização de cotejo. Dissídio que, ainda, não se evidencia em face da inexistência de similitude fática ou jurídica entre os acórdãos confrontados. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgRg-REsp 1.417.775 – (2012/0257566-3) – 3ª T. – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 27.02.2015 – p. 71)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de agravo regimental interposto por S. G. M. contra a decisão deste relator que negou seguimento ao seu recurso especial, cuja ementa está assim redigida:

“Recurso especial. Direito civil. Família. Divórcio e partilha. Bem adquirido antes da união. Pretensão de partilha sobre a valorização do imóvel. Interposição do recurso com base apenas na alínea c do permissivo constitucional. Ausência de realização de cotejo. Dissídio que, ainda, não se evidencia em face da inexistência de similitude fática ou jurídica entre os acórdãos. Recurso especial a que se nega seguimento.”

Em suas razões recursais, aduziu que o cotejo analítico fora devidamente realizado, impondo-se o conhecimento do especial. Destacou, por outro lado, que a conclusão a que se chegou no acórdão paradigma em relação a imóvel adquirido na constância de casamento deveria ser aplicada à hipótese dos autos, sob pena de se tratarem desigualmente os iguais. Pediu o provimento do recurso.

O STJ negou provimento ao agravo regimental.

Oportuno colacionar trecho do voto do relator:

“Reanalisado o apelo excepcional, não há como reconhecer a mera transcrição de ementas como suficiente a demonstrar terem os dois tribunais tratado de questões jurídicas e faticamente símile e, ainda, a elas dado soluções jurídicas diversas.

O cotejo não se mostra realizado.

Por outro lado, extrai-se que o acórdão paradigma tratou de partilha de bem adquirido na constância do casamento e, no caso dos autos, o imóvel o fora adquirido por um dos cônjuges antes da sua união.

A conclusão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo partilhando o imóvel em consonância com as parcelas pagas após a celebração das núpcias higidamente dissonaria da conclusão expendida pelo acórdão paradigma, pois assímiles os casos.”

O ilustre Jurista Luiz Felipe Brasil assim disciplina sobre o divórcio:

“12. O parágrafo único do art. 1.579 (‘Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo’) contém omissão, uma vez que deixa de referir expressamente que a união estável de qualquer dos pais também não acarreta restrições aos direitos e deveres em relação aos filhos. É evidente que deve ser compreendida a união estável também nessa hipótese, uma vez que não teria qualquer sentido que a formação fática de nova família por qualquer dos pais pudesse gerar efeitos que a formação jurídica, pelo casamento, não acarreta.

13. Tratando do divórcio por conversão, o art. 1.580 apresenta uma redação ('Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio') que peca pela falta de clareza. É evidente que a conversão de separação judicial em divórcio pressupõe a prévia separação judicial. Entretanto, a dicção isolada do dispositivo – numa interpretação meramente gramatical, é certo – possibilita o entendimento de que seria viável converter a separação de corpos em divórcio. Felizmente a dubiedade resta afastada pelo § 1º, que não deixa margem à dúvida no sentido de que a conversão de que se trata é sempre de separação judicial em divórcio.

14. Inovou salutarmente o NCCB ao afastar, no caso de conversão da separação judicial em divórcio, a exigência adicional (art. 36, parágrafo único, inc. II, da Lei do Divórcio) de que o autor do pedido estivesse em dia com obrigações anteriormente assumidas, o que já vinha sendo tido como inconstitucional pela melhor doutrina (CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed., t. 2, p. 1196 e ss.), no entendimento de que o dispositivo da lei divorcista não foi recepcionado pelo art. 226, § 6º, da CF, cuja única exigência para o deferimento da conversão é o preenchimento do prazo de um ano de separação judicial. Assim também já se manifestara a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 7ª Câmara Cível (AC 599314689, J. 23.06.1999, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis): 'DIVÓRCIO POR CONVERSÃO – DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS AO ENSEJO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL – DERROGAÇÃO DO INC. II, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 36, DA LEI Nº 6.515/1977 – DERROGADO O INC. II DO ART. 36, DA LEI Nº 6.515/1977, PELO ART. 226, § 6º, DA CF, O DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS AO ENSEJO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NÃO MAIS REPRESENTA ÔBICE À SUA CONVERSÃO EM DIVÓRCIO – NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA'.

15. O divórcio direto mantém-se no § 2º do art. 1.580 na forma como se encontra na Lei nº 6.515/1977 (art. 40), exigindo unicamente o preenchimento do lapso temporal de dois anos de separação fática, tanto em sua forma litigiosa quanto consensual. Apenas baseado no 'princípio da ruptura', portanto, não se mostrando pertinente qualquer questionamento acerca da culpa.

16. Como antes salientado, o art. 1.581, na linha do que já fora consagrado, quanto ao divórcio direto, pela Súmula nº 197, do STJ, dispensa a partilha de bens em qualquer das modalidades de divórcio. Assim, não é mais exigível a partilha mesmo no divórcio por conversão, o que vinha ocorrendo com fundamento nos arts. 31 e 43 da lei divorcista.

17. Em regra que abrange tanto a separação judicial quanto o divórcio, o art. 1.584 ('Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la') manda que seja atendido o melhor interesse da criança, desvinculando a guarda dos filhos de qualquer consideração quanto à culpa.

É, sem dúvida, salutar o dispositivo, que se harmoniza, aliás, com a doutrina da proteção integral, consagrada no art. 227 da CF. Merece registro que mesmo sob a égide da lei divorcista que, na separação judicial com causa culposa (art. 5º, *caput*, Lei nº 6.515/1977), em princípio vinculava a guarda do menor à culpa do genitor (art. 10), a jurisprudência já vinha efetuando a aplicação da doutrina do melhor interesse da criança, invocando como fundamento, além do regramento constitucional, uma interpretação mais liberal do art. 13 da Lei nº 6.515/1977 que, de exceção que era, passou à condição de regra.

Agora, o art. 1.584, na linha de torrencial jurisprudência, expressamente determina que se observe, em qualquer hipótese, sempre aquilo que se mostrar mais conveniente para os filhos.

18. O art. 1.578 inova, ao trazer para o âmbito da separação judicial com fundamento em culpa ('sanção') a regra relativa ao nome, que hoje se aplica ao divórcio (art. 25, parágrafo único, Lei nº 6.515/1977).

A primeira inovação aqui está no que se relaciona ao fato de que – na medida em que agora qualquer dos cônjuges poderá acrescer aos seus o patronímico do outro (art. 1.565, § 1º) – tanto o homem quanto a mulher poderão, quando culpados, sofrer a sanção relativa à perda do direito ao uso do sobrenome do outro.

A segunda decorre de que as hipóteses de manutenção do sobrenome do cônjuge (mesmo no caso de culpa reconhecida), que, pela lei divorcista, incidem quando do divórcio, passam agora a ser aplicadas ao ensejo da separação judicial com causa culposa.

A terceira consiste em que, ao contrário do que ocorre no sistema da lei divorcista (onde perda do direito ao uso do sobrenome pela mulher é consequência necessária da declaração de culpa – art. 17) a sanção passa a admitir exceções, que reproduzem as hipóteses do art. 25 da Lei do Divórcio, a saber: (1) evidente prejuízo para a sua identificação; (2) manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; (3) dano grave reconhecido na decisão judicial.

Quanto às demais modalidades de separação judicial – ou seja: a forma consensual e as formas litigiosas com fundamento em causa objetiva e na doença mental do outro cônjuge – o § 2º do art. 1.578 determina que 'caberá a opção pela conservação do nome de casado'. Assim, deixou de existir o apenamento imposto à mulher pelo art. 17, § 1º, da Lei nº 6.515/1977, que determinava que, sendo dela a iniciativa do pedido com fundamento em causa objetiva ou na doença mental do varão, deveria voltar a usar o nome de solteira.

19. Inovação de relevo há quanto ao tema alimentar. Pela sistemática da Lei nº 6.515/1977, em se tratando de separação judicial fundada em culpa, o art. 19 impõe apenas ao culpado o encargo de prestar alimentos ao inocente, caso este necessite. Em decorrência, doutrina e jurisprudência têm uniformemente afirmado que o cônjuge reconhecido culpado pela separação perde o direito a alimentos.

O NCCB trata dos alimentos a partir do art. 1.694, e o faz englobando a obrigação tanto proveniente do parentesco como originária do casamento e da união estável. O art. 1.702, tratando da obrigação alimentar na separação judicial, condiciona, inicialmente, seu surgimento à circunstância de ser o cônjuge 'inocente' e 'desprovido de recursos'. Idêntica regra (em desnecessária redundância) situa-se no *caput* do art. 1.704. Portanto, sempre que não caracterizada a culpa, cabível será a estipulação de alimentos.

Entretanto – e aí se situa a inovação – a partir de agora mesmo o culpado poderá ser contemplado com alimentos. Dispõe o parágrafo único do art. 1.704: 'Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência'.

Duas são as condições para que o culpado possa habilitar-se a receber alimentos do inocente: (1) não ter aptidão para o trabalho e (2) não ter parentes em condições de prestá-los. A primeira condição configura a 'necessidade'. Mas não basta que o cônjuge culpado necessite dos alimentos. É necessário, além disso, que não tenha parentes (ascendentes, descendentes ou irmãos) em condições de prestá-los. Caso os tenha, deverá pedir os alimentos a esses parentes, não podendo, nestas condições, direcionar sua pretensão contra o cônjuge 'inocente'.

Assim, a condição de 'culpado' ou de 'inocente' refletirá na própria ordem de precedência da obrigação alimentar entre cônjuges. Isto é: se culpado, o parente precede o cônjuge; se inocente, o cônjuge precede o parente.

Não fica aí, porém, a inovação relativa aos alimentos em razão do casamento. Ocorre que, preenchendo o cônjuge as condições postas em lei para que possa postular os alimentos, estes, na hipótese de ser o alimentado considerado culpado pela separação, serão fixados

pelo juiz no montante estritamente 'indispensável à sobrevivência' (art. 1.704, parágrafo único).

Em contrapartida, ao cônjuge que não for considerado culpado pela separação (ou seja, o 'inocente') bastará provar sua necessidade (decorrente do fato de não possuir aptidão para o trabalho) e a possibilidade do potencial prestador para habilitar-se a receber pensão alimentícia. Não fica, nesta hipótese, obrigado a demonstrar que não possui parentes em condições de prestá-los. E mais: o valor dos alimentos deverá corresponder ao que for necessário à preservação do padrão de vida que desfrutava durante o casamento, e não fica adstrito ao mínimo indispensável à sobrevivência. É o que decorre do art. 1.694, que estatui que os alimentos, como regra, devem corresponder ao que for necessário 'para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação'.

Em se tratando de divórcio direto, onde não cabe perquirição de culpa – baseando-se exclusivamente no princípio da ruptura (art. 1.580, § 2º) – os alimentos serão devidos desde que reste caracterizado exclusivamente o binômio possibilidade-necessidade (art. 1.695), descabendo qualquer outra averiguação. E, por decorrência, sempre deverão corresponder ao que for necessário à preservação do padrão de vida do beneficiário (art. 1.694).

