

ORGANIZADORES

Ana Lúcia Ribeiro Mól
Rita Edite Lopes Borges
Wilson Medeiros Pereira



DESAFIOS DO DIREITO NO SÉCULO XXI

VOLUME II - DIREITO PRIVADO

EDITORA

Unimontes

**DESAFIOS
DO DIREITO
NO SÉCULO XXI**

VOLUME II - DIREITO PRIVADO

Organizadores

Ana Lúcia Ribeiro Mól
Rita Edite Lopes Borges
Wilson Medeiros Pereira

DESAFIOS DO DIREITO NO SÉCULO XXI

VOLUME II - DIREITO PRIVADO



Montes Claros
2020

© - EDITORA UNIMONTES - 2020

Universidade Estadual de Montes Claros

REITOR

Prof. Antonio Alvimar Souza

VICE-REITORA

Professora Ilva Ruas de Abreu

DIRETOR DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÕES

Juliane Leite Ferreira

EDITORA UNIMONTES

EDITOR GERAL

Prof. Antônio Dimas Cardoso

CONSELHO EDITORIAL

Prof^ª. Adelice Aparecida Xavier;
Prof. Alfredo Maurício Batista de Paula;
Prof. Antônio Dimas Cardoso;
Prof. Carlos Renato Theóphilo;
Prof. Casimiro Marques Balsa;
Prof. Elton Dias Xavier;
Prof. Laurindo Mékie Pereira;
Prof. Marcos Esdras Leite;
Prof. Marcos Flávio Silva Vasconcelos Dângelo;
Prof^ª. Regina de Cássia Ferreira Ribeiro.

REVISÃO LINGÜÍSTICA

Ana Lúcia Ribeiro Mól

DIAGRAMAÇÃO

Bernardino Mota

CAPA

Edney Fernandes dos Santos Júnior

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Associação Brasileira das Editoras Universitárias (ABEU)

D441

Desafios do Direito no Século XXI: Direito Privado [recurso eletrônico] /
Ana Lúcia Ribeiro Mól, Rita Edite Lopes Borges e Wilson Medeiros
Pereira (organizadores). – Montes Claros : Editora Unimontes, 2020.
v. 2. E'book PDF.
228 p.; 21 cm.

Modo de acesso: world wide web
<http://www.editora.unimontes.br/index.php/ebook>

ISBN: 978-65-86467-00-0

1. Jurisdição arbitral no direito empresarial. 2. Novos formatos de família. 3. Liberdade econômica. 4. Tarificação dos danos extrapatrimoniais. I. Mól, Ana Lúcia Ribeiro. II. Borges, Rita Edite Lopes. III. Pereira, Wilson Medeiros. IV. Título.

CDU 347

Elaborado por Neide Maria J. Zaninelli - CRB-9/ 884

Este livro ou parte dele não pode ser reproduzido por qualquer meio sem autorização escrita do Editor.

EDITORA UNIMONTES

Campus Universitário Professor Darcy Ribeiro

Montes Claros - Minas Gerais - Brasil

CEP: 39.401-089 - CAIXA POSTAL: 126

www.unimontes.br

editora@unimontes.br

Filiada à

The logo consists of the letters 'ABEU' in a stylized, bold, sans-serif font. Below the letters, the full name 'ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EDITORAS UNIVERSITÁRIAS' is written in a smaller, all-caps, sans-serif font.
**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DAS EDITORAS UNIVERSITÁRIAS**

ORGANIZADORES

ANA LÚCIA RIBEIRO MÓL

Mestre em Direito Processual pela
Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais – PUC-MG.
Professora do Curso de Direito da Universidade
Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.
Procuradora do Município de
Montes Claros-MG

RITA EDITE LOPES BORGES

Mestre em Direito pela Universidade
Federal de Santa Catarina - UFSC.
Professora do Curso de Direito da Universidade
Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.
Advogada militante na área
de Família e Sucessões.

WILSON MEDEIROS PEREIRA

Mestre em Direito Público pela
Universidade Estácio de Sá-RJ.
Professor do Curso de Direito da Universidade
Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.
Juiz Federal na Subseção Judiciária
de Montes Claros (TRF1).

APRESENTAÇÃO

As relações interpessoais são multifacetárias por sua própria natureza, o que gera reflexos importantes na regulamentação da conduta dos indivíduos pelo Direito. Nesse sentido, as várias mudanças vivenciadas pela sociedade não passam despercebidas pela ciência jurídica, cujos estudiosos se dedicam a esmiuçar as consequências dessas alterações, especialmente no âmbito das modificações legislativas dos últimos tempos.

Seguindo essa tendência, a obra “Desafios do Direito no Século XXI – Desdobramentos do Direito Privado” traz relevantes discussões acerca dessa grande área da ciência jurídica, privilegiando os mais recentes estudos e as mais atuais reformas legislativas e entendimentos jurisprudenciais a respeito do Direito Civil e do Direito Empresarial.

Vale salientar que a obra é fruto do projeto de pesquisa do mesmo nome, levado a cabo no âmbito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES pelos organizadores, cujo objetivo foi justamente trazer uma discussão profunda e de forma interdisciplinar a respeito das constantes alterações da legislação brasileira e seus impactos na ciência jurídica.

E é nesse contexto que, no primeiro capítulo, é feita uma análise acerca da possibilidade de utilização da arbitragem, como meio autocompositivo de solução de

conflitos de interesses no âmbito das sociedades anônimas. Destaca-se a forma de constituição dessas sociedades empresárias e como a utilização do juízo arbitral pode contribuir para uma adequada composição acerca das questões societárias que possam surgir.

No segundo capítulo, é analisada a possibilidade de reconhecimento jurídico do poliamor, tendo em vista os princípios da dignidade humana e, principalmente, da afetividade. Na abordagem da temática, além de um contexto importante sobre o processo evolutivo do Direito de Família, há relevante discussão acerca da constitucionalidade de decisão recente do Conselho Nacional de Justiça, na qual restou proibido o registro dessa espécie de entidade familiar por cartórios brasileiros.

O terceiro capítulo, por sua vez, aborda as alterações implementadas pela Medida Provisória nº 881/2019 ao artigo 50, do Código Civil, que redundaram em modificações substanciais acerca da desconsideração da personalidade jurídica na esfera cível. Destacando-se os pontos positivos e os pontos negativos dessa questão, são postos em evidência as consequências jurídico-econômicas das alterações legislativas levadas a cabo pela mencionada medida provisória.

O quarto capítulo aborda a possibilidade ao não exercício da maternidade pela genitora, mesmo diante da proteção que a legislação constitucional e infraconstitucional concede à criança. A abordagem dessa temática, como não

poderia deixar de ser, perpassa pela evolução histórica da própria concepção da maternidade e da figura da mulher nesse contexto, revelando a possibilidade de escolha da genitora em não assumir a sua figura de mãe, sem que isso implique na violação dos direitos e garantias fundamentais do recém-nascido.

Ainda no âmbito do Direito de Família, o quinto capítulo apresenta as dificuldades de regulamentação das várias formas de relacionamento afetivo, haja vista a liquidez típica dessas espécies de relações interpessoais. Após uma análise da evolução dos vínculos familiares e de críticas ao positivismo nessa seara, a proposta que se apresenta é a diminuição do intervencionismo estatal, permitindo-se que a própria entidade familiar construa as regras e deveres que seus membros devem observar.

Seguindo nessa linha do pluralismo, o sexto capítulo trata das várias formas de família atualmente existentes, evidenciando, de maneira específica, as famílias simultâneas. A discussão transcorre pela análise do afeto como paradigma do ordenamento jurídico em vigor, dando ênfase ao entendimento dos Tribunais a respeito do tema.

O último capítulo, em arremate, trata da tarifação dos danos morais implementada pela Lei nº 13.467/2017, que incluiu, de forma específica, o artigo 223 - G na Consolidação das Leis do Trabalho. A temática é contextualizada por uma análise da responsabilidade civil e seus elementos ensejadores, dando enfoque especial aos

danos extrapatrimoniais. Tendo como pano de fundo o princípio da dignidade da pessoa humana, o estudo põe em xeque a mencionada alteração legislativa, que afasta a análise do caso específico e da liberdade do julgador na fixação dos danos morais, para impor valores definidos nos casos de responsabilidade civil examinados pela Justiça do Trabalho.

Diante dos variados temas apresentados nesta obra, o seu intuito é o de evidenciar as várias discussões que permeiam o Direito Privado, fornecendo ao leitor uma visão profunda e, ao mesmo tempo crítica, de questões que estão em voga no âmbito doutrinário e jurisprudencial atinente a esse grande ramo da ciência jurídica.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
JURISDIÇÃO ARBITRAL NO ÂMBITO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DE CAPITAL ABERTO: APLICABILIDADE E BÔNUS	13
Andre Crisóstomo Fernandes Cynara Silde Mesquita Veloso Ednilza Amorim Jardim	
REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR: A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO E A MONOGAMIA COMO VALOR	45
Elton Dias Xavier Maria Fernanda Soares Fonseca	
AS ALTERAÇÕES NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ADVINDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA DA LIBERDADE ECONÔMICA	71
Herbert Alcântara Ferreira Wellington de Oliveira Félix João Gabriel da Silveira Majuste Luiz Gustavo Barbosa Leite	
ODIREITO DE ESCOLHA DA GENITORA AO NÃO EXERCÍCIO DA MATERNIDADE FACE AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO RECÉM-NASCIDO	93
Janice Cláudia Freire Sant'Ana Luísa Neiva e Oliveira	
DIVERSIDADE RELACIONAL HUMANA E OS DESAFIOS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA	125
Leandro Luciano da Silva Paulo Thiago Carvalho Soares Ribeiro	

FAMÍLIAS PLURAIS NA PÓS-MODERNIDADE 171

Rita Edite Lopes Borges

Analu Caribé Gonçalves Terence

A TARIFICAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS
OPERADA PELA LEI 13.467/17 FRENTE AO PRINCÍPIO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 197

Wellington de Oliveira Félix

Ana Lúcia Ribeiro Mól

Amanda Rafaela Siqueira Amaral

JURISDIÇÃO ARBITRAL NO ÂMBITO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DE CAPITAL ABERTO: APLICABILIDADE E BÔNUS

Andre Crisóstomo Fernandes¹

Cynara Silde Mesquita Veloso²

Ednilza Amorim Jardim³

INTRODUÇÃO

O juízo arbitral foi utilizado para a resolução de demandas na Grécia antiga e entre os povos hebreus da antiguidade, com previsão pelo Direito Romano e aplicação atual cada vez mais crescente, especialmente após a década de 80, com a globalização da economia.

Trata-se de meio privado e alternativo de pacificação de conflitos de interesses decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, o que ocorre por meio de uma sentença arbitral que, conquanto não tenha sido prolatada pelo Poder Judiciário, é reconhecida, por lei, como título executivo judicial. (Brasil, 1996)

1 Advogado, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Presidente da OAB em Montes Claros e Professor de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

2 Professora Doutora do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES, do Centro Universitário FIPMoc- UNIFIPMOC e da FAVAG.

3 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

O uso da arbitragem perpassa pela análise de sua compatibilidade com a resolução de conflitos empresariais, em vista da especialização necessária à eficiência de qualquer decisão e, sobretudo, em decorrência do sigilo e da indispensável celeridade que, caso não seja observada, pode prejudicar o exercício das atividades da empresa, comprometendo o desenvolvimento socioeconômico e a geração de empregos, de receita fiscal e de utilidades sociais.

O Direito Empresarial é amplo e comporta diferentes tipos societários, possuindo este trabalho o objetivo de explorar a aplicação da arbitragem em sociedades anônimas abertas, sobretudo a partir da recente inclusão do art. 136-A, na Lei nº 6.404/76, Lei das Sociedades por Ações (LSA), facilitando a utilização deste meio de resolução de conflitos em tais companhias, normalmente de grande envergadura econômica, com ações negociadas no mercado de capitais e cuja atuação costuma refletir no desenvolvimento da economia brasileira.

As sociedades anônimas são integradas por acionistas, cujas contribuições patrimoniais para o exercício da atividade econômica são mais importantes que as qualidades pessoais de cada sócio. Por tal razão, as sociedades anônimas são classificadas, quanto à estrutura econômica, como sociedades de capitais, com a responsabilidade do sócio limitada ao preço de emissão das suas próprias ações (Tomazette, 2018).

O mercado de capitais ou de valores

mobiliários é importante sobretudo para as sociedades anônimas abertas, dotadas de um registro especial para nele negociar suas ações e outros títulos de sua emissão, a fim de captar recursos para o financiamento de sua atividade econômica.

Nas sociedades anônimas abertas, especialmente naquelas que possuem ações facilmente negociáveis no mercado, o incentivo do uso da arbitragem ocorreu com a limitação do exercício do direito de retirada dos acionistas em razão da inclusão de convenção de arbitragem no estatuto social, impedindo que recursos da companhia sejam destinados aos sócios, ficando o capital na produção e/ou circulação de bens e/ou serviços. Cumpre destacar, ainda, que o uso da arbitragem em companhias abertas afasta o risco de diminuição do valor da negociação das ações, em decorrência da existência de conflito societário apreciado pelo Poder Judiciário.

Considerando-se a importância do tema a partir da contextualização supra, é de se destacar que a pesquisa em torno dessa matéria foi realizada com base em um estudo exploratório e descritivo, que se fundamentou em uma abordagem qualitativa, apoiada por pesquisas bibliográficas e documentais. Além dos saberes doutrinários, esse trabalho se apoiou na análise da Lei nº 6.404/1976 – a Lei das Sociedades por Ações (LSA) –, e da Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem). Destaca-se que essa pesquisa foi realizada no âmbito do Curso de Direito Universidade Estadual

de Montes Claros (UNIMONTES), sendo uma produção referente ao Projeto S.A.J e o tratamento do conflito.

Panorama geral da jurisdição arbitral

Apesar de ser uma forma milenar de resolução de conflitos, a arbitragem não é uma das ferramentas mais populares do ordenamento jurídico brasileiro. Na realidade, até alguns anos atrás, antes da vigência da Lei nº 9.307/1996, a jurisdição arbitral não era encorajada, já que há no Brasil uma cultura da judicialização dos litígios. Foi somente após a edição da Lei da Arbitragem, e do julgamento sobre o agravo regimental na sentença estrangeira do Supremo Tribunal Federal⁴, que declarou expressamente a constitucionalidade da arbitragem, que esse instrumento de resolução de conflitos passou a ser estimulado e adotado (Salomão, 2017).

A arbitragem ou jurisdição arbitral é um meio heterocompositivo de resolução de conflitos, realizado por terceiro imparcial que tem poderes para impor sua decisão às partes, mas que precisa do auxílio do Poder Judiciário para a execução da sentença. Entre as partes e seus sucessores, a sentença tem a mesma força que uma sentença emanada por aquele órgão estatal. Destaca-se que só podem ser apreciadas pelo juízo arbitral matérias concernentes a direitos patrimoniais disponíveis. “Em outras palavras, a arbitragem resulta de negócio jurídico mediante o qual as

4 SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.

partes optam pela solução arbitral, abdicando da jurisdição estatal em razão dos seus direitos patrimoniais e disponíveis” (Scavone Júnior, 2018, p. 19).

Barcellar (2012, p.121-122) destaca o caráter voluntário da arbitragem, baseado na autonomia de vontade das partes:

A arbitragem pode ainda ser definida (nossa posição) como a convenção que defere a um terceiro, não integrante dos quadros da magistratura oficial do Estado, a decisão a respeito de questão conflituosa envolvendo duas ou mais pessoas. Para que se instaure a arbitragem, é essencial o consentimento das partes: enquanto o juiz retira seu poder da vontade da lei, o árbitro só o conquista pela submissão da vontade das partes.

Vale apontar que a arbitragem hoje em dia conta com *status* de jurisdição, diferindo da ideia inicial defendida por Giuseppe Chiovenda, e adotada pelo sistema anterior à Lei 9.307/1996, em que a jurisdição era somente a atividade estatal de aplicação do direito ao caso concreto (Scavone Júnior, 2018).

A jurisdição é o ato de dizer o direito, é o poder conferido a alguém, imparcial, para aplicar a norma e solucionar o conflito por meio do processo, prolatando sentença capaz de produzir coisa julgada material e, nessa medida, pode ser imposta aos litigantes (Scavone Júnior, 2018).

O juízo arbitral possui essa capacidade, sendo

a sentença arbitral prevista como título executivo judicial pelo artigo 515, VII, do Código de Processo Civil e, nos termos do artigo 31, da Lei nº 9.307/1996, que assim estabelece: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” (Brasil, 1996).

Qualquer pessoa capaz de contratar poderá valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, de acordo com o artigo 1º da Lei da Arbitragem. Ou seja, só é preciso que se tenha capacidade (capacidade de ser titular de direitos e obrigações, adquiridas pela pessoa natural no nascimento com vida, estabelecida nos artigos 1º e 2º do Código Civil), sendo possível que os incapazes sejam representados ou assistidos na convenção e no processo arbitral quando necessário (Scavone Júnior, 2018).

O artigo 3º da Lei da Arbitragem estabelece que “As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendido a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (Brasil, 1996), deixando claro que depende da autonomia da vontade das partes a convenção de se utilizar ou não a via arbitral.

Sobre a cláusula compromissória, Bacellar (2012, p.130) esclarece:

A cláusula compromissória define-se como a convenção por meio da qual as partes comprometem-se, por escrito, a submeter à arbitragem os litígios, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, que possam vir a surgir, relativamente a um contrato. Destaca-se a autonomia da cláusula compromissória válida em relação ao contrato em que está inserida. Uma vez existente cláusula compromissória válida, isso implicará em afastamento do Poder Judiciário (efeito negativo) e firmará a competência arbitral (efeito positivo).