No caso de divórcio por conversão da separação judicial (art. 1.580, *caput*), manter-se-á, quanto aos alimentos, o que houver sido estipulado ao ensejo da separação judicial." (A separação judicial e o divórcio no novo código civil brasileiro. Disponível em: <http://online.sintese.com>.)

7356 – Divórcio litigioso – casamento sob o regime de comunhão parcial de bens – partilha

"Apelação cível. Família. Divórcio litigioso. Casamento sob o regime de comunhão parcial de bens. Insurgência quanto à partilha de veículo. Alegação de venda na constância do matrimônio. Não comprovação. Ônus da prova que cabia ao apelante. Conhecimento e desprovisionamento do recurso." (TJRN – AC 2014.022534-4 – Rel. Des. Amílcar Maia – DJe 05.03.2015 – p. 11)

7357 – Divórcio litigioso c/c partilha de bens e alimentos – parcial procedência – pedido de exoneração dos alimentos

"Apelação cível. Ação de divórcio litigioso c/c partilha de bens e alimentos. Parcial procedência. Pedido de exoneração dos alimentos arbitrados em favor dos filhos do casal. Alegação de ausência de rendimentos. Descabimento. Comprovação de que o alimentante é empresário. Pleito de pensão alimentícia em face da requerida. Desacolhimento. Necessidade não demonstrada. Regime de comunhão universal. Comunicação de todos os bens e dívidas do casal. Art. 1.667 do Código Civil. Cota de empresa do ramo de ensino de idiomas e imóvel residencial do casal. Participação da partilha. Pedido de meação de imóvel rural. Impossibilidade. Bem recebido em doação com cláusula de incomunicabilidade. Art. 1.668, inciso I, do CC. Recurso desprovido. Apesar das alegações de que não possui nenhum rendimento, se o requerido não traz provas da impossibilidade financeira, ao contrário, os elementos dos autos comprovam que é empresário, não há falar-se em exoneração dos alimentos fixados em favor dos seus filhos menores. Por consequência, não prospera também o seu pedido de condenação da autora ao pagamento de alimentos em seu favor, tendo em vista a não demonstração da necessidade. Comprovado que o requerido é sócio de empresa de ensino de idiomas, e incontroverso dos autos que as partes eram casadas em regime de comunhão universal de bens – hipótese em que há comunicação de todos os bens e dívidas (art. 1.667 do Código Civil) – há que ser mantida a meação da cota da referida instituição. Constatado que o imóvel

residencial foi adquirido em nome dos dois cônjuges antes do ajuizamento da presente ação de divórcio, ou seja, durante a constância do casamento, deve o bem ser partilhado entre os cônjuges. Evidenciado dos autos que o imóvel rural foi doado à autora/recorrida pelo seu genitor com cláusula de incomunicabilidade, a manutenção da sentença que excluiu tal bem da partilha é medida que se impõe. Exegese do art. 1.668, inciso I, do Código Civil.” (TJMT – Ap 117184/2014 – Rel^a Des^a Marilsen Andrade Addario – DJe 23.03.2015 – p. 21)

7358 – Doação – pleito para que reavalie a ocorrência de vício de vontade – impossibilidade

“Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Espécie de contratos. Doação. Pleito para que reavalie a ocorrência de vício de vontade. Impossibilidade por meio do especial. Súmula nº 7 do STJ. 1. As instâncias ordinárias, com apoio no acervo probatório, concluíram pela invalidade das doações efetuadas, reconhecendo a ocorrência de vício de consentimento. Entendimento diverso por meio do especial demandaria o revolvimento do acervo probatório. 2. A ré-agravante não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada pelo acórdão, inviável o revolvimento probatório pelo óbice da Súmula nº 7 do STJ. 3. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 644.706 – (2014/0336961-0) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 26.03.2015 – p. 2009)

7359 – Execução de alimentos – embargos à execução – alegada inépcia da inicial – não ocorrência

“Civil. Execução de alimentos. Embargos à execução. Alegada inépcia da inicial. Não ocorrência. Adequação do rito processual correto pelo juízo *a quo*. Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. Inexistência de prejuízo. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Recurso especial a que se nega seguimento. 1. Na hipótese de indicação equivocada do procedimento de execução de alimentos pela exequente, admite-se que o magistrado, valendo-se do princípio da instrumentalidade das formas, imprima o rito processual correto, já que não houve transformação da execução em ação de conhecimento e tampouco alteração da própria causa de pedir. 2. *Da mihi factum, dabo tibi jus*. 3. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ – REsp 1.486.996 – (2014/0028821-0) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 17.03.2015 – p. 1676)

7360 – Guarda de menor – poder familiar – ação de destituição

“Agravo de instrumento. Ação de guarda. Decisão agravada que concedeu a guarda provisória do menor aos agravados. Ação de destituição do poder familiar em face da genitora do menor julgada procedente e já transitada em julgado. Inexistência de risco quanto à criação de vínculos com os agravados e posterior indeferimento da ação de destituição do poder familiar. Casal agravado que se encontra devidamente habilitado à adoção, sendo o primeiro casal da lista da comarca, tendo em vista a ausência de interesse dos cronologicamente superiores Estatuto da Criança do Adolescente e orientações do Conselho Nacional de Justiça que demonstram que deve ser tentada, primeiramente, a adoção da criança por pessoas da mesma comarca. Ausência de qualquer fraude ao procedimento, caso futuramente instaurado, de adoção. Estudo social realizado que se mostrou favorável. Criança que já se encontra na guarda provisória dos agravados desde maio de 2014, e, destarte, mostra-se mais prudente que agruarde o devido trâmite recursal na guarda dos agravados. Tutela ao melhor interesse da criança. Doutrina da proteção integral. Agravo de instrumento desprovido.” (TJPR – AI 1233709-4 – 12ª C.Cív. – Rel^a Des^a Denise Kruger Pereira – DJe 09.03.2015 – p. 182)

7361 – Guarda de menor deferida ao genitor – existência de ações conexas – infante que conta com quatro anos – boa adaptação com o pai e família paterna – alimentos provisórios

“Agravado de instrumento. Família. Guarda de menor provisória deferida ao genitor. Existência de ações conexas tramitantes na 2ª Vara de Família. Infante que conta com quatro anos. Boa adaptação com o pai e família paterna. Alimentos provisórios em 1/2 salário mínimo. Confirmação de decisão interlocutória. Agravado conhecido e parcialmente provido. Presentes indícios de que a menor, sob a guarda de seu pai, está adaptada e com bom desenvolvimento, deve ser mantido o deferimento da guarda provisória da menor ao seu genitor. 2. Confirmação da antecipação de tutela para que o Juízo da 2ª Vara de Família processe as ações de busca e apreensão e guarda da filha. Segredo de Justiça, remanescendo com o genitor na efetiva condição de guardião do menor até futuro deslinde pelo juízo monocrático em sentença, ao final do processo original. 3. Direito de visitação e alimentos provisórios mantidos. 4. Agravado conhecido e parcialmente provido. Decisão interlocutória mantida.” (TJCE – AI 0621153-13.2014.8.06.0000 – Rel. Durval Aires Filho – DJe 31.03.2015 – p. 30)

7362 – Guarda e responsabilidade – pretensão dos tios em detrimento da mãe – melhor interesse da criança

“Apelação cível. Ação de guarda e responsabilidade. Pretensão dos tios em detrimento da mãe. Melhor interesse da criança. Preservação da convivência entre mãe e filho. Manutenção da sentença. 1. A concessão de guarda de menor deve priorizar os interesses deste, de forma que deve o juiz, à luz dos elementos do processo, decidir em favor daquele que possui melhores condições de proporcionar ao infante um ambiente familiar equilibrado e que possa garantir-lhe um desenvolvimento saudável. 2. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 19 e 33, § 2º, é claro ao consagrar, preferencialmente, a manutenção da criança junto à sua família natural, porquanto o intuito é preservar os laços familiares, zelar pela convivência entre pais, filhos e irmãos. 3. Pautando-se a sentença fustigada no livre arbítrio e na prudência do magistrado, em harmonia com as provas dos autos, deve ela ser mantida, pois para a permanência do menor em companhia da mãe levou-se em consideração o princípio do melhor interesse da criança. Apelação cível conhecida e desprovida.” (TJGO – AC 201292749946 – 2ª C.Cív. – Rel. Eudelcio Machado Fagundes – DJe 20.02.2015 – p. 214)

7363 – Herança – ação incidental de habilitação de herdeiros – ação civil pública de ressarcimento ao Erário – falecimento de um dos réus

“Apelação cível. Ação incidental de habilitação de herdeiros. Ação civil pública de ressarcimento ao Erário. Falecimento de um dos réus. Renúncia do direito à herança que não constitui óbice para substituição processual do *de cuius*. Escritura pública de inventário negativo que demonstra a desnecessidade de inventário. Habilitação direta dos herdeiros sucessores. Inteligência do art. 43 do CPC. Legitimidade reconhecida. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Sentença reformada. Recurso provido.” (TJPR – AC 1194177-2 – 5ª C.Cív. – Rel. Juiz Subst. Edison de Oliveira Macedo Filho – DJe 13.02.2015 – p. 184)

7364 – Interdição – curatela provisória – guarda que preserve os interesses do incapaz – ausência de fato novo

“Agravado de instrumento. Interdição. Curatela provisória. Guarda que preserve os interesses do incapaz. Ausência de fato novo. 1. Considerando a inconveniência de manter a guarda do incapaz com o pai, que já tem outra família, o mais aconselhável deferir a curatela bem como

a guarda provisória, nos moldes estabelecidos pela decisão agravada, a qual atende melhor aos interesses do incapaz. 2. A ordem de nomeação de curador estabelecida no art. 1.775 não é absoluta e admite flexibilização em benefício do interditando. 3. Diante da inexistência de motivo plausível para a reforma, pelo órgão colegiado, eis que ausentes novos elementos capazes de modificar a convicção inicial do relator, deve ser confirmada a decisão agravada que negou seguimento ao recurso. 4. Agravo regimental conhecido e desprovido.” (TJGO – AI 201493592475 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Geraldo Gonçalves da Costa – DJe 20.03.2015 – p. 217)

7365 – Interdição com pedido de curatela – benefício de justiça gratuita – exigência de comprovação da hipossuficiência financeira

“Agravo de instrumento. Ação de interdição com pedido de curatela. Benefício de justiça gratuita. Exigência de comprovação da hipossuficiência financeira. Possibilidade. Ausência de comprovação. Recurso desprovido. A simples declaração de pobreza, *a priori*, juntada aos autos é suficiente para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa física que a requer. Contudo, pode o MM. Juiz de Direito, sempre que entender necessário, intimar a parte para que junte aos autos documentos que comprovem a condição econômica alegada. Diante da ausência de provas para a concessão do benefício pleiteado, deve o Magistrado indeferir a sua concessão, visto que o objetivo do legislador ao instituí-lo não foi favorecer a quem efetivamente possa custear as despesas do processo, mas permitir o acesso amplo à Justiça exatamente a quem não teria condições financeiras para tanto.” (TJMG – AI-Cv 1.0024.13.267722-0/001 – 2ª C.Cív. – Relª Hilda Teixeira da Costa – DJe 26.02.2015)