Já o compromisso arbitral, surge depois de instaurado o conflito entre as partes. Portanto, é firmado em documento apartado e estabelecido quando não há acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem (Scavone Júnior, 2018). Nesse caso, a parte interessada em dar início à arbitragem deve manifestar sua intenção à outra parte. A visão de Bacellar (2012, p. 133) sobre o compromisso arbitral é de que:

Com base no aforismo *uti tattuocuti*, o papel do compromisso é o papel do tatuador, que, a partir da preferência dos interessados, estabelecerá o desenho, seus contornos e cores antes de instaurar definitivamente a tatuagem. Acordada a escolha (ou forma de escolha) do árbitro ou instituição arbitral, firmam-se, no compromisso, condições efetivas para a instauração da arbitragem.

Quanto às normas pelas quais os conflitos podem ser resolvidos, estabelece o artigo 2º da Lei da Arbitragem que as partes podem escolher livremente

o direito que será aplicado, inclusive apelando para o direito estrangeiro, para as leis corporativas, para as leis de organismos internacionais, ou até mesmo para a equidade, desde que a sentença e o direito aplicado não violem nenhuma das normas cogentes, que são aquelas que dizem respeito à ordem pública nacional e aos bons costumes.

As principais características da arbitragem, que conferem sua vantagem quanto à morosa jurisdição do Poder Judiciário, são a especialização do árbitro que julgará o caso, a rapidez, a irrecorribilidade da sentença, a informalidade e a confidencialidade (Scavone Júnior, 2018), aspectos que serão abordados de forma mais aprofundada ao decorrer desse trabalho.

Além dos benefícios processuais, a utilização do juízo arbitral como alternativa ao órgão estatal diminui a plethora de serviços que assola os tribunais brasileiros.

Com efeito, inúmeros processos que seriam encaminhados para apreciação do Poder Judiciário vão diretamente para o âmbito da arbitragem e, muitas vezes, são resolvidos com o cumprimento voluntário da sentença arbitral, sem necessidade sequer da execução judicial da mesma.

Sociedades anônimas: caracterização e classificação

As sociedades anônimas (SA), também chamadas de companhias (Coelho, 2016), são pessoas

jurídicas de direito privado, formadas por um estatuto social que as institui. Seu objetivo é gerar lucro e exercer uma atividade empresarial através do cumprimento do objeto social, previamente estipulado no ato constitutivo. Os sócios dessa sociedade são chamados de acionistas, visto que o capital social de financiamento da SA é dividido em ações. Para se tornar sócio, a pessoa deve investir o valor referente às ações que se deseja ter a titularidade. A SA sempre será empresarial, independente da natureza da atividade por ela exercida (Tomazette, 2018).

Nesse tipo de sociedade, a responsabilidade do sócio é limitada. O acionista responderá apenas pelo preço de emissão das ações que adquirir ou subscrever, ou seja, o sócio não responderá com seus bens pessoais pelas dívidas da sociedade, ficando, assim, mais protegido econômica e juridicamente. Esta é uma das características principais das companhias (Coelho, 2016).

As sociedades anônimas são reguladas pela LSA, aplicando-se o Código Civil, de acordo com o artigo 1.089 deste diploma legal, somente no caso de omissão da lei especial (Coelho, 2016). Destaca-se que, no contexto do Direito Empresarial, o termo empresa significa atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, conceito dado pelo artigo 966 do Código Civil.

O artigo 2º da LSA trata do objeto social, que deve ser uma atividade econômica lícita, possível, não contrário à lei, aos bons costumes e à ordem pública, com

finalidade lucrativa, valendo registrar que a participação no capital social de outras sociedades pode ser a forma de realização do objeto social. “Para os efeitos de se poder responsabilizar os administradores e controladores, deve-se entender o objeto social como limite da atividade societária” (Carvalhosa, 2013, p. 72).

Ainda quanto ao objeto, não se admitem a prática de atividade filantrópica por meio de uma SA. O objeto deve ser definido de forma clara, completa e precisa no estatuto da sociedade, devendo constar no referido documento a indicação de seu gênero e espécie, sendo vedada por lei a formulação genérica deste (Tomazzete, 2018).

Nessa linha, Carvalhosa (2013, p. 72) assevera:

Ao definir a espécie de empresa que será desenvolvida pela companhia, o estatuto deve determinar específica e setorialmente se as atividades serão de produção ou de mediação e quais os bens e serviços de setor econômico determinado, que serão produzidos ou intermediados. Nessa especificação do objeto, não se podem usar termos amplos e genéricos, e, portanto, inespecíficos.

É preponderante dizer que a sociedade em si não é anônima, ela conta com um nome sob o regime de ampla publicidade, sendo que esse nome vincula a SA na vida jurídica. Deve-se destacar que a razão social, como forma de nomeação, não condiz com a natureza de sociedade anônima, já que a razão social utiliza o nome de sócios e na

SA os sócios permanecem anônimos no nome empresarial (Tomazette, 2018).

A forma correta de nomeação é através da denominação, sendo essencial a menção ao ramo empresarial da SA (Coelho, 2016), devendo indicar, ainda, o objetivo da sociedade. O nome comercial não contém, em regra, nome de sócio, sendo acompanhado dos verbetes companhia (nunca sendo usada como último elemento do nome) ou sociedade anônima, conforme estabelece o artigo 3º, da LSA.

As companhias se configuram como sociedades de capitais, vez que nelas é mais importante o capital investido pelos acionistas do que as qualidades pessoais dos mesmos, sendo essas irrelevantes ao desenvolvimento da empresa. Quanto a esse aspecto, Tomazette (2018, p. 437) explica que:

Com efeito, a sociedade anônima é uma típica sociedade de capitais, haja vista a maior importância atribuída à contribuição do sócio e não às suas qualidades pessoais. Em função disso, é livre a negociação de ações, que pode ser eventualmente restringida (art. 36 da lei 6.404/76), mas nunca impedida, pois não importam as qualidades pessoais dos sócios, mas sua contribuição patrimonial.

Vale-se ressaltar que, embora haja uma divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do ato constitutivo das SA, estando a doutrina dividida entre a aplicação do contrato plurilateral ou a do ato institucional,

a LSA acolheu a interpretação de que as SA são instituições e, portanto, se constituem por meio de ato institucional. Tomazette (2018, p. 440-444) defende o caráter institucional das SA ao dizer que:

Nas sociedades por ações, geralmente a empresa envolve um número tão grande de interesses (empregados, comunidade, fisco, consumidores), além dos interesses dos seus membros, que há uma responsabilidade social a ser cobrada. A prevalência do interesse social sobre o interesse individual dos sócios reforça a natureza institucional da relação, em oposição a natureza contratual, na qual prevaleceria a vontade comum dos sócios.

As sociedades por ações envolvem grande número de interesses e, segundo Scavone Júnior (2018, p. 61) “Muitas controvérsias podem surgir dos contratos societários, como, por exemplo, exclusão de sócios, apuração de haveres, dissolução, distribuição de lucros e administração.”

As sociedades anônimas se dividem em duas espécies, as de capital aberto e as de capital fechado, que serão abordadas em mais detalhes no tópico seguinte, sendo as primeiras relevantes ao desenvolvimento desse estudo.

As sociedades anônimas de capital aberto, o mercado de capitais e os valores mobiliários

As duas espécies de SA, as de capital aberto e as de capital fechado, têm sua diferenciação fundamentada,

principalmente, no ambiente de negociação dos títulos de sua emissão. As companhias abertas possuem registro especial, junto à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), para negociação das ações e demais valores mobiliários de sua emissão no mercado de valores mobiliários ou de capitais, conforme Instrução CVM n. 480/2009, sendo também caracterizadas como sociedades anônimas abertas aquelas que, conquanto não sejam dotadas do registro especial, excepcionalmente, são autorizadas a negociar seus títulos no mercado, na forma da Instrução CVM n. 476/2009 (Pitta, 2018). As companhias fechadas não possuem o registro especial para a negociação em tal mercado (Coelho, 2016) e não negociam no mesmo.

No desenvolvimento do presente estudo, somente as sociedades anônimas de capital aberto farão parte do objeto principal de análise, justamente pelo fato de terem seus valores mobiliários disponíveis para a aquisição do público em geral, ganhando ainda maior relevância a celeridade, o sigilo e a especialização providos pela arbitragem na resolução dos conflitos, para que elementos como a imagem externa, a estabilidade e a rentabilidade de investimentos na sociedade não sejam questionados.

Nesse passo, cumpre conceituar o ambiente denominado de mercado de valores mobiliários ou de capitais (MVM). Nos dizeres de Tomazette (2018, p.446-447):

O mercado de valores mobiliários é o conjunto de instituições e de instrumentos que possibilita

realizar a transferência de recursos entre tomadores (companhias) e aplicadores de recurso (poupadores), buscando compatibilizar seus objetivos. Esse mercado pode ser dividido em mercado primário e secundário; neste a circulação dos títulos se dá entre investidores, já naquele a relação é estabelecida entre o investidor e a própria sociedade anônima destinatária do investimento.

Esse conjunto de instituições e instrumentos previamente citados são extremamente importantes para o contínuo desenvolvimento do capitalismo, pois fornecem meios de acumulação rápida e maciça de capital (Tomazette, 2018).