7366 – Inventário – bens doados – exclusão da colação

“Agravo de instrumento. Inventário. Bens doados. Exclusão da colação. Ausência de prova de doação inoficiosa. Possibilidade de ação autônoma para nulidade e posterior sobrepartilha. Recurso conhecido e improvido. 1. O art. 2.006 do Código Civil dispensa da colação o bem doado, se assim se fizer constar o doador. 2. Se o doador agiu com excesso a doação é nula no que exceder e nesta proporção está sujeita à redução para compor o espólio (arts. 549 e 2.007 do Código Civil). 3. No caso sob análise, não há prova de doação inoficiosa, pois não demonstrado o valor do patrimônio no momento das doações, de modo que deve ser mantida a decisão agravada, que excluiu das últimas declarações os bens doados. 4. Nada obsta que os interessados ajuízem ação autônoma para obter declaração de nulidade das doações e o excesso venha a ser objeto de eventual sobrepartilha. 5. Por ora, portanto, ante a ausência de prova da nulidade das doações, deve prosseguir o inventário com a exclusão dos bens doados.” (TJMS – AI 1415054-26.2014.8.12.0000 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel – DJe 19.02.2015)

7367 – Inventário – nomeação de inventariante que recaiu sobre cônjuge sobrevivente – alegação de separação de fato

“Agravo de instrumento. Ação de inventário. Nomeação de inventariante que recaiu sobre cônjuge sobrevivente. Alegação de separação de fato. Necessidade de dilação probatória. Recurso desprovido. ‘Não subverte a ordem legal à nomeação de inventariante que recaiu sobre o cônjuge sobrevivente, que é também legatária da metade disponível dos bens da herança, carecendo de ampla dilação probatória a alegação de que o casal estava separado de fato (TJRS, 8ª C.Cív., Agravo de Instrumento nº 70049249790, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, J. 09.08.2012).’” (TJMT – AI 126601/2014 – Rel. Des. João Ferreira Filho – DJe 02.03.2015 – p. 55)

7368 – Inventário – sobrepartilha – debate de questões – limites da ação

“Agravo regimental no agravo em recurso especial. Inventário. Sobrepartilha. Debate de questões que extrapolam os limites da ação. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. É inviável a análise do recurso especial quanto à alegação de suposta ofensa a normas não tratadas no acórdão recorrido, diante da ausência de prequestionamento (Súmula nº 211 do STJ). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 619.808 – (2014/0305980-3) – 4ª T. – Relª Min. Maria Isabel Gallotti – DJe 27.02.2015 – p. 106)

7369 – Inventário não aberto – ação monitória – credor falecido – legitimidade ativa

“Agravo de instrumento. Ação monitória. Credor falecido. Inventário não aberto. Legitimidade ativa da viúva e demais herdeiros para figurarem no polo ativo da demanda. Prescrição não consumada. Herdeira menor. Contagem da prescrição após a emancipação. Suspensão do prazo que abrange os demais herdeiros. Indivisibilidade. Aplicação dos arts. 198, 201 e 1.791 do Código Civil. Princípio da Saisine. Agravo improvido. 1. O STJ admite a legitimidade dos herdeiros para pleitearem direitos transmitidos pelo falecido antes mesmo de inaugurado o inventário. 2. A herança defere-se como um todo unitário. Se o direito em discussão é indivisível, a suspensão da prescrição por um dos credores a todos aproveita.” (TJPR – AI 1248046-5 – 11ª C.Cív. – Rel. Des. Sigurd Roberto Bengtsson – DJe 20.02.2015 – p. 209)

7370 – Investigação de paternidade – impedimento do reconhecimento biológico ante a existência de paternidade socioafetiva – inviabilidade

“Família. Investigação de paternidade. Impedimento do reconhecimento da paternidade biológica ante a existência de paternidade socioafetiva. Inviabilidade. Direito ao conhecimento da origem genética. Entendimento contrário à jurisprudência desta Corte superior. Necessidade de revolvimento do quadro fático-probatório. Súmula nº 7 do STJ. Restabelecimento da sentença de procedência. Recurso especial provido. 1. Os precedentes desta Corte que privilegiam a paternidade socioafetiva em detrimento da biológica o fazem de forma a proteger os interesses daquele registrado como filho. 2. Hipótese em que a demanda foi promovida pelo filho que apenas adulto soube de sua real origem genética. 3. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a existência de vínculo socioafetivo com o pai registral não impede o acolhimento de pedido investigatório promovido contra o pai biológico. Precedentes. 4. O conhecimento da filiação biológica é direito da personalidade, indisponível, imprescritível e afeto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 5. Se o Tribunal local, soberano na análise probatória, reconheceu o vínculo biológico entre as partes, a alteração desse entendimento demandaria reavaliação do conjunto dos fatos trazidos aos autos, o que é vedado nos termos da Súmula nº 7 do STJ. 6. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.458.696 – (2014/0127998-5) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 20.02.2015 – p. 532)

7371 – Investigação de paternidade – Ministério Público – legitimidade extraordinária

“Recurso especial. Direito de família. Ação de investigação de paternidade. Ministério Público. Legitimidade extraordinária. Art. 2º, § 4º, da Lei de Investigação de Paternidade (nº 8.560/1992). Citação editalícia. Necessidade. Custos. Art. 27 do CPC. Súmula nº 232/STJ. Art. 18 da Lei da Ação Civil Pública. Lei nº 7.347/1985. Aplicação analógica. Ônus da fazenda pública. 1. Cuida-se de ação de investigação de paternidade proposta pelo Ministério

Público estadual, como substituto processual de menor, contra suposto pai que se encontra em local incerto, o que ensejou a necessidade da citação editalícia. 2. O Ministério Público não se sujeita ao adiantamento de despesas processuais quando atua em prol da sociedade, inclusive como substituto processual, pois milita, em última análise, com fulcro no interesse público primário, cuja atuação não pode ser cerceada, devendo suportar o ônus de eventuais diligências ao final do processo, caso seja, eventualmente, vencido (art. 27 do CPC). 3. Incide, por analogia, o teor do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), norma especial, que é expresso ao estatuir, como regra, tal dispensa. 4. Esta Corte já assentou, em sede de recurso especial julgado sob o rito repetitivo, que ‘descabe o adiantamento dos honorários periciais pelo autor da Ação Civil Pública, conforme disciplina o art. 18 da Lei nº 7.347/1985, sendo que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula nº 232/STJ’ (grifou-se). 5. Não se aplica o art. 232, § 2º, do CPC, ao caso concreto, o qual prevê que a citação por edital no caso de beneficiários da justiça gratuita deve se restringir ao órgão oficial por versar disposição restritiva e, portanto, aplicável exclusivamente apenas à previsão específica. 6. Restringir a publicação de editais de citação ao órgão oficial resulta em limitação das chances da citação por edital lograr êxito. 7. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.377.675 – (2013/0099475-7) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 16.03.2015 – p. 786)

7372 – Investigação de paternidade c/c alimentos – discussão quanto ao valor da pensão fixada – necessidade do menor presumida

“Apelação cível. Família. Ação de investigação de paternidade c/c alimentos. Discussão quanto ao valor da pensão fixada. Necessidade do menor presumida. Investigado que mantém outra família e já paga pensão alimentícia para outro filho fora do casamento no importe de 50% do salário mínimo vigente. Atendimento ao binômio necessidade-possibilidade. Inteligência do art. 1.699, § 1º do Código Civil. Apelação interposta pelo promovido conhecida e improvida. Apelação interposta pelo alimentado conhecida e parcialmente provida. Sentença parcialmente reformada. 1. Trata-se de Ação de Investigação de Paternidade c/c Ação de Fixação de Alimentos, visando à genitora o reconhecimento da paternidade de seu filho menor, ora representado, Segredo de Justiça, com a consequente fixação da pensão alimentícia. No decorrer da instrução processual restou demonstrada a paternidade do genitor através do exame de DNA, acostado às fls. 77/79. 2. O cerne da questão discutida gira em torno somente da fixação dos alimentos e do atendimento ao binômio necessidade-possibilidade. 3. Frise-se que o dever de sustento, criação e educação dos filhos é mútuo entre os pais, devendo ser exercido com observância ao princípio da proporcionalidade. 4. Quanto à fixação dos alimentos, a matéria encontra-se albergada nos arts. 1.694, § 1º e 1.699 do Código Civil Brasileiro, restando claro que deverá ser atendido ao binômio da necessidade e da possibilidade. 5. No que pertine ao menor, a necessidade dos alimentos é presumida visto que decorre do poder familiar e tendo em vista as necessidades inquestionáveis tais como: moradia, vestuário, saúde, educação, alimentação etc., no entanto, extrai-se dos autos que a autora não comprovou no decorrer da instrução processual, os valores exatos dos gastos. 6. Restou demonstrado nos fólios, que a parte promovida exerce profissão de professor do Estado, conforme extrato de pagamento acostado à fl. 105, percebendo a importância líquida de R\$ 1.861,03 (um mil, oitocentos e sessenta e um reais e três centavos) bem como a aposentadoria no valor de R\$ 1.938,46 (um mil, novecentos e trinta e oito reais e quarenta e seis centavos). 7. Restou demonstrado à saciedade nos autos que o promovido é idoso, casado, tendo mais 04 (quatro) filhos desta união, já paga pensão alimentícia para outro filho na base de 50% do salário mínimo, restando comprometida a

sua renda com outras despesas essenciais. 8. Considerando o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e atendendo ao binômio necessidade-possibilidade, embora tenha o douto julgador fixado verba alimentar no valor correspondente a 45% do salário mínimo vigente, entendendo ser prudente majorá-lo para 50% do salário mínimo, equiparando a pensão alimentícia que já paga para outro filho. 9. Quanto à forma de desconto da pensão alimentícia arbitrada, imperioso se faz destacar o disposto no art. 734 do CPC, que preleciona: ‘Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.’ Desta feita, não assiste razão ao inconformismo do primeiro apelante no que se refere à forma de desconto da pensão alimentícia, que deverá continuar sendo realizada diretamente na fonte pagadora, devendo ser inalterada a sentença nesse aspecto. 10. Apelação interposta pelo investigado conhecida e improvida. Apelação interposta pelo alimentado conhecida e parcialmente provida. Sentença parcialmente reformada.” (TJCE – Ap 0001803-07.2012.8.06.0082 – Relª Helena Lúcia Soares – DJe 31.03.2015 – p. 28)

7373 – Investigação de paternidade c/c petição de herança – prevalência – paternidade socioafetiva sobre biológica – tese afastada – prova pericial

“Apelação. Ação de investigação de paternidade c/c petição de herança. Prevalência. Paternidade socioafetiva sobre biológica. Tese afastada. Necessidade de instrução probatória. Prova pericial. Sentença cassada. Não deve ser aplicada a tese da prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica se o próprio filho ajuíza ação requerendo a investigação da sua filiação biológica. Depois de afastada a referida tese, deve ser cassada a sentença que julgou antecipadamente a lide e dispensou a realização da fase de instrução probatória, já que o material a ser produzido, e, sobretudo, a prova pericial, é indispensável para aferição da filiação biológica pretendida. Dá-se provimento ao recurso.” (TJMG – AC 1.0707.10.002838-0/001 – 3ª C.Cív. – Rel. Kildare Carvalho – DJe 12.02.2015)