Normalmente, as sociedades buscam a abertura do seu capital para comercialização no mercado de capitais como maneira de financiar os seus empreendimentos, já que esse mercado é uma alternativa de crédito ampla, rápida e flexível, com isso, possibilitando o recolhimento de grandes quantidades de capital. Essa é uma alternativa ao tradicional mercado financeiro, em que as sociedades teriam de buscar empréstimos junto a instituições financeiras, que contam com juros elevados e dificuldades de crédito o que tornaria a obtenção de recursos dificultosa.

Devido a essa possibilidade de negociação no MVM, as sociedades de capital aberto devem ser registradas ou possuírem seus valores mobiliários registrados perante a CVM, que é uma autarquia com regime especial ligada ao Ministério da Fazenda, mas sem relação hierárquica. Possui a função de tutelar o mercado de capitais, assegurando a

confiabilidade do mercado, resguardando os investidores em face de quaisquer irregularidades, regulamentando leis relativas às sociedades abertas e evitando a atuação de entidades inidôneas (Tomazette, 2018).

Segundo o art. 2º da Lei nº 6.385/76, são valores mobiliários as ações, debêntures, bônus de subscrição, cupons, direitos, recibos de subscrição, certificados de desdobramentos decorrentes de tais títulos, certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundo de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos, notas comerciais, os contratos de investimento coletivo e os derivados, os *commercialpapers* e quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, quando anunciados publicamente, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultantes de prestações de serviço, cujos rendimentos advêm dos esforços do empreendedor ou de terceiros. Os dois mais tradicionais dentre eles são as ações e debêntures, que serão definidos em sequência.

As ações “são títulos livremente negociáveis, que asseguram a condição de acionista aos seus titulares com todos os direitos e obrigações inerentes a tal condição.” (Tomazette, 2018, p. 475). São o resultado da divisão do capital social da companhia em frações iguais. Elas possuem um valor nominal e um valor investido, sendo o valor nominal aquele que diz respeito à quantia de capital social correspondente, e o valor de emissão aquele chamado pela

lei de preço de emissão, que pode ser igual ou superior ao valor nominal, variando em função de circunstâncias como a oferta, a procura e a valorização das ações de determinada sociedade.

É importante destacar que dependendo das ações adquiridas, o sócio pode influenciar no controle da companhia:

A ação deixa, na lei de 1976, de representar uma ideia rígida do valor do capital, para caracterizar-se como instrumento através do qual os sócios exercitam os seus direitos assegurados na lei e no estatuto, com abstração completa (ação sem valor nominal) ou parcial (ações com valor nominal emitidas com ágio) das entradas de capital (Carvalhosa, 2013, p.208).

Já as debêntures são um meio de financiamento das companhias que, diferentemente das ações, não garante a posição de sócio da AS. Elas são formas de se adquirir simples empréstimos públicos. Aqueles que adquirem debêntures se tornam credores da sociedade e não sócios. Nesse sentido, cada emissão de debênture representa um empréstimo realizado, sendo que quem subscreve a debênture está emprestando dinheiro para a sociedade emitente (Tomazette, 2018).

Para quem adquire a titularidade, esses valores mobiliários representam uma forma de investimento, visando à obtenção de lucros. Esse tipo de negócio envolve riscos e incertezas, já que nenhuma das partes pode

antever os resultados do negócio, que é dependente de fatos futuros e imprevisíveis. Sendo assim, é uma operação de risco, pois não há garantia de sucesso. Entretanto, a possibilidade do investimento ser extremamente rentável atrai o público em geral, porque tem como vantagens o fato de assegurar participação nos lucros e pagamento de juros, e a possibilidade de negociação dos valores mobiliários com a sua valorização (Tomazette, 2018).

Portanto, para que investidores sejam motivados a colocarem em risco o capital utilizado para subscrever uma ação, a sociedade deve ser vista publicamente como estável, com possibilidades de expansão e como um negócio lucrativo.

Cláusula estatutária de compromisso arbitral e sua compatibilidade com princípios constitucionais e empresariais

O compromisso arbitral, tratado anteriormente, pode ser instituído em uma cláusula no estatuto da sociedade. Existem discussões doutrinárias quanto à constitucionalidade desse instituto, uma vez que a arbitragem só pode prover da convenção de vontades, e a cláusula pode ser instituída pela aprovação apenas dos acionistas majoritários, sujeitando os acionistas dissidentes ou ausentes, ainda que sem seu consenso. (Scavone Júnior., 2018).

Existe nesse caso uma concorrência entre princípios do direito societário, quais sejam o princípio da maioria e o da igualdade entre acionistas; e entre princípios constitucionais: o princípio da inafastabilidade da tutela estatal e a liberdade individual (Tomazette, 2018).

Um dos princípios fundamentais do direito societário é o da maioria, também chamado de majoritário, segundo o qual as decisões da companhia devem ser tomadas, salvo hipóteses excepcionais de unanimidade previstas taxativamente em lei, de acordo com a deliberação da maioria do capital acionário, estando presente nas deliberações sociais uma democracia de capitais, em que quem contribui mais com o capital social tem uma força de voto maior (Tomazette, 2018).

Esse princípio é um dos principais responsáveis pelo bom funcionamento da atividade econômica empresarial, assumindo relevância para viabilizar o dinamismo da atividade, já que, sem ele, a sociedade seria incapaz de decidir eficazmente sobre temas cotidianos de seu funcionamento, pois seria dependente de uma unanimidade difícil de ser alcançada em todos os momentos.

Além disso, é preciso salientar que o caráter unitário do estatuto inviabiliza a existência de acionistas compromissados e acionistas não compromissados com a possibilidade de se recorrer à arbitragem. Isso porque o princípio da igualdade entre os acionistas impede que investidores de uma mesma classe fiquem submetidos a

regimes jurídicos distintos, sendo que, nesse caso, um grupo estaria vinculado à arbitragem e o outro não (Tomazette, 2018).

A par dos princípios do direito societário, não é possível ignorar os aspectos constitucionais cabíveis nessa questão. Desde a constitucionalização do direito brasileiro, todos os ramos do ordenamento devem ser interpretados de acordo com a Constituição, e o direito societário não foge à regra.

Em destaque, se encontra o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição, que preceitua “a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito” (Brasil, 1988). Mesmo que a interpretação desse artigo possa ser vista como uma instrução apenas para o legislador, não se pode admitir que particulares impeçam o acesso de outros à jurisdição estatal, salvo por meio de convenção entre as partes, que podem livremente estabelecer a resolução arbitral de seus conflitos (Scavone Júnior, 2018).

Segundo Carvalho (2013), vincular acionistas dissidentes ou ausentes à cláusula compromissória estatutária é uma medida inconstitucional, pois haveria renúncia à jurisdição do Estado. Nessa hipótese, por se tratar de abdicação a um direito fundamental do acionista, deveria ela decorrer de expressa manifestação de vontade, não se admitindo presunções ou interpretações extensivas acerca de tal declaração. Logo, fica claro que a liberdade individual de escolha deve ser respeitada.

No Brasil, existe hierarquia entre as normas jurídicas, sendo que uma norma constitucional de eficácia plena, como é o caso do direito de acesso à justiça e a liberdade, não pode ter sua aplicação afastada por uma norma infraconstitucional, que é o caso das normas que regulam os aspectos aqui abordados do direito societário.

Entretanto, a partir da vigência da Lei n.º 13.129/2015, que inseriu o artigo 136-A na LSA, passou a ser expressa a possibilidade de previsão pelo estatuto social de cláusula compromissória, desde que aqueles que não concordem com ela possam exercer o direito de retirada da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações (recesso), exceto nos casos previstos em lei. Sendo assim, restam preservados a liberdade individual e o direito de acesso à justiça dos acionistas.

Os incisos do parágrafo 2º do artigo 136 - A da LSA preveem em quais casos não será possível exercer o direito de retirada, sendo eles: quando a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto representar condição para participação plena no MVM, e quando a inclusão da convenção de arbitragem é efetuada no estatuto social de companhia aberta, cujas ações são dotadas de liquidez e dispersão no mercado.

Após a inclusão desses dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro, foi minimizada a discussão quanto à aplicabilidade da arbitragem e das cláusulas estatutárias compromissórias nas sociedades de capital

aberto. Ademais, Scavone Júnior (2018, p. 62) leciona sobre o tema ao enunciar:

Notadamente nas companhias de capital aberto, a titularidade de ações é facultativa. Caso o investidor opte pela aquisição ou por fazer parte da sociedade anônima, é de se presumir de forma absoluta que avaliou, entendeu e concordou com as disposições estatutárias que constam de registro público na respectiva junta comercial, além de ser digno de nota a inscrição do estatuto social na bolsa de valores ou no mercado de balcão.

Assim, a legislação brasileira pondera os princípios constitucionais e os do direito societário, de modo a atingir um equilíbrio adequado entre ambos, especialmente quando se garante que permaneçam na companhia apenas os acionistas interessados na solução arbitral.

Vantagens da jurisdição arbitral no âmbito das sociedades anônimas de capital aberto

A arbitragem é um mecanismo privado de resolução de conflitos, sendo que é chamado, por vezes, de modelo mais adequado para diversas situações, principalmente quando o mérito pertence a conflitos complexos, que envolvem o aprofundamento em matérias específicas (Cahali, 2018). Destaca-se que a complexidade é justamente uma das principais características dos conflitos empresariais.