7374 – Medida cautelar – ação de alimentos – prova oral deferida – pedido de julgamento antecipado – decisão revogada

“Agravo regimental. Processual civil. Medida cautelar. Recurso especial retido. Art. 542, § 3º, do CPC. Ação de alimentos. Prova oral deferida. Pedido de julgamento antecipado. Decisão revogada. Fundamento inatado. Súmula nº 283/STF. *Fumus boni iuris* não demonstrado. Agravo regimental improvido. 1. O art. 542, § 3º, do CPC estabelece que ‘o recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões’ (art. 542, § 3º, do CPC). 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido o temperamento da regra em casos excepcionais, exigindo, para tanto, concomitantemente, a demonstração da plausibilidade do direito invocado no apelo extremo e da possibilidade de dano de difícil ou incerta reparação. 3. Ausência de impugnação, nas razões do recurso especial, de fundamento suficiente por si para a manutenção do acórdão recorrido (Súmula nº 283 do STF). *Fumus boni iuris* não demonstrado. 4. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg-MC 23.598 – (2014/0309939-4) – 4ª T. – Rel. Min. Raul Araújo – DJe 27.02.2015 – p. 76)

7375 – Partilha – legitimidade ativa – herdeiros – não verificação

“Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de prestação de contas. Partilha ainda não verificada. Legitimidade ativa. Herdeiros. Decisão mantida. 1. Con-

soante a jurisprudência desta Corte, 'aberta a sucessão, cria-se um condomínio *pro indiviso* sobre o acervo hereditário, regendo-se o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, pelas normas relativas ao condomínio (art. 1791, parágrafo único, do Código Civil)' (REsp 1.192.027/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., Julgado em 19.08.2010, DJe 06.09.2010). 2. Dessa forma, o herdeiro tem legitimidade ativa para propor demanda visando defender o patrimônio comum. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ – AgRg-Ag-REsp 528.849 – (2014/0139333-2) – 4ª T. – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – DJe 11.03.2015 – p. 974)

7376 – Poder familiar – filhas menores – indícios substanciais de abuso sexual – elementos que conduzem ao pai como protagonista do ilícito – suspensão

"Direito de família. Embargos infringentes. Perda do poder familiar. Filhas menores. Indícios substanciais de abuso sexual. Elementos que conduzem ao pai como protagonista do ilícito. Pátrio poder. Suspensão. Legalidade, necessidade e legitimidade. Preservação dos interesses da criança. Eficácia da proteção integral conferida. Asseguração. Colisão de direitos. Prevalência dos direitos e interesses da criança (ECA, arts. 18 e 157; CF, art. 227; CC, art. 1.638, III). 1. Sobejando indícios, e não meras alegações desprovidas de ressonância material, de que o pai se portara em desconformidade com os deveres, obrigações e postura condizentes com a qualidade de genitor, revestindo de sustentação e plausibilidade as suspeitas de que incorrera na prática de abuso sexual contra as filhas menores de idade, a suspensão do pátrio poder e dos atributos a ele inerentes consubstancia imperativo legal destinado a resguardar os interesses e direitos da infante, assegurando-se eficácia à proteção integral que lhe é conferida pelos legislador constitucional e ordinário (CF, art. 227; ECA, arts. 18 e 157; CC, art. 1.638, III). 2. A colisão estabelecida entre os direitos e interesses resguardados ao pai e os conferidos às filhas infantes é resolvida mediante a aplicação do princípio da preponderância, resultando na prevalência do direito que assiste à criança de ter sua integridade física e higidez psicológica preservadas, relegado o direito inerente ao poder familiar conferido ao pai para nível subalterno como forma de ser conferida eficácia máxima à proteção integral legalmente apreçoada. 3. Conquanto berço natural da criança, a família biológica, em situações que encerraram crise no relacionamento familiar, pode ser excluída do rol dos relacionamentos afetivos mantidos pela infante como forma de preservação dos seus direitos e interesses, resultando que, estabelecida séria crise no relacionamento entre pai e filha, o poder familiar assegurado ao genitor deve ser suspenso até que haja definitiva superação do conflito estabelecido. 4. De conformidade com o regramento inserto no art. 935 do Código Civil, que reafirma o princípio de que a jurisdição penal não subordina a cível, somente são inquestionáveis a existência do fato ou sua autoria quando se acharem decididas no juízo criminal, resultando que, não tendo sido afirmada a inexistência do fato nem ilidida sua autoria na esfera criminal, mas proclamada a insuficiência de provas aptas a ensejarem o acolhimento da pretensão condenatória, o decidido no âmbito penal não subordina o desenlace da pretensão volvida a suspender o poder familiar assegurado ao pai, notadamente porque norteada pelos princípios da proteção integral assegurada à criança e à preservação do seu melhor interesse. 5. Embargos infringentes conhecidos e providos. Unânime." (TJDFT – Proc. 20090130082115 – (857557) – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Teófilo Caetano – DJe 27.03.2015 – p. 77)

7377 – Regime de bens – alteração – possibilidade – interesse processual

"Civil. Processual civil. Família. Regime de bens. Alteração. Possibilidade. Interesse processual. Existência. Recurso especial provido. 1. O Código Civil de 2002 alterou o ordenamento

jurídico brasileiro, modificando o sistema em relação ao princípio da imutabilidade absoluta de regime de bens permitindo a sua alteração justificada ou motivada e desde que demonstrado em procedimento de jurisdição voluntária a procedência da pretensão que deve ser manifestada por ambos os cônjuges, observados os direitos de terceiros. 2. Presente o interesse processual, apto a possibilitar a pretendida alteração de regime conjugal já que a paz conjugal precisa e deve ser preservada. 3. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.446.330 – (2013/0381841-1) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 27.03.2015 – p. 759)

7378 – Regime de bens – dissolução do casamento – comunhão parcial

“Civil. Família. Dissolução do casamento. Regime de bens. Comunhão parcial. Simulação de atos com o fim de afastar bens em comum da partilha. Caracterização. Provas. Índícios e presunções. Possibilidade. Inteligência do art. 335, CPC e dos arts. 212, IV e 230, CC. Nulidade de atos jurídicos (art. 168, CC). Uso do nome de casada. Permanência. Direito de personalidade. Segurança jurídica. Falta de motivação idônea para a perda do direito do uso do sobrenome do cônjuge varão. Recurso de apelação conhecido e provido, em parte. 1. Na espécie, é indubitado que as partes envidaram esforços para a formação do patrimônio comum. O fato de o apelado ter passado a contribuir menos para o sustento da família, em razão da sua profissão, não anula a sua participação na formação do patrimônio comum. Pelo princípio da comunicabilidade, ainda que não haja participação financeira efetiva de qualquer dos cônjuges na aquisição do patrimônio, presume-se o esforço comum, devendo ocorrer a divisão dos bens igualmente após o rompimento da sociedade conjugal. 2. Por vezes, não é novidade a constatação de condutas fraudulentas e simuladas de cônjuge, na expectativa de desviar do outro o patrimônio comum, amealhado ao longo do tempo de convivência, motivados por múltiplas razões. Quando isso acontece, é o que se chama de simulação. 3. Nessa quadra, deve-se ter em mente que situações ilícitas, como é o caso da má-fé, não se ostentam. Daí a admissão pela Lei de sua comprovação por circunstâncias indiciárias e presunções. 4. Comprovada a simulação deve ser declarado nulo o ato, de ofício, pelo magistrado, na medida em que, pelo atual regramento estabelecido no Código Civil, não é mais causa de anulabilidade (defeitos do negócio jurídico), passando a figurar entre as hipóteses legais de nulidade do ato jurídico, portanto, situando-se no plano das invalidades. 5. No caso telado, forçoso é constatar a ocorrência de simulação, perpetrada pelo cônjuge virago, razão pela qual declarados nulos certos atos jurídicos, na trilha da fundamentação posta na sentença, com a ressalva de determinando bem imóvel, por se constituir em bem particular da mulher. 6. Quanto ao uso do sobrenome de casada, poderá mantê-lo o cônjuge virago, conquanto inexistentes razões jurídicas para a perda. Vale frisar que o nome incorpora-se à personalidade, a prevalecer os princípios da imutabilidade e da segurança jurídica, os quais somente podem ser afastados, excepcionalmente e de forma motivada, nas hipóteses legalmente previstas, do que não cuida a espécie. 7. Recurso de Apelação conhecido e provido, em parte.” (TJCE – Ap 0001772-12.2004.8.06.0035 – Rel. Francisco Gladys Pontes – DJe 24.03.2015 – p. 17)

7379 – Registro de nascimento dos filhos – retificação – sobrenome – direito subjetivo – possibilidade – princípio da simetria

“Recurso especial. Direito de família. Retificação. Sobrenome. Registro de nascimento dos filhos. Direito subjetivo. Possibilidade. Princípio da simetria. 1. É direito subjetivo da pessoa retificar seu patronímico no registro de nascimento de seus filhos após divórcio. 2. A averbação do patronímico no registro de nascimento do filho em decorrência do casamento atrai, à luz do princípio da simetria, a aplicação da mesma norma à hipótese inversa, qual seja, em de-

corrência do divórcio, um dos genitores deixa de utilizar o nome de casado (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.560/1992). 3. Em razão do princípio da segurança jurídica e da necessidade de preservação dos atos jurídicos até então praticados, o nome de casada não deve ser suprimido dos assentamentos, procedendo-se, tão somente, a averbação da alteração requerida após o divórcio. 4. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.279.952 – (2011/0171393-4) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – Dje 12.02.2015 – p. 1846)

7380 – Sentença estrangeira contestada – curadoria especial – divórcio

“Sentença estrangeira contestada. Curadoria especial. Divórcio. Cumprimento dos requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução STJ nº 9/2005. Ofensa à ordem pública. Inocorrência. Análise de mérito. Impossibilidade. 1. Controvérsia que se cinge a apreciar pedido de homologação de sentença de dissolução de vínculo matrimonial proferida pela Justiça da Alemanha. 2. Este Tribunal exerce juízo meramente delibatório nas hipóteses de homologação de sentença estrangeira; vale dizer, cabe ao STJ, apenas, verificar se a pretensão atende aos requisitos previstos no art. 5º da Resolução STJ nº 9/2005 e se não fere o disposto no art. 6º do mesmo ato normativo, bem como as disposições da LINDB. 3. A alegada ofensa à ordem pública e bons costumes, pela suposta coação, ultrapassa o juízo de delibação. Decerto, o nosso sistema determina que não se homologuem sentenças que ofendam princípios fundamentais para se considerar justo um processo, tais como: respeito ao contraditório e à ampla defesa, legalidade dos atos processuais, respeito aos direitos fundamentais humanos, adequação aos bons costumes. Isso, contudo, não quer dizer que caberá a esta Corte Superior analisar o mérito das decisões, adentrando nas questões de prova de fatos que, caso existentes, comprometeriam ditos princípios. 4. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o exame de matéria pertinente ao mérito, salvo para, dentro de estreitos limites, verificar eventual ofensa à ordem pública e à soberania nacional, o que não é o caso. 5. Pedido que consiste, de fato, em mero requerimento de regularização, no Brasil, da condição de estado da requerente. Inexistência de bens a partilhar ou filhos menores a considerar. Precedentes específicos. 6. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido.” (STJ – SEC 10.118 – (2014/0281461-9) – C.Esp. – Rel. Min. Og Fernandes – Dje 30.03.2015 – p. 479)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de pedido de homologação de sentença de divórcio proferida pelo Tribunal da Comarca de Bremen, na Alemanha, em 7 de junho de 2012.

Devidamente citado, por rogatória, o requerido permaneceu inerte, razão pela qual a DPU foi nomeada para exercício da curadoria especial e apresentou contestação. Sustentou a defesa vício do consentimento da coação com conseqüente violação da ordem pública e bons costumes, com os seguintes fundamentos:

“O requerido, citado por carta rogatória do pedido de Homologação de Sentença Estrangeira, informou que concedeu divórcio sob coação e que pretende contestar a ação de Homologação da Sentença conforme trechos, *in verbis*:

‘Sim, eu gostaria de apelar para o reconhecimento da sentença de divórcio.

[...] Eu não têm os meios para contratar um advogado que pudesse esclarecer-me sobre isso. Eu não posso pagar qualquer processo legal.’ ‘O estudo realizado na Alemanha entre divórcio minha esposa Andreia Salustiano dos Santos e me não era o meu livre arbítrio. Fui chantageado, espancado e repetidamente ameaçado com uma arma. [...] Esses atos foram encomendados pelo homem com quem minha esposa na época era juntos.’ (e-STJ fl. 87) ‘Este fatos são conhecidos do Judiciário alemão. Nenhuma ação foi tomada devido à falta de provas.’ ‘Foi o meu consentimento para o corte de divórcio, eu tinha até então sido relutante, foi sorpor causa da ameaça direta para assassinar a minha filha e eu, me

deu. Tal consentimento extorquido, não vejo como final. Entre outras coisas, eu também vejo o divórcio também, portanto, ineficaz.' 'Eu mais uma vez falar do reconhecimento de divórcio por um tribunal brasileiro em devida forma. Eu mais uma vez falar da validade do divórcio, por que ela só foi conseguido através de chantagem e ameaça de assassinato de um ou mais terceiros.

Minha esposa é minha mulher, não importa o que aconteceu nesse meio tempo. E eles vão continuar assim para sempre. Espero que permaneça inalterado, que minha esposa volta e a vida conjugal comum retorna comigo.'

[...]"

Prescreve o Código Civil Brasileiro, no art. 171, ao tratar da invalidade dos negócios jurídicos, o seguinte:

"Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.' Sobre o vício de vontade, também trata o art. 214 do CC:

'A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.' Ressalta-se, por oportuno, que de acordo com o disposto no art. 486 do Código de Processo Civil Brasileiro: 'Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.'

[...]

Como o recorrente alega coação no que tange à declaração de vontade na homologação da sentença de divórcio originária, a pretensão em questão ofende a ordem pública (Lei) e aos bons costumes. Dessa forma, nos termos do art. 17 da LINDB e dos arts. 5º e 6º da Resolução nº 9, de 2005, do Superior Tribunal de Justiça, não se torna passível de homologação o presente título judicial."

Ao se manifestar, o Ministério Público Federal opinou favoravelmente à homologação da sentença estrangeira.

O STJ deferiu o pedido de homologação de sentença estrangeira.

No entendimento doutrinário de José Russo, ao discorrer sobre a homologação da sentença estrangeira de divórcio, assim veremos:

"De outra parte, o Poder Judiciário pátrio por diversas vezes é provocado no sentido de promover a homologação de sentença estrangeira de divórcio, a fim de que esta adquira eficácia no Brasil.

Nenhuma outra palavra poderia trazer maiores esclarecimentos ao assunto do que a lição magistral do consagrado mestre J. C. Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 68):

'Na homologação de sentença estrangeira, o modelo que se tem em vista é a sentença de igual conteúdo que porventura fosse proferida pela Justiça brasileira. O modelo, por si só, seria apto a produzir, no território nacional, os efeitos próprios. A sentença estrangeira, não: a lei considera-a "capaz de adquirir eficácia" no país, mas subordina tal aquisição a um ato formal de reconhecimento, praticado por órgão judiciário nacional. Esse ato, no sistema pátrio, é precisamente a homologação.

Com o ato formal de reconhecimento, a sentença estrangeira passa a surtir, no território nacional, efeitos iguais aos que surtiria uma sentença brasileira de igual conteúdo. Isso não quer dizer, porém, que, para tornar admissível a homologação, seja necessário que no Brasil se pudesse efetivamente obter, acerca da matéria decidida no outro Estado, sentença de igual conteúdo, ou até qualquer sentença: a espécie talvez escape, em termos absolutos, à cognição da nossa Justiça. O modelo, a que a homologação assimila a sentença estrangeira, é concebido *in abstracto*, sendo irrelevante a indagação quer sobre

a coincidência entre o respectivo conteúdo e o de alguma sentença que *in concreto* se houvesse de proferir no território nacional, quer sobre a possibilidade mesma de proferir-se aqui tal sentença.

O ato formal de reconhecimento (homologação, conforme a técnica do direito brasileiro) é acontecimento futuro e incerto a que a lei subordina a eficácia, no território nacional, da sentença estrangeira. Por isso, costuma a doutrina atribuir-lhe a função de verdadeira condição legal (*condicio iuris*).¹

O mandamento do art. 483 do Código de Processo Civil é de fundamental importância na elucidação da matéria. Vejamos:

'Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o regimento interno do Supremo Tribunal Federal.'

Neste dispositivo, existem dois pontos a merecer reflexão. O que se deve entender por 'sentença' e por 'tribunal estrangeiro'?

Preleciona Sérgio Lauria Tucci (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 68. p. 3), citando Enrico Tulio Liebman, que, entendida no seu significado etimológico, sentença definitiva, ou sentença final do procedimento de primeiro grau, é aquela que define o juízo, concluindo-o e exaurindo-o na instância em que foi proferida.

Não deve ser levada em consideração a forma de que a sentença se revista no ordenamento estrangeiro. A significação maior reside no fato de que a decisão preencha as características de sentença no direito processual brasileiro.

[...]

De forma precisa e clara, Maria Helena Diniz (*Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 1997. p. 236-237) leciona que vigoravam no Brasil, antes da admissibilidade do divórcio, os seguintes princípios atinentes a divórcio decretado no exterior: a) se ambos consortes fossem estrangeiros, havendo observância das leis pessoais de ambos e da *lex fori*, o divórcio por eles obtido seria válido, produzindo todos os efeitos, podendo qualquer deles convolar núpcias no Brasil, independentemente de *exequatur*, necessário apenas para efeitos patrimoniais; b) se ambos os cônjuges fossem brasileiros, o divórcio decretado no exterior não produziria qualquer efeito no Brasil, não sendo, portanto, homologado; c) se um dos consortes fosse brasileiro e o outro estrangeiro, cuja lei pessoal permitisse o divórcio, homologava-se a sentença para efeitos patrimoniais, subsistindo o vínculo conjugal relativamente ao brasileiro, que não podia casar-se novamente no Brasil ou no exterior. Embora tal casamento fosse válido no estrangeiro, não o seria no Brasil, ao passo que o cônjuge estrangeiro estaria livre para se casar no exterior, sendo esse casamento válido no Brasil, apesar de estar impedido de convolar novas núpcias em território brasileiro; d) se ambos os cônjuges fossem brasileiros e, para fins de divórcio, se naturalizassem estrangeiros, fraudando a lei brasileira, ao readquirirem a nacionalidade brasileira aquele divórcio não seria reconhecido, mas, se comprovada a inexistência de fraude à lei, válido seria o divórcio.

Após o Brasil haver, em 1977, ingressado no bloco dos países divorcistas, a redação do art. 7º, § 6º, da LICC, foi adaptada e se encontra assim:

'§ 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no País. O Supremo Tribunal Federal, na forma do seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.'

Trazendo esse mandamento legal à atualidade legislativa brasileira, os internacionalistas Florisbal de Souza Del'Olmo e Luís Ivani de Amorim Araújo, em sua recente obra *Lei de*

introdução ao código civil brasileiro comentada (2003, p. 115), esclarecem terminantes, ao discorrerem sobre o art. 7º, § 6º, da LICC:

‘Convém ter em mente que o divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, será perfilhado no Brasil somente após um ano da data da sentença, ou mais de dois anos de separação de fato, respeitados os requisitos previstos no art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil.’

O principal requisito prescrito pelo art. 15 da LICC, em sua letra e, para que a sentença proferida no estrangeiro possa ser executada no Brasil, trata-se de sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, sem a homologação pelo STF, a sentença estrangeira não terá condições de fazer parte do universo jurídico de nosso País.” (Sentença estrangeira de divórcio – homologabilidade. *Juris SÍNTESE*, Porto Alegre: IOB Thomson, maio/jun. 2005, 53 CD-Rom)

7381 – Testamento particular – pretensão de oitiva de testemunhas – união estável

“Testamento particular. Pretensão de oitiva de testemunhas. União estável, todavia, incontrovertida. Ação reivindicatória. Alegação de nulidade da doação realizada pelo falecido à filha. Autorização da companheira que, à época dos fatos, 1991, era prescindível, eis que não regulamentado o art. 226, § 3º da Constituição Federal. Inaplicabilidade do art. 239 do Código Civil de 1916. Direito real de habitação. Bem que não é objeto de inventário. Inaplicabilidade do art. 1.831 do Código Civil. Recurso desprovido.” (TJSP – Ap 9101234-57.2009.8.26.0000 – Sorocaba – 10ª CD.Priv. – Rel. Araldo Telles – DJe 19.03.2015 – p. 2059)

7382 – Testamento público – testemunhas – questionamento

“Apelação cível. Procedimento de abertura de testamento público. Questionamento sobre testemunhas que compareceram ao ato. Indução sobre a incapacidade do testador. Via inadequada. Verificação dos requisitos externos. Art. 1.126 do CPC. Inexistência de vício externo que torne o instrumento suspeito de nulidade ou falsidade. Manutenção. Sentença de primeiro grau. Recurso não provido.” (TJMG – AC 1.0024.13.283673-5/001 – 5ª C.Cív. – Rel. Luís Carlos Gambogi – DJe 12.03.2015)

7383 – União estável – ação declaratória – relacionamento habitual, com convívio público, contínuo e duradouro – pessoa casada e não separada de fato – concubinato adúltero