Tais conflitos também demandam um

tratamento mais delicado, difícil de ser obtido no Poder Judiciário, que conta com uma enorme demanda de conflitos a serem resolvidos, existindo um colossal volume de trabalho. Ainda, algumas das características da jurisdição estatal são desfavoráveis à resolução de conflitos menos frequentes na pauta judiciária e que contam com alto rigor e especificação técnica (Cahali, 2018).

Quando se estuda a utilização da arbitragem no direito societário, especificamente nas companhias de capital aberto, é possível observar-se benefícios dessa forma de resolução de conflitos, se comparado com a utilização do Poder Judiciário. Como bônus, destacam-se preponderantemente a rapidez, a confidencialidade, a especialização e a maior valorização das ações. Ainda sobre o Poder Judiciário, relata Pereira (2018, p. 145) que:

Assim discursou a ex-Diretora da CVM, Maria Helena Santana, quando da criação do Novo Mercado, no sentido de que o Judiciário brasileiro é lento e não conta com varas especializadas em assuntos societários, o que gera insegurança nos investidores e, conseqüentemente, perda de valor das companhias de capital aberto.

Além das vantagens acima, é preciso destacar a questão da irrecorribilidade da sentença arbitral quanto ao mérito da controvérsia. Apenas a validade da arbitragem pode ser contestada, através da ação anulatória de sentença arbitral. Essa ação pode decretar a nulidade relativa ou absoluta da sentença nos casos previsto pelo artigo 32, da

Lei de Arbitragem. Exemplos de casos que tornam nula a sentença arbitral ocorrem quando a convenção de arbitragem for nula, ou ainda quando for comprovado que a sentença foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva.

Quanto à celeridade, a Lei de Arbitragem estabelece que o processo arbitral seja encerrado em até seis meses após a instituição da arbitragem. Entretanto, é possível que esse prazo seja expandido de acordo com a complexidade das questões e com a vontade das partes ou do árbitro (Cahali, 2018). Certo é que existem estudos relativos ao tempo de duração de arbitragens, dada a importância da celeridade para os envolvidos. Cahali (2018, p. 126) leciona:

Porém, estimativas feitas entre as instituições de arbitragem demonstram, que, na média, mesmo para arbitragens com certas dificuldades, o prazo de resolução é pouco superior a um ano. De qualquer forma, sempre haverá necessidade da fixação do termo final da arbitragem (por lei ou pelas partes), afastando o risco de se eternizar o procedimento.

Mesmo com o prazo máximo geral estimado de um ano, a diferença de velocidade da arbitragem para o juízo estatal é significativa, sendo que uma ação ajuizada junto ao Poder Judiciário pode chegar a levar anos para ser apreciada. Segundo o relatório justiça em números do CNJ de 2018, o tempo médio de duração dos processos na justiça estatal é de 5 anos e 1 mês para acervo, 2 anos e 9 meses para baixas e 2 anos e 2 meses para sentenças (Brasil, 2018).

Ademais, não se pode olvidar que o Estado é responsável por apreciar vários tipos de pedidos, sobre inúmeros temas diferentes. Então, a justiça estatal está saturada e, conseqüentemente, lenta para analisar essas inúmeras demandas da população.

Sobre a questão do tempo transcorrido para a obtenção de uma sentença e o impacto no exercício da atividade empresarial, Tomazette (2018, p. 545) diz:

A solução judicial de disputas no seio da companhia pode representar danos gravíssimos a esta, na medida em que haja uma demora muito grande no resultado da demanda. O transcurso de um longo período de tempo sem a solução do conflito pode comprometer o bom andamento dos negócios sociais, impedindo ou dificultando o sucesso da empresa.

Já tratando da confidencialidade do processo arbitral, destaca-se que o sigilo não é uma característica inerente à arbitragem, mas ele pode ser estabelecido pelas partes, como determina o Código de Processo Civil, em seu artigo 189. Via de regra, é estabelecido em conflitos empresariais já que “a publicidade de tais conflitos pode ser prejudicial à sociedade” (Tomazette, 2018, p. 545).

Ademais, a questão da reserva de publicidade está presente em grande parte das convenções arbitrais e nos regulamentos das principais câmaras de arbitragem institucional (Cahali, 2018).

A vantagem dessa característica fica explícita

ao analisar que as companhias de capital aberto têm como forma de financiamento a emissão de valores mobiliários e o valor de emissão desses valores varia de acordo com diversos fatores, entre eles se encontra a imagem externa da sociedade e a confiança que ela passa para o público sobre a estabilidade e evolução dos lucros provindos da atividade determinada como seu objeto social (Tomazette, 2018).

Se a companhia não se mostra estável, ela deixa de ser um bom investimento e se torna um risco para os investidores. Sendo assim, suas ações perdem em liquidez e em valor, já que a demanda por elas se torna menor e aos poucos a companhia deixa de ser uma alternativa viável e apelativa de investimento. Sobre a reserva de publicidade, Scavone Júnior (2018, p. 23) diz que “Trata-se de vantagem da arbitragem. Isto porque, muitas vezes não interessa aos contendores, notadamente no âmbito empresarial, que suas demandas se tornem públicas, posto que escancarar as entranhas corporativas pode significar o fim do negócio”.

Quanto à especificação técnica do árbitro, é tida como uma das mais reconhecidas vantagens da arbitragem. Essa característica permite que seja efetuada a escolha de um profissional altamente qualificado para a resolução do conflito em questão, sendo que este pode contar com qualidades específicas, como a experiência na área, a conduta e, principalmente, a formação e instrução técnica específica e necessária para a correta resolução de méritos complexos como os presentes no direito societário.

Esse árbitro, escolhido pelas partes, terá grande técnica para apreciar a matéria (Cahali, 2018).

É explícito que os conflitos empresariais demandam um maior cuidado e sensibilidade, principalmente no âmbito das sociedades anônimas de capital aberto, que se configuram como verdadeiras instituições movimentadoras da economia nacional. As companhias de capital aberto necessitam de resolução de controvérsias que visem, além da vitória de uma das partes e a perda da outra, à proteção e conservação da empresa, da atividade econômica desenvolvida (Tomazette, 2018).

Para tanto, o árbitro capacitado e cheio de rigor técnico é mais capaz de decidir corretamente sobre questões como a dissolução parcial e os conflitos entre sócios minoritários e majoritários, de modo que chega a conclusões assertivas de maneira mais rápida e eficaz, buscando sempre a preservação da empresa e a segurança e proteção dos sócios.

Quando se compara o juízo arbitral com a jurisdição estatal em face de questões pouco usuais na rotina dos tribunais, a diferença se torna inegável, sendo que o primeiro se mostra muito mais qualificado para lidar com tais controvérsias. “A solução judicial de questões técnicas impõe a necessária perícia que, além do tempo que demanda, muitas vezes não conta com especialista de confiança das partes do ponto de vista técnico” (Scavone Júnior, 2018, p.22).

Sendo assim, percebe-se que existe uma compatibilidade entre as necessidades precípua para o bom desenvolvimento das atividades empresariais e as características essenciais da arbitragem. Em razão disso, permite-se a conclusão de que a utilização da arbitragem na resolução de conflitos societários é o caminho ideal para a conservação da empresa e para a solução adequada de lides desenvolvidas nesse âmbito, como é o caso dos conflitos surgidos quando há a necessidade da exclusão de um dos sócios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo a atividade empresária um dos pilares para o desenvolvimento econômico e social de um Estado, faz-se precípua sua proteção. A própria Constituição brasileira traz o princípio da conservação da empresa. As sociedades empresariais e as atividades por elas exercidas promovem o desenvolvimento, principalmente porque geram empregos, movimentam a economia e aumentam o Produto Interno Bruto do País.

Qualquer sociedade empresária é importante para a nação, no entanto, as sociedades anônimas de capital aberto são as que mais frequentemente contam com maior quantidade de capital e movimentam grandes valores. Essas sociedades são de grande porte econômico e afetam uma quantidade mais elevada de pessoas, pois geram mais

emprego, movimentam mais renda, produzem mais e prestam mais serviços.

Por isso, envolvem interesses não só dos acionistas, mas também de outros sujeitos, como os órgãos reguladores e fiscalizadores do governo, os empregados, os consumidores e o mercado financeiro. Assim, verifica-se que existe, no exercício da atividade empresarial, uma responsabilidade social, sendo que a função social da empresa precisa ser respeitada e realizada.

Por tais razões, é justificada a preocupação com as formas de se solucionar os conflitos surgidos no seio das sociedades anônimas de capital aberto, já que conflitos societários podem levar a males, como a dissolução da companhia e ao mau desenvolvimento da empresa, o que prejudicaria não só os acionistas, como também todos os outros que são atingidos pelo exercício da atividade.

Nesse contexto, inferiu-se, no desenvolvimento deste trabalho, que a utilização do juízo arbitral para resolução de conflitos é recomendável, devido à congruência de características necessárias à resolução de conflitos empresariais e características típicas da arbitragem, que são a celeridade, a confidencialidade e o alto rigor técnico na apreciação de conflitos.