“Apelação cível. Constitucional e civil. Ação declaratória de união estável. Relacionamento habitual, com convívio público, contínuo e duradouro. Pessoa casada e não separada de fato. Concubinato adúltero. Ausência de proteção estatal. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça. 1. Embora indubitosa a relação havida entre a apelante e o *de cujus*, não há como conferir qualquer proteção estatal ao estado de fato da concubina, já que o sistema jurídico pátrio não admite relações poligâmicas, o que inviabiliza o reconhecimento de união estável quando uma das pessoas é casada e não se encontra separada de fato, sem prejuízo da tutela dos direitos que advêm dessas relações, a exemplo dos filhos, que não podem ser aliados de suas garantias pelo fato de a relação de seus pais ter sido alheia a forma escolhida pelo legislador para o fim de seu reconhecimento. 2. Evidenciado que a decisão proferida pelo Juízo de origem retratou com fidelidade a realidade dos autos e foi proferida em estrita conformidade com o disposto no art. 458 do Código de Processo Civil, tem-se por imperiosa a sua manutenção. Recurso conhecido e não provido. decisão unânime.” (TJAL – Ap 0504391-25.2007.8.02.0046 – Rel. Des. Fernando Tourinho de Omena Souza – DJe 24.03.2015 – p. 195)

7384 – União estável – ação de reconhecimento e dissolução – partilha dos bens arrolados

“Processual civil. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha dos bens arrolados. Alegação de julgamento *extra petita*. Inocorrência. Efeitos da revelia. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 282 do STF. Presunção relativa da veracidade dos fatos afirmados na inicial. Precedentes. Recurso especial a que se nega provimento. 1. Esta Corte já proclamou que a extensão do pedido devolutivo se mede pela impugnação feita pela parte nas razões do recurso, consoante enuncia o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* e que a apelação, transfere ao conhecimento do tribunal a matéria impugnada, nos limites dessa impugnação, salvo matérias examináveis de ofício pelo juiz (REsp 280.887/MT, Rel. Min. Sálvio de Figueirêdo Teixeira). 2. A jurisprudência desta egrégia Corte Superior tem orientação pacificada de que a compreensão da pretensão deduzida em juízo requer interpretação lógico-sistemática das razões apresentadas a partir da análise de todo o seu conteúdo e não apenas do que foi pedido. Precedentes. 3. A tese da recorrente de que não estava presente hipótese capaz de afastar os efeitos da revelia não foi discutida no acórdão recorrido, de modo que ausente o indispensável requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula nº 282 do STF. 4. O STJ já decidiu que, em caso de revelia, a presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial somente será absoluta se não contrariarem a convicção do julgador, diante das provas existentes nos autos, podendo este inclusive deixar de acolher o pedido. 5. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ – REsp 1.482.953 – (2014/0013105-5) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 17.03.2015 – p. 1675)

7385 – União estável – partilha de bens – imóvel adquirido mediante sub-rogação de bens particulares

“Agravo regimental no agravo em recurso especial. União estável. Partilha de bens. Imóvel adquirido mediante sub-rogação de bens particulares. Matéria fático-probatória. Súmula nº 7/STJ. Agravo não provido. 1. Assentado pelas instâncias ordinárias que ficou caracterizada a sub-rogação do imóvel em litígio com a sua conseqüente exclusão da partilha, a inversão do que ficou decidido pelo acórdão recorrido demandaria, necessariamente, novo exame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, a teor da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 430.629 – (2013/0376754-0) – 4ª T. – Rel. Min. Raul Araújo – DJe 19.12.2014 – p. 2116)

7386 – União estável – reconhecimento e dissolução – celebração de acordo com fixação de alimentos em favor da ex-companheira – homologação

“Civil. Ação ordinária. Reconhecimento e dissolução de união estável. Celebração de acordo com fixação de alimentos em favor da ex-companheira. Homologação. Posterior falecimento do alimentante. Extinção da obrigação personalíssima de prestar alimentos. Impossibilidade de transmissão ao espólio. 1. Observado que os alimentos pagos pelo *de cujus* à recorrida, ex-companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. Fica ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada. Por maioria. 2. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.354.693 – (2012/0232164-8) – Relª Min. Maria Isabel Gallotti – DJe 20.02.2015 – p. 306)

Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que, com base no art. 1.700 do Código Civil de 2002, considerou que, falecido o devedor de pensão alimentícia fixada em favor de sua ex-companheira por sentença transitada em julgado, a obrigação transmite-se ao espólio e o pagamento deve ter continuidade até o trânsito em julgado da sentença de partilha, circunstância que delimitará a extinção da obrigação. Após o que restará à alimentada “requerer, se for o caso, os alimentos dos parentes próximos [seus, evidentemente, não parentes do *de cuius*] nos termos dos arts. 1.696 a 1.698, do Código Civil”.

Alegaram as recorrentes (herdeiras do falecido alimentante) violação aos arts. 535 do CPC, sob o argumento de que o acórdão recorrido não esclareceu o termo final da obrigação alimentar, a despeito da oposição de embargos de declaração; 1.694, 1.696, 1.697 e 1.700, do Código Civil de 2002; e 23 da Lei nº 6.515/1977, que, segundo entendem, estabelecem a transmissão de obrigação alimentar, exclusivamente, em relação às prestações vencidas antes do óbito do devedor principal, conforme orientação da 3ª Turma deste Tribunal no julgamento do REsp 62.112/SC-PR e entendimento do TJMG sobre o tema. Em reforço, argumentam que os filhos da recorrida são bem sucedidos profissionalmente, cabendo a eles, e não às recorrentes, filhas de seu falecido ex-companheiro, alimentá-la.

Contrarrazões, nas quais argumenta a recorrida que já levantou as quantias depositadas até o termo da partilha feita por inventário extrajudicial, valores estes irrepetíveis, o que ocasiona a perda de interesse em recorrer. No mérito, sustenta a transmissibilidade da obrigação alimentar ao espólio, com base no art. 1.700 do Código Civil de 2002. Pede o não conhecimento ou o não provimento do recurso especial.

O STJ deu provimento ao recurso especial, reconhecendo que a obrigação de alimentos extingue-se com o óbito do alimentante, sendo ônus do espólio pagar apenas eventual débito alimentar não quitado pelo *de cuius*, ressalvando-se a irrepetibilidade dos valores já percebidos pela recorrida.

O relator asseverou que a discussão resume-se à interpretação do art. 1.700 do CC/2002, acerca do caso concreto, observado que os alimentos pagos pelo *de cuius* à recorrida, ex-companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, tem-se que a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida.

Nehemias Domingos de Melo assim fala sobre os alimentos na união estável:

“Segundo o escólio de Yussef Said Cahali os alimentos são as ‘prestações devidas, feitas para quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)’.

O renomado jurista paulista faz, contudo, uma ressalva, quando se refere à questão dos alimentos decorrentes da união estável, ressalva esta que, por importante, transcrevemos. Diz o mestre que ‘a obrigação alimentar em sede de concubinato está longe de soluções definitivas; na multiplicidade de seus aspectos, trata-se ainda de um direito em formação, de contornos que não se revelam precisos...’.

De toda sorte, da união estável decorre direitos e deveres. Dentre os deveres está presente o dever de alimentos por expressa determinação legal, na medida em que o art. 1.724 do Código Civil estabelece, dentre outros, o dever de mútua assistência, além de sustento e educação dos filhos, em perfeita consonância com o disposto no art. 2º, II e III, da Lei nº 9.278/1996.

Não bastasse isso, o Código Civil ao regular a questão dos alimentos consignou expressamente, em seu art. 1.694, que além dos parentes, os cônjuges e também os companhei-

ros, podem “pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de educação’.

A fixação da prestação alimentar obedecerá a alguns critérios e, dentre estes: necessidade do alimentado; possibilidade econômica do alimentante e proporcionalidade entre as necessidades de quem pede e as possibilidades de quem tem o dever de prestar alimentos.

Há de outro lado a questão da reciprocidade já que, a obrigação alimentar existe entre os parentes, entre os cônjuges e os companheiros e, em sendo assim, aquele que necessitar poderá reclamar do outro, os alimentos que vier a necessitar.

Quanto aos companheiros ou aos cônjuges, tais direitos não se fixam a partir do *jus sanguinis*, mas sim em razão do parentesco, como decorrência natural do dever de assistência material recíproca. Desta forma, os conviventes devem alimentos uns aos outros, por força do dever familiar.

Examinando a legislação que regula a matéria, podemos constatar que os conviventes podem pôr fim à união estável sem que se discuta culpa, sem cogitar de causa. Neste caso, os alimentos serão devidos por qualquer um dos dois, bastado que se instaure a necessidade de um para com o outro, para que a obrigação se ponha. O dever familiar é incompatível com a ideia de culpa. Apregoa a doutrina que os alimentos devem ser fixados por um período de tempo razoável para que o credor possa obter os meios para se manter, findo esse tempo, os alimentos deixarão de ser devidos.” (União Estável – Conceito, alimentos e dissolução. Disponível em: <http://online.sintese.com>)

7387 – União estável homoafetiva – reconhecimento e dissolução – partilha de bens – esforço comum – presunção iuris tantum

“Civil. Direito de família. Reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva. Partilha de bens. Esforço comum. Presunção *iuris tantum*. Ônus da prova. 1. O Superior Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4277/DF e a ADPF 132/RJ, reconheceu às uniões homoafetivas o *status* de entidade familiar, estendendo a estas relações a mesma proteção conferida à união estável prevista no art. 226, § 3º, da Constituição Federal e no art. 1.723 do Código Civil. 2. Consoante se extrai da leitura do art. 1.725 do CC/2002, aplica-se às relações patrimoniais, durante a união estável, o regime da comunhão parcial de bens, na ausência de convenção em contrário. Neste regime, presume-se que os bens onerosamente adquiridos na sua constância são comuns, nos termos do que dispõem os arts. 1.658 e 1660, inciso I, do mesmo diploma legal. 3. Verificando-se que o período a que foi adquirido e edificado o imóvel objeto da lide, coincidente com o tempo da união estável, presume-se adquirido por esforço comum dos conviventes, devendo ser partilhado na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada. 4. A presunção de esforço comum é *iuris tantum*, sendo desnecessária a demonstração da medida de contribuição de cada um dos conviventes para a construção do patrimônio comum, conforme preconiza o art. 5º da Lei nº 9.278/1996. 5. Não se desincumbindo a parte de demonstrar que as dívidas foram contraídas em benefício da entidade familiar, durante o período que durou a união estável, não podem ser objeto de partilha, podendo tal fato ser comprovado posteriormente, em sede de sobrepartilha. 6. Recurso conhecido e desprovido.” (TJDFT – Proc. 20130110477702 – (854441) – 5ª T.Cív. – Rel. Des. Sandoval Oliveira – DJe 19.03.2015 – p. 206)

7388 – União homoafetiva rompida – direito a alimentos – possibilidade

“Direito de família e processual civil. União entre pessoas do mesmo sexo (homoafetiva) rompida. Direito a alimentos. Possibilidade. Art. 1.694 do CC/2002. Proteção do companheiro em situação precária e de vulnerabilidade. Orientação principiológica conferida pelo STF

no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF. Alimentos provisionais. Art. 852, CPC. Preenchimento dos requisitos. Análise pela instância de origem. 1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e o repúdio à discriminação de qualquer natureza. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme a constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Por conseguinte, 'este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva'. 3. A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual. 4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença. 5. Como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros. 6. O direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica. O projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa. 7. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que 'não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro'. 8. Ocorre que uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide. 9. As condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação, para negar o pão àquele que tem fome em razão de sua opção sexual. Ao revés, o exame deve-se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais, com o preenchimento do binômio necessidade do alimentário e possibilidade econômica do alimentante. 10. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroaferivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI 4277/DF

e ADPF 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar. 11. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.302.467 – (2012/0002671-4) – 4ª T. – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 25.03.2015 – p. 750)

7389 – Usufruto – simulação – operação societária – holding familiar – legitimidade ativa

“Civil e processual civil. Embargos de declaração no recurso especial. Usufruto. Simulação. Operação societária. *Holding familiar*. Legitimidade ativa. Omissão e contradição. Não ocorrência. Pretensão de rejugamento da causa. Impossibilidade. Embargos rejeitados. 1. O cabimento dos embargos de declaração se dá apenas nas hipóteses do art. 535 do CPC: para sanar obscuridade, contradição ou para elidir omissão, pronunciando-se sobre ponto essencial. 2. Aclaratórios com nítido caráter infringente, porque a decisão explicitou todos os temas abordados. 3. Embargos de declaração rejeitados.” (STJ – EDcl-REsp 1.424.617 – (2013/0406655-4) – 3ª T. – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 17.12.2014 – p. 1529)

Lei que garante à mãe os mesmos direitos do pai para registrar os filhos entra em vigor

A Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 13.112, que autoriza à mulher registrar nascimento do filho em igualdade de condições com o homem. A nova lei alterou a Lei dos Registros Públicos, que garantia ao pai a iniciativa de registrar o filho nos primeiros 15 dias de vida. Somente em caso de omissão ou impedimento do pai, depois desse tempo, a mãe poderia assumir seu lugar e registrar o recém-nascido. A partir de agora, pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto, devem proceder ao registro no prazo de 15 dias. Se um dos dois não cumprir a exigência dentro do período, o outro terá um mês e meio para realizar a declaração. Conforme a regra anterior, cabia ao pai a iniciativa de registrar o filho nos primeiros 15 dias desde o nascimento, e, havendo omissão ou impedimento do genitor, depois desse tempo, a mãe poderia assumir seu lugar, tendo, então, mais 45 dias para providenciar o registro. (Conteúdo extraído do *site* do Planalto)

Avó materna fica com guarda de criança por incapacidade dos pais

A 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), por unanimidade, manteve sentença do Juiz da Vara de Família, Infância, Juventude e 1ª Cível de Pires do Rio, Hélio Antônio Crisóstomo de Castro, e determinou a guarda de uma criança à avó materna, devido à falta de “condições psicológicas” dos pais. A ação foi proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás (MPGO), sob alegação de que os pais eram dependentes químicos e que o pai pagava pensão alimentícia de R\$ 200, que eram gastos pela mãe “com bebidas alcoólicas e drogas, ficando a criança em completo estado de abandono”. Delintro Belo, em seu voto, destacou os relatórios e depoimentos dos conselheiros tutelares que afirmaram que os pais são usuários de drogas, “o que demonstra o estado de perigo em que pode estar a criança sob os seus cuidados, uma vez que não se pode prever a capacidade lesiva de dependentes químicos”. A avó ainda confirmou que ambos os pais são usuários de álcool e crack e que vivem uma “relação doentia”, com maus-tratos verbais e físicos do pai em relação à mãe. “No caso, vejo que, por ora, restou demonstrado que os pais biológicos da menor não possuem capacidade social, psicológica e moral para formação saudável da infante”, afirmou o magistrado. Ele também ressaltou o relatório do centro de referência especializado de assistência social que, em visita à casa da avó da criança, constatou que ela tem “condições de cumprir adequadamente o poder familiar, cumprindo com responsabilidade os cuidados à menor, assegurando subsistência, afeto, saúde, educação, proteção e acima de tudo o bem-estar da criança”. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal de Justiça de Goiás)

Doação dissimulada é nula apenas quanto à parte que excede àquela de que doador poderia dispor livremente

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Marco Buzzi, reconheceu que a irmã de uma mulher que se suicidou deve permanecer com 50% de um imóvel, alvo de disputa entre ela e o ex-cunhado. Buzzi entendeu que a doação dissimulada é nula somente quanto à parte que excede àquela de que o doador poderia dispor livremente. Ele apontou que a compra e venda do imóvel realizada entre as irmãs encobertou uma doação inoficiosa da legítima, ou seja, a doação é considerada nula na metade que corresponde à herança cabível ao ex-marido da suposta vendedora, herdeiro do filho menor, que faleceu poucas horas depois da mãe. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) sustentou a sentença, esclarecendo que os cunhados seriam condôminos, o que não afastaria a irmã da falecida da posse do apartamento. Ao julgar recurso do pai da criança, o Ministro Marco Buzzi reconheceu a nulidade da operação apenas na fração que corresponde à legítima, distinguindo os conceitos de simulação absoluta e relativa. Na simulação absoluta, as partes, na realidade, não realizam nenhum negócio e apenas simulam, para criar uma aparência, uma ilusão externa, sem que na verdade desejem o ato, ou seja, o negócio simulado é realizado para não produzir nenhum efeito. Em geral, a simulação absoluta destina-se a prejudicar terceiro, subtraindo os bens do devedor à execução ou partilha. Já em relação à simulação relativa, também chamada de dissimulação, o negócio tem a finalidade de encobrir outro de natureza diversa, destinando-se apenas a ocultar a vontade real dos contraentes e, por conseguinte, o acordo de fato almejado. O Ministro Buzzi esclareceu que, tratando-se de simulação relativa, o Código Civil, art. 167, determina que subsista o negócio dissimulado, se for válido. O magistrado explicou que o negócio jurídico dissimulado apenas representou ofensa à lei e prejuízo a terceiro na parte em que excedeu àquela de que a doadora, única detentora dos direitos sobre o bem imóvel objeto do negócio, poderia dispor. (Conteúdo extraído do *site* do Superior Tribunal de Justiça)

Concubinato de longa duração gera dever de prestação alimentar

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento a recurso interposto por um homem contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que o condenou a pagar alimentos no valor equivalente a 2,5 (dois e meio) salários-mínimos mensais para a mulher que conviveu com ele em relacionamento paralelo ao casamento durante 40 anos. No caso, a mulher, já idosa, desistiu de sua atividade profissional ainda na juventude para dedicar-se ao homem; este, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso paralelo ao casamento, proveu espontaneamente o sustento da mulher. O TJRS entendeu que, “se o réu optou por sustentá-la, desde quando ainda era jovem, bonita

e saudável, muito mais o deve agora, quando surgem os problemas de saúde em decorrência da idade avançada, sendo impossível o ingresso no mercado de trabalho”. No recurso especial enviado pelo homem ao STJ, ele sustentou a violação do art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, visto que o TJRS não emitiu nenhum pronunciamento sobre a alegada inexistência de amparo para a condenação à prestação de alimentos à parte recorrida, tendo em vista o reconhecimento de caracterização apenas de concubinato impuro, e não de união estável; afronta aos arts. 1.694, *caput* e o § 1º, 1.695 e 1.727 do Código Civil, pois não se pode atribuir consequências idênticas ao concubinato impuro e à união estável e, ainda, dissídio jurisprudencial. Segundo o Ministro Relator, João Otávio de Noronha, de regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos à concubina, “pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo”. No entanto, dada a peculiaridade do caso e considerando os princípios da dignidade e solidariedade humanas, o ministro reconheceu que deve ser mantida a obrigação de prestação de alimentos à concubina idosa, que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, principalmente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. O ministro não reconheceu o dissídio jurisprudencial e afastou a ofensa ao art. 535 do CPC. “Está claro que o direito alimentar é muito mais amplo do que supõe o recorrente, exigindo cautela por parte do julgador, que deve encontrar o ponto exato de equilíbrio, seja para fixar, seja para afastar o dever de alimentar ou o de prover o sustento de determinada pessoa”, disse. O ministro considerou que as peculiaridades tornam o caso excepcionalíssimo e que, portanto, não se trata da aplicação da letra pura e simples da lei, pois essas singularidades demonstram a incidência simultânea de mais de um princípio no caso concreto, o da preservação da família da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, que devem ser avaliados para se verificar qual deve reger o caso concreto. Segundo o ministro, a resposta às suas indagações surge “claramente” dos autos. “Ficou evidenciada, com o decurso do tempo, a inexistência de risco à desestruturação da família do recorrente, bem como a possibilidade de exposição de pessoa já idosa a desamparo financeiro, tendo em vista que foi o próprio recorrente quem proveu o sustento, o que vale dizer que foi ele quem deu ensejo a essa situação e não pode, agora, beneficiar-se dos próprios atos. É evidente que, no caso específico, há uma convergência de princípios, de modo que é preciso conciliá-los para aplicar aqueles adequados a embasar a decisão, a saber, os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, pelas razões já exaustivamente expostas”. REsp 1.185.337/RS (2010/0048151-3). (Conteúdo extraído do *site* do Superior Tribunal de Justiça)

Bibliografia Complementar

Recomendamos como sugestão de leitura complementar aos assuntos abordados nesta edição os seguintes conteúdos:

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

- União Estável e Entidades Familiares Concomitantes – O Poliamor Como Critério Jurídico do Direito de Família
Denis Donoso
Juris SÍNTESE ONLINE e SÍNTESENET
disponíveis em: online.sintese.com
- A Prova Dinâmica no Direito de Família
José Carlos Teixeira Giorgis
Juris SÍNTESE ONLINE e SÍNTESENET
disponíveis em: online.sintese.com
- A Execução de Alimentos em Face da Reforma Processual Civil na Execução
Mariana Helena Cassol
Juris SÍNTESE ONLINE e SÍNTESENET
disponíveis em: online.sintese.com

Índice por Assunto Especial

DOUTRINAS

Assunto

SUCESÃO PATRIMONIAL – HERDEIROS

- A Sintonia entre o Direito Sucessório e a Administração na Sociedade Limitada (Rosilene Gomes da Silva Giacomini) 11
- Herdeiro Não É Sinônimo de Sucessor (Pedro Podboi Adachi) 9

Autor

PEDRO PODBOI ADACHI

- Herdeiro Não É Sinônimo de Sucessor 9

ROSILENE GOMES DA SILVA GIACOMINI

- A Sintonia entre o Direito Sucessório e a Administração na Sociedade Limitada 11

ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA

Assunto

SUCESÃO PATRIMONIAL – HERDEIROS

- Comercial e processo civil – Sociedade – Morte de um dos sócios – Encerramento irregular da empresa – Desconsideração da personalidade jurídica – Impossibilidade (STJ) 7326, 24