A realização do estudo permite concluir que a utilização da arbitragem na resolução de conflitos societários é o caminho ideal para a conservação da empresa e para a solução adequada de lides desenvolvidas

nesse âmbito, como é o caso dos conflitos surgidos quando há a necessidade da exclusão de um dos sócios.

A pesquisa aponta a constitucionalidade da arbitragem, bem como seus benefícios na pacificação social, que se mostram como argumentos para a preferência da utilização desse método de resolução de conflitos no âmbito das sociedades anônimas de capital aberto. O trabalho confirmou a hipótese de trabalho e atingiu seu propósito descritivo e exploratório, sendo coerente apontar que nenhum posicionamento é fixo no Direito, que, por si só, tem a característica de ser mutável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em número 2018: ano base 2015*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. *Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. *Lei n. 9.307, de 26 de setembro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. *Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). SE 5.206-Espanha (AgRg). Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 12 de dezembro de 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

BACELLAR, Roberto Portugal, *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. Medição. Conciliação. Tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentário à lei de sociedades anônimas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 28 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Guilherme Setoguti Júlio. *Enforcement e tutela indenizatória no direito societário e no mercado de capitais*. São Paulo: QuartierLatin, 2018.

PITTA, André Grünspun. *A capitalização da empresa e o mercado de valores mobiliários*. São Paulo: QuartierLatin, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe. A atualização da lei de arbitragem. *Revista Brasileira de direito comercial*. Porto Alegre. v. 16. p. 5-15.abr/maio, 2017.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOMAZETTE. Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v.1.

REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR: A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO E A MONOGAMIA COMO VALOR

Elton Dias Xavier¹

Maria Fernanda Soares Fonseca²

INTRODUÇÃO

O texto propõe uma reflexão acerca da possibilidade do reconhecimento jurídico do poliamor, considerando a diversidade dos arranjos familiares que se identifica no tecido social, dentre eles as uniões poliamorosas, foco deste texto, fazendo-se necessário que o direito conheça e principalmente reflita sobre as consequências e os possíveis efeitos jurídicos oriundos dessas uniões.

Nesse contexto, cabe ressaltar os princípios que emergem da Constituição Federal de 1988, especialmente o princípio da afetividade, que ensejam a conceituação da família eudemonista e que podem servir como subsídio teórico para o reconhecimento jurídico do poliamor.

A reflexão acerca da monogamia e da

1 Doutor em Ciências Sociais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais- UFMG.

2 Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social-PPGDS da Universidade Estadual de Montes Claros-UNIMONTES.

afetividade, considerando a primeira como uma regra moral e a segunda como um princípio norteador das relações familiares, é necessária para se discutir e apresentar a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões poliamorosas, que se opõem à monogamia como valor e pregam a liberdade nas relações.

Para desenvolvimento da temática, este texto foi dividido em duas seções, sendo que a primeira seção abordará os princípios constitucionais concernentes ao direito das famílias com foco no princípio da afetividade e na definição da família eudemonista, levando em consideração o direito fundamental à felicidade.

E a segunda seção aborda a possibilidade do reconhecimento jurídico do poliamor, enfrentando a questão proposta pelo Conselho Nacional de Justiça que proíbe o registro dessas uniões nos cartórios brasileiros, buscando-se demonstrar que, em que pese esta proibição, o direito de reconhecimento dessas uniões merece ser garantido, considerando a defesa de uma menor intervenção do Estado nas relações privadas e a constitucionalização do direito das famílias.

Para desenvolvimento da temática foi realizada uma pesquisa qualitativa através da técnica de revisão de literatura.

O princípio da afetividade como elemento norteador do direito das famílias

De plano, cabe ressaltar que os autores optam por utilizar a denominação direito das famílias, e não direito de família, por considerar que são diversos os meios de formação e apresentação das famílias no tecido social, afastando-se da pré-noção de que família é somente aquela formada pelo matrimônio de pessoas heterossexuais.

O direito das famílias vem vivenciando um importante processo evolutivo. A partir de parâmetros históricos, pode-se perceber que a família do novo milênio se mostra um resgate da dignidade da pessoa humana, tão reprimida e oprimida ao longo da evolução da família (Viegas, 2017, p. 113).

Neste sentido, Viegas (2017) afirma que, com o transcurso do tempo e a transformação das legislações, passou-se a observar que o livre exercício da autonomia privada e a preservação da dignidade, fazem com que o Estado deixe aquele antigo papel de impor determinado modelo de família. Neste contexto, destaca Maluf (2010) que o estudo do direito das famílias deve começar por noções de caráter sociológico, pois, neste ramo em específico, verifica-se o quanto as normas jurídicas são moldadas pelos conteúdos sociais.

San Tiago Dantas destaca, numa visão sociológica, o aspecto de coesão do grupo: ' a família é um grupo social que os sociólogos estudam sempre que discorrem sobre o Estado, a tribo, o clã, a

pátria, enfim todos esses aglomerados humanos nos quais se descobre um laço coesivo de relativa permanência. (Maluf, 2010, p. 05).

Assim sendo, Pereira (2012) identifica que a família não é um fato da natureza, mas um fato cultural, explicando,

Jacques Lacan, em 1938, escrevendo para o tomo VIII da *Encyclopédie Française*, em seu texto A Família (publicado no Brasil com o nome *Complexos Familiares*), vem exatamente marcar a diferença, mostrando que a família não é um grupo natural, mas cultural. Ela não se constitui apenas por homem, mulher e filhos. Ela é, antes, uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico. Exatamente por ser uma questão de lugar e de função, que é possível, no Direito, que se faça e que exista o instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar, de pai ou de mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos (Pereira, 2012, p. 10).

Feitos esses esclarecimentos iniciais, quanto à legislação, o ponto de partida deste texto é a Constituição Federal de 1988, que transformou o arcabouço jurídico brasileiro por trazer em seu bojo direito e garantias que respeitam o princípio da dignidade da pessoa humana,

elevando-o a fundamento da República e transformando, portanto, a forma de se compreender as famílias.

[...] a constitucionalização do Direito Civil promoveu a repersonalização do Direito Privado, mola propulsora para a valorização do ser humano em detrimento do seu patrimônio. A pessoa humana passou a ser o centro de importância do ordenamento jurídico elevando sua dignidade à condição de princípio fundamental da Constituição. Sob esse feixe luminoso trazido pela Constituição Federal de 1988, a família deixou de ser um instituto formal e absoluto para se transformar em um *locus* facilitador do desenvolvimento da personalidade e da realização pessoal de seus membros [...] (Soalheiro, 2019, p. 52).

Assim sendo, conforme Maluf (2010, p. 30), a dignidade da pessoa humana, colocada como ápice do ordenamento jurídico como princípio fundamental, permeia de forma intrínseca o direito das famílias visando à realização dos seus membros, e “[...] estabelece, nesse sentido, a família, na contemporaneidade, uma forma mais plural e menos conservadora, mais democrática e menos autoritária, mais humanizada e voltada para a valorização do homem e respeito aos direitos humanos”.

A supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encontra fértil terreno na formação da família, que merece especial proteção do Estado, independentemente de sua espécie conformativa [...] Entendemos, assim, que na concepção principiológica da atualidade

encontra-se a base para o reconhecimento de diversas formas de entidades familiares, que vêm paulatinamente alçando-se de legitimidade para funcionar como o *locus* onde o homem desenvolve sua personalidade, seu afeto, suas potencialidades, tendo em vista seus interesses valorativos. (Maluf, 2010, p. 30).

Quanto ao princípio do pluralismo familiar, Soalheiro (2019) afirma que o artigo 226 da referida Constituição o consubstancia ao considerar que não mais apenas o casamento é a única forma de constituição de família, ensejando a possibilidade de formação de outras entidades familiares.

Neste contexto, admitida a pluralidade familiar pelo constituinte, Viegas (2017, p. 141) afirma que “o Direito Civil não pode mais negar as novas formas de convivência intersubjetiva, pois, cuida-se antes de tudo de uma realidade sociológica que precede o direito”.

Com relação à afetividade, necessário se faz trazê-la à lume na perspectiva de considerá-la elemento central do núcleo familiar. E, para tanto, a referida análise será feita em conjunto com uma reflexão acerca da monogamia, pois, conforme Santiago (2015, p. 57) “qualificar a afetividade como princípio e a monogamia como valor é providência imprescindível para possibilitar o reconhecimento jurídico do poliamorismo”.

De plano, conforme o supracitado autor, a monogamia é um dos dogmas do direito das famílias,

afirmando que alguns autores e os Tribunais erroneamente a consideram um princípio jurídico orientador das relações familiares, sem, contudo, considerar todo o arcabouço pós-moderno do direito das famílias, acostumados a partir de premissas tradicionais e ultrapassadas.

Contudo, a monogamia não pode se revestir de pretensão de obrigatoriedade e universalidade diante do atual cenário da família brasileira, vocacionado à realização da pessoa humana e de sua felicidade em detrimento de qualquer dogma, inclusive a monogamia. Foi-se o tempo em que o padrão relacional imposto pela sociedade vinculava todos os indivíduos, uma vez que a família passa a ser um ambiente democrático por excelência (Santiago, 2015, p. 56).