EMENTÁRIO

Assunto

SUCESÃO PATRIMONIAL – HERDEIROS

- Sucessão empresarial – crédito não tributário – ocorrência 7327, 32
- Sucessão empresarial – execução – não configuração 7328, 32
- Sucessão empresarial – sociedade – redirecionamento – possibilidade 7329, 33
- Sucessão patrimonial – demonstração inequívoca – satisfação do crédito – fraude – reconhecimento 7330, 33
- Sucessão patrimonial – despersonalização jurídica – responsabilidade direta dos sócios – configuração 7331, 34
- Sucessão patrimonial – responsabilidade solidária – reconhecimento – possibilidade 7332, 34

- Sucessão patrimonial – sociedade – municipalidade – doação – negócio jurídico – observação 7333, 34

Índice Geral

DOUTRINAS

Assunto

ABORTO

- Aborto nos EUA e no Brasil: um Estudo Comparado (Thiago Baldani Gomes de Filippo) 46

ALIMENTOS

- A Averbação Premonitória do Artigo 615-A e sua Aplicação à Execução de Alimentos (Douglas Phillips Freitas) 120

CONCUBINATO

- A Possibilidade Jurídica do Vínculo Previdenciário na Relação de Concubinato (Almeri Gumesson e Adriane Medianeira) 98

CONTRATO DE “BARRIGA DE ALUGUEL”

- A Legalização do Contrato de “Barriga de Aluguel”, sob a Ótica do Princípio da Autonomia Privada (Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli) 76

PENSÃO POR MORTE

- A Nova Pensão por Morte (Wladimir Novaes Martinez) 36
- Exigência Mínima de 2 anos de Casamento ou União Estável nas Novas Regras da Pensão por Morte Promovidas pela Medida Provisória nº 664/2014 (Marco Aurélio Serau Junior e Luísa Helena Marques de Fazio) 126

Autor

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO

- A Possibilidade Jurídica do Vínculo Previdenciário na Relação de Concubinato 98

ALMERI GUMESSON

- A Possibilidade Jurídica do Vínculo Previdenciário na Relação de Concubinato 98

CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS

- A Legalização do Contrato de “Barriga de Aluguel”, sob a Ótica do Princípio da Autonomia Privada 76

DOUGLAS PHILLIPS FREITAS

- A Averbação Premonitória do Artigo 615-A e sua Aplicação à Execução de Alimentos ... 120

LEONARDO MACEDO POLI

- A Legalização do Contrato de “Barriga de Aluguel”, sob a Ótica do Princípio da Autonomia Privada..... 76

LUIZA HELENA MARQUES DE FAZIO

- Exigência Mínima de 2 anos de Casamento ou União Estável nas Novas Regras da Pensão por Morte Promovidas pela Medida Provisória nº 664/2014 126

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

- Exigência Mínima de 2 anos de Casamento ou União Estável nas Novas Regras da Pensão por Morte Promovidas pela Medida Provisória nº 664/2014 126

THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO

- Aborto nos EUA e no Brasil: um Estudo Comparado 46

WLADIMIR NOVAES MARTINEZ

- A Nova Pensão por Morte 36

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

Assunto**ADOÇÃO**

- Recurso especial – Direito civil – Família – Adoção – Violação do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Não ocorrência – Paternidade socioafetiva demonstrada com o adotante – Melhor interesse do adotando – Desnecessidade do consentimento do pai biológico (ST)..... 7335,149

ALIMENTOS

- Homologação de sentença estrangeira – Alimentos – Convenção de Nova York e lei de alimentos – Legitimidade ativa do Ministério Público Federal – Instituição intermediária – Tradução juramentada e chancela consular – Dispensa – Revisão de alimentos – Ausência de citação – Sentença parcialmente homologada (ST) 7334, 138

CASAMENTO

- Civil – Revisão de alimentos – Antecipação dos efeitos da tutela – Dever decorrente do

casamento – Necessidade de demonstração do binômio necessidade-possibilidade (TJDF)..... 7336, 161

INVENTÁRIO

- Agravo interno em agravo de instrumento – Inventário – Indeferimento de pedido formulado por meeiro/herdeiro para expedição de ofícios para instituições financeiras e depósito nos autos de alugueros percebidos pelo espólio – Pretensão que deve ser buscada em procedimento próprio – Recurso ao qual se nega seguimento, a teor do art. 557, *caput*, do CPC – Agravo interno desprovido (TJR) 7339, 177
- Registro civil (TJSP) 7340, 180

PARTILHA

- Apelação cível – Partilha – Imóvel – benfeitorias realizadas – Ressarcimento de 50% dos gastos despendidos – Parcelas de financiamento pagas após a separação de fato – Dever de ambos os litigantes – Compensação de 50% do valor pago exclusivamente por um dos cônjuges – Embargos infringentes acolhidos (TJMG)..... 7338, 171

UNIÃO ESTÁVEL

- Ação declaratória – Pensão por morte e partilha de bens – União estável não comprovada – Apelado casado civilmente – Impossibilidade de reconhecimento da união estável – Fixação de honorários advocatícios em conformidade com o art. 20, § 3º do CPC (TJGO) 7337, 167

EMENTÁRIO

Assunto**ADOÇÃO**

- Adoção – destituição de poder familiar – guarda provisória 7341, 182
- Adoção – negligência dos pais biológicos caracterizada – adotante – vínculos de afetividade e afinidade demonstrados..... 7342, 182
- Adoção – requisitos – criança entregue aos adotantes pela mãe 7343, 185

ALIMENTOS

- Alimentos – ação revisional e exoneratória – binômio necessidade-possibilidade...7344, 185
- Alimentos – redução – observação..... 7345, 186

- Alimentos – sentença estrangeira – homologação.....7346, 186

BEM DE FAMÍLIA

- Bem de família – hipoteca – bem imóvel – propriedade – validade – impenhorabilidade.....7347, 187
- Bem de família – hipoteca – validade – averbação no cartório de registro de imóveis – não ocorrência – impenhorabilidade .7348, 187
- Bem de família – nunciação de obra nova – embargos de devedor – impenhorabilidade7349, 187

CASAMENTO

- Casamento – vigência do Código Civil de 1916 – regime de bens – alteração – necessidade de motivação7350, 187

CONCUBINATO

- Concubinato – longa duração – condenação a alimentos.....7351, 190
- Concubinato adulterino – pensão por morte – relacionamento contínuo, público e duradouro por mais de 40 anos – ação declaratória que não conheceu a união estável – homem casado até o falecimento – impossibilidade de concessão do benefício.....7352, 192

CURATELA

- Curatela especial – Defensoria Pública Estadual, em favor de réu ausente, citado por edital – inexistência de direito a pagamento de honorários.....7353, 193

DIVÓRCIO

- Divórcio – separação obrigatória de bens – cotas sociais – partilha dos bens7354, 193
- Divórcio e partilha – bem adquirido antes da união – pretensão de partilha sobre a valorização do imóvel7355, 194
- Divórcio litigioso – casamento sob o regime de comunhão parcial de bens – partilha7356, 197
- Divórcio litigioso c/c partilha de bens e alimentos – parcial procedência – pedido de exoneração dos alimentos.....7357, 197

DOAÇÃO

- Doação – pleito para que reavalie a ocorrência de vício de vontade – impossibilidade.....7358, 198

EXECUÇÃO

- Execução de alimentos – embargos à execução – alegada inépcia da inicial – não ocorrência7359, 198

GUARDA

- Guarda de menor – poder familiar – ação de destituição7360, 198
- Guarda de menor deferida ao genitor – existência de ações conexas – infante que conta com quatro anos – boa adaptação com o pai e família paterna – alimentos provisórios7361, 199
- Guarda e responsabilidade – pretensão dos tios em detrimento da mãe – melhor interesse da criança7362, 199

HERANÇA

- Herança – ação incidental de habilitação de herdeiros – ação civil pública de ressarcimento ao Erário – falecimento de um dos réus.....7363, 199

INTERDIÇÃO

- Interdição – curatela provisória – guarda que preserve os interesses do incapaz – ausência de fato novo7364, 199
- Interdição com pedido de curatela – benefício de justiça gratuita – exigência de comprovação da hipossuficiência financeira7365, 200

INVENTÁRIO

- Inventário – bens doados – exclusão da colação.....7366, 200
- Inventário – nomeação de inventariante que recaiu sobre cônjuge sobrevivente – alegação de separação de fato7367, 200
- Inventário – sobrepartilha – debate de questões – limites da ação.....7368, 201
- Inventário não aberto – ação monitoria – credor falecido – legitimidade ativa ...7369, 201

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Investigação de paternidade – impedimento do reconhecimento biológico ante a existência de paternidade socioafetiva – inviabilidade.....7370, 201
- Investigação de paternidade – Ministério Público – legitimidade extraordinária.....7371, 201
- Investigação de paternidade c/c alimentos – discussão quanto ao valor da pensão

fixada – necessidade do menor presumida 7372, 202

- Investigação de paternidade *c/c* petição de herança – prevalência – paternidade socioafetiva sobre biológica – tese afastada – prova pericial..... 7373, 203

MEDIDA CAUTELAR

- Medida cautelar – ação de alimentos – prova oral deferida – pedido de julgamento antecipado – decisão revogada..... 7374, 203

PARTILHA

- Partilha – legitimidade ativa – herdeiros – não verificação 7375, 203

PODER FAMILIAR

- Poder familiar – filhas menores – indícios substanciais de abuso sexual – elementos que conduzem ao pai como protagonista do ilícito – suspensão..... 7376, 204

RÉGIME DE BENS

- Regime de bens – alteração – possibilidade – interesse processual 7377, 204
- Regime de bens – dissolução do casamento – comunhão parcial 7378, 205

REGISTRO

- Registro de nascimento dos filhos – retificação – sobrenome – direito subjetivo – possibilidade – princípio da simetria..... 7379, 205

SENTENÇA

- Sentença estrangeira contestada – curadoria especial – divórcio 7380, 206

TESTAMENTO

- Testamento particular – pretensão de oitiva de testemunhas – união estável..... 7381, 209
- Testamento público – testemunhas – questionamento 7382, 209

UNIÃO ESTÁVEL

- União estável – ação declaratória – relacionamento habitual, com convívio público, contínuo e duradouro – pessoa casada e não separada de fato – concubinato adulterino 7383, 209
- União estável – ação de reconhecimento e dissolução – partilha dos bens arrolados 7384, 210
- União estável – partilha de bens – imóvel adquirido mediante sub-rogação de bens particulares 7385, 210
- União estável – reconhecimento e dissolução – celebração de acordo com fixação de alimentos em favor da ex-companheira – homologação 7386, 210
- União estável homoafetiva – reconhecimento e dissolução – partilha de bens – esforço comum – presunção *iuris tantum* 8387, 212

UNIÃO HOMOAFETIVA

- União homoafetiva rompida – direito a alimentos – possibilidade..... 7388, 212

USUFRUTO

- Usufruto – simulação – operação societária – *holding* familiar – legitimidade ativa 7389, 214

CLIPPING JURÍDICO

- Avó materna fica com guarda de criança por incapacidade dos pais..... 215
- Concubinato de longa duração gera dever de prestação alimentar..... 216
- Doação dissimulada é nula apenas quanto à parte que excede àquela de que doador poderia dispor livremente 216
- Lei que garante à mãe os mesmos direitos do pai para registrar os filhos entra em vigor.. 215