Assim como Santiago (2015, p. 111), estes autores se alinham à corrente que nega caráter principiológico à monogamia “[...] sendo assim, a monogamia pode ser considerada como função ordenadora da família. Entretanto, a uniconjugalidade, embora dotada de valor jurídico, não passa de um sistema de regras morais.”

Entender a monogamia como um princípio significa admitir que a despeito da constitucionalização do Direito das Famílias, da consagração constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, do reconhecimento constitucional da pluralidade das relações familiares e da família funcionalizada ao desenvolvimento da personalidade de cada um de seus integrantes, da necessidade de mínima intervenção do Estado na família, enfim, a despeito

do nível de evolução do Direito das Famílias pós-moderno – o ente público tem o poder de impor a monogamia a todos aqueles subordinados à sua autoridade [...] Como o princípio é dotado de força normativa isto é, impõe um verdadeiro dever ser, situando-se no plano deontológico, qualquer relacionamento íntimo, sexual e/ou amoroso que contrarie os preceitos monogâmicos contraria, em verdade, um dever ser reconhecido pelo Direito brasileiro, violando a normatividade da monogamia enquanto princípio do Direito das Famílias. Esse é um raciocínio preconceituoso, inconstitucional e que não encontra fundamento frente ao atual cenário do Direito das Famílias e à tábua axiológica estabelecida pela Constituição de 1988 (Santiago, 2015, p. 113).

Acrescenta-se que, afirma Santiago (2015), que já foi amplamente demonstrado em estudos antropológicos que não há naturalidade nos comportamentos monogâmicos, pouco importando se o tipo familiar monogâmico é dominante no mundo ocidental, na medida em que, após o advento da Constituição de 1988, não mais se realiza a tutela da família em si, mas da família funcionalizada à dignidade de seus integrantes.

Feitos estes esclarecimentos, pontua-se que, nos termos apresentados por Santiago (2015), não há dúvida quanto à qualificação da afetividade como princípio, que irradia seus efeitos para todas as relações familiares e deve ser observado por todos os integrantes da família. Neste sentido, o autor afirma que no século XIX a família era determinada essencialmente por um caráter patriarcal e patrimonial, no

entanto, com o transcurso do tempo, a entidade familiar sofreu grandes transformações e passou a ter um novo perfil, orientado para a efetivação de interesses afetivos e menos para questões atinentes à consanguinidade e patrimônio. Para o autor a “[...] nova família, compreendida como uma comunidade de afeto, foi consagrada pela Constituição de 1988 [...]” (Santiago, 2015, p. 58).

Quanto à relevância do afeto, cabe salientar,

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada, em muitos casos, a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar (Madaleno, 2018, p. 145).

Portanto, o princípio da afetividade, conforme Santiago (2015), é a base para todos os princípios fundamentais norteadores do direito das famílias, pois emerge a partir do momento em que a família deixa de ser uma esfera econômica e de reprodução.

Por outro lado, cabe salientar, que “a

afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações”, conforme Lôbo (2011, p. 71).

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. Essa virada de Copérnico foi bem apreendida por Orlando Gomes: ‘O que há de novo é a tendência para fazer da *affectio* a *ratio* única do casamento’. Não somente do casamento, mas de todas as entidades familiares e das relações de filiação (Lôbo, 2011, p. 72).

Santiago (2015) conclui acerca da natureza principiológica da afetividade, pois afirma que ela estabelece diretamente fins ou estados ideais de coisas a serem atingidas, pois vincula-se à dignidade humana, à liberdade, igualdade, solidariedade e desenvolvimento da personalidade, dentre outros os fins tutelados pelo direito das famílias. Acrescenta que “a afetividade ultrapassa o mero estabelecimento de fins, na medida em que, por ser um princípio, não se esgota no plano axiológico, isto é, não é um mero valor, projetando efeitos no plano normativo, por possuir força normativa” (Santiago, 2015, p. 79).

Posto isto, é com fundamento nesta concepção que se pode falar da família eudemonista que, no lugar da família patriarcal e matrimonializada relaciona-se, sobretudo, ao fato de seus membros estarem vinculados pelo afeto e pela busca da felicidade.

Abandonou-se, portanto, a estrutura familiar clássica, patriarcal, hierárquica, para se admitir uma nova unidade familiar socioafetiva, permeada pelo afeto e ajuda recíproca, organização subjetiva fundamental voltada para a construção individual da felicidade dos seus integrantes, vertente intimamente conectada com os fundamentos da filosofia eudemonista de Aristóteles – em ética das virtudes – que se resume na palavra felicidade (Viegas, 2017, p. 115).

Do mesmo modo apresenta-se,

O termo família eudemonista é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros. O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque, ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade (Madaleno, 2018, p. 69).

Neste sentido, Viegas (2017, p. 119) afirma ser a felicidade um direito fundamental, e, por isso, compete ao Estado garantir a possibilidade de desenvolvimento das pessoas no âmbito das famílias, esclarecendo que cabe ao legislador criar diretrizes aptas à proteção ao direito da

felicidade e normas capazes de incluir os “grupos minoritários familiares eudemonistas, de modo a acompanhar a dinâmica social no campo das famílias”.

Diante do exposto, foi possível observar que, após a vigência da Constituição Federal de 1988, rompe-se com o conceito monolítico de família, sendo que, conforme Viegas (2017), a organização familiar passou a ser instrumental, afetiva, pluralizada, igualitária e democrática, voltada para a busca da felicidade.

Nasce a concepção eudemonista da família, pela qual os arranjos familiares passam a levar em conta a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes, assegurando ao indivíduo relações de igualdade e de respeito mútuo. A manifestação de vontade voltada para a reprodução e perpetuação do patrimônio deixa de ser o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais para dar lugar à afetividade. A família transmuda-se de unidade produtiva para uma unidade plural e socioafetiva, a qual o afeto entre as pessoas orienta e possibilita o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes (Viegas, 2017, p. 140).

Portanto, diante de tal contexto, necessário se faz pensar acerca das uniões poliamorosas, que, conforme se verá na próxima seção, não são reconhecidas pelo direito, em que pese toda a transformação principiológica aqui defendida e demonstrada.

Entende-se, portanto, que conforme restou demonstrado que não se mostra justo, considerando tal

arcabouço constitucional vigente, excluir grupos, ainda minoritários, que optam por vivenciar determinado tipo de relacionamento, como o poliamor, e, não ter o devido reconhecimento pelo direito, permanecendo à margem das decisões judiciais.

A possibilidade de reconhecimento jurídico do poliamor

Inicialmente apresenta-se que o poliamor é definido como o envolvimento, íntimo, sexual ou apenas amoroso, de três ou mais pessoas.

Etimologicamente, a palavra Poliamor se divide entre a origem grega 'polí' – muitos ou vários e o latim 'amore' – amor, isto é, vários amores ou amor por várias pessoas. O poliamor, nasce, então, da conclusão corajosa de que é possível amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo, afinal ninguém é de ninguém (Viegas, 2017, p. 236).

Em que pese não se encontrar grandes divergências quanto à conceituação do termo, também não se verifica um conceito exatamente homogêneo, mas, pode-se considerar, conforme Viegas (2017) que é uma forma de relacionamento não monogâmico em que se relacionam três ou mais pessoas, de forma simultânea e consentida, tendo por base a lealdade, honestidade, o amor e a ética.

Importa destacar, conforme Santiago (2015), que o caráter ético do poliamor deriva de sua ênfase no

amor, na intimidade no compromisso, no consenso e na honestidade, sendo que tal modo de convivência não se relaciona unicamente às práticas sexuais, pois seu enfoque não é a questão do sexo, mas sim da intimidade e do sentimento.

De acordo com a professora norte-americana Jade Aguilar (2013, p. 106) as características que servem de guia para os praticantes do poliamor são: (i) a não exclusividade amorosa e sexual; (ii) a autonomia das pessoas; (iii) a transparência e a honestidade no trato com seus parceiros; e (iv) a valorização da intimidade, carinho, igualdade e comunicação (Santiago, 2015, p. 151).

Quanto aos valores promovidos pelos praticantes do poliamor identifica-se: a honestidade, o crescimento pessoal, a igualdade, a comunicação, a não possessividade e a intimidade (Santiago, 2015).

Esta é a família poliafetiva, integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher, ou somente entre duas pessoas do mesmo sexo, vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional. É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infiéis quando homens e mulheres convivem abertamente relações apaixonadas envolvendo mais de duas pessoas. Vivem todos em notória ponderação de princípios, cujo somatório se distancia da monogamia e busca a tutela de seu grupo familiar escorado no elo do afeto. A começar com o princípio do pluralismo das entidades

familiares, consagrado pela Carta Política de 1988, que viu no matrimônio apenas uma das formas de constituição da família, admitindo, portanto, outros modelos que não se esgotam nas opções exemplificativamente elencadas pela Constituição Federal, não havendo mais dúvida alguma acerca da diversidade familiar depois do reconhecimento pelo STF das uniões homoafetivas, que terminou com qualquer processo social de exclusão de famílias diferentes (Madaleno, 2018, p. 66).

Quanto à origem do termo e do surgimento das discussões acerca da temática apresenta-se,

O termo original da palavra polyamory surgiu nos Estados Unidos, em 1990, no Glossário de Terminologia Relacional escrito pela Igreja de Todos os Mundos, instituição neo-pagã. Nesse contexto, a palavra ficou inicialmente restrita a um público específico, tendo sido criada, mas não desfrutando de circulação suficiente para tornar-se referência. Saindo do espaço restrito para o mundo externo em 1992, o termo surgiu em grupos de discussão pela internet que buscavam solucionar problemas práticos amorosos como sinônimo de “não monogamia”. Foi a partir da internet, então, que o termo espalhou-se pelo mundo, sendo nos países de língua portuguesa traduzido para poliamor (Cardoso, 2010). Nos anos 2000, a criação de blogs oficiais no Brasil e a expansão das redes sociais ampliaram a discussão sobre a prática entre brasileiros (Perez; Palma, 2018, p. 03).

Estatisticamente, Lins (2017) afirma que estimativas apontam que 30% (trinta por cento) da população adulta é poliamorosa, contudo afirma ser difícil se obter um número preciso, pois, de forma equivocada, muitos associam

poliamor à traição.

Apresentado o conceito e contextualizado o surgimento do termo, passa-se à discussão acerca da relação entre direito e poliamor no Brasil.

De plano, Santiago (2015) afirma que o fato de o poliamor abrir uma nova dimensão para o entendimento e a prática de relacionamentos íntimos e afetivos, que tem o condão de projetar efeitos na esfera do direito, é essencial entender a concepção desse fenômeno social para ser possível delimitar e demonstrar a possibilidade de constituição de uma entidade familiar a partir dessa nova perspectiva.

A seu turno, Viegas (2017) identifica muitas contradições ao se deparar com um arcabouço constitucional que almeja a efetivação de direitos fundamentais, enquanto se verifica uma certa aflição na sociedade quando se fala em família plural, sobretudo poliamorosa, considerando estar fora do convencional.

Fato é que a não monogamia tem assustado os conservadores e estes não se acanham em se pronunciar pelo não reconhecimento de direitos aos 'poliafetivos', apresentando como único fundamento a imposição da monogamia, como única possibilidade de conformação familiar existente no sistema jurídico brasileiro (Viegas, 2017, p. 227).

Corroborando com o exposto, Santiago (2015) afirma que no âmbito social as relações não monogâmicas consensuais são marginalizadas e demonizadas, tratadas

como patologia e destinadas à falta de proteção normativa aos seus praticantes.

O fato de a monogamia ser a identidade relacional que conta com um maior número de adeptos na sociedade ocidental só serve para se definir estatísticas. Não é possível impedir que praticantes do poliamor – dotados de dignidade, liberdade, autonomia e autodeterminação afetiva – vivenciem uniões estáveis ou matrimônios a partir do simples fundamento de esse não ser o padrão dominante de relacionamentos no mundo ocidental (Santiago, 2015, p. 217).

Diante deste cenário, fato é que o poliamor e seus praticantes existem, contudo não se pode afirmar que têm seus direitos reconhecidos e, por este motivo, alguns tentaram resguardar seus direitos registrando suas uniões em cartórios.

[...] a família poliafetiva, da qual os periódicos deram notícia a partir de uma escritura pública lavrada em agosto de 2012, em cartório localizado na cidade de Tupã, no interior de São Paulo. Trata-se de um triângulo amoroso, constituído pela relação afetiva de um homem e duas mulheres, vivendo todos sob o mesmo teto, em convivência consentida e que no passado era veementemente reprimida e socialmente maculada como uma abjeta, ilegítima e antissocial poligamia. Em tempos de exaltação do afeto como condição de formação do núcleo familiar, a relação amorosa triangular é denominada de união poliafetiva, e tantas outras pode se supor que existam neste imenso território brasileiro, mas que ainda não decidiram sair do armário, para tomar emprestada uma expressão que teve enorme influência no

movimento social que resultou na aclamação jurídica da união homoafetiva. Deste armário saiu pioneiramente este trio de São Paulo, que decidiu oficializar sua relação afetiva e enfrentar o dogma da monogamia, consignando a existência de uma união afetiva entre um homem e duas mulheres que afirmam viverem em harmônica coabitação em uma única moradia, não se confundindo nesse aspecto com uma família paralela, na qual um homem, em regra, vive ao mesmo tempo com duas mulheres, mas em residências distintas (Madaleno, 2018, p. 65).

Assim, além do supramencionado registro da união estável entre um homem e duas mulheres na cidade de Tupã, em São Paulo, no ano de 2012, Rotondono (2018) explicita que, em 2015, foram noticiados pelo menos mais dois casos, sendo um registro de união estável entre três mulheres no 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, e o registro de uma união estável entre um homem e duas mulheres em um cartório da cidade de Jundiaí, em São Paulo. No ano de 2016, o autor acrescenta que ao menos um caso adicional de relacionamento poliafetivo registrado em cartório foi noticiado, entre um homem e duas mulheres – sendo que a tabeliã alega haver um caso registrado de união entre cinco conviventes, sendo três homens e duas mulheres.

Ocorre que este panorama levou o Conselho Nacional de Justiça a pedir aos cartórios que suspendessem as escrituras de relacionamento poliafetivo, até que o tema seja analisado com maior propriedade.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família

(IBDFAM) noticiou em junho de 2018³ que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu pela procedência do pedido de providência 1459-08.2016.2.00.0000, sendo que o placar final da votação foi de 7 votos pela proibição do registro de escrituras públicas de uniões poliafetivas, nos termos do voto do ministro relator, João Otávio de Noronha, sendo que 5 votos acompanhando a divergência parcial do conselheiro Aloysio Corrêa para permitir o registro, mas, sem a equiparação com os direitos da união estável, e um voto totalmente divergente, do conselheiro Luciano Frota, pela improcedência do pedido.

Do mesmo modo, de acordo com a notícia veiculada pelo próprio CNJ⁴, o plenário decidiu, em 26 de junho de 2018, que os cartórios brasileiros não podem registrar uniões poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas, em escrituras públicas. A maioria dos conselheiros considerou que esse tipo de documento atesta um ato de fé pública e, portanto, implica o reconhecimento de direitos garantidos a casais ligados por casamento ou união estável – herança ou previdenciários, por exemplo. Na referida decisão, o CNJ determina que as corregedorias-gerais de Justiça proíbam os cartórios de seus respectivos estados de lavrar escrituras públicas para registrar uniões poliafetivas.

3 Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6672/CNJ+pro%C3%ADbe+cart%C3%B3rios+de+fazerem+escrituras+p%C3%BAAblicas+de+uni%C3%B5es+poliafetivas>. Acesso em 20 de junho de 2019.

4 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>. Acesso em 20 de junho de 2019.

Cabe frisar que a decisão atendeu a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões, que acionou o CNJ contra dois cartórios de comarcas paulistas, em São Vicente e em Tupã, que teriam lavrado escrituras de uniões estáveis poliafetivas.

A decisão do CNJ acirrou a discussão acerca da possibilidade jurídica do reconhecimento das uniões poliamorosas, sendo que o presente texto objetiva apresentar os motivos pelos quais o sistema jurídico deve reconhecer tais uniões.

Inicialmente, conforme expõe Santiago (2015), a partir dos reflexos da constitucionalização do Direito das Famílias é possível se afirmar que as relações poliamorosas são capazes de originar entidades familiares que merecem a proteção do direito, sendo essencial seu reconhecimento jurídico.

A família deve ser o reflexo de valores e vivências subjetivas, e não de valores objetivamente impostos pela aparente vontade do texto legal. Em outras palavras, a produção de efeitos jurídicos de uma verdadeira entidade familiar – aqui caracterizada pela relação de poliamor – não pode ser restringida sem qualquer fundamento pela análise objetiva do texto da lei, da Constituição ou de qualquer outro diploma normativo (Santiago, 2015, p. 157).

Ademais, ainda conforme Santiago (2015), considerando a pluralidade das famílias, o espaço familiar deve abranger novos sentidos, entre os quais

os que caracterizam as relações poliamorosas, pois estas configuram uma organização social-familiar que almeja o desenvolvimento da personalidade dos que a integram.

Do mesmo modo Rotondono (2018) afirma que a imposição de um modelo de organização familiar obrigatório aos cidadãos pelo Estado é uma ofensa à liberdade do cidadão de escolher a entidade familiar que melhor lhe aprouver, e assim concretizar sua plena realização pessoal.

[...] Em uma sociedade marcada pela pluralidade e pela diversidade, nada mais justo do que privilegiar e defender a diversidade e a diferença, primando pela tolerância entre os mais diferenciados pontos de vista. Consequentemente, a entidade familiar poliamorosa passa a encontrar seu espaço dentro do cenário jurídico nacional. Caem por terra todas as proibições relativas a este modelo de organização familiar, sendo reconhecida ao particular a livre oportunidade de optar pelo regime de convivência afetiva com o qual se identificar (Rotondono, 2018, p. 154).

Destaca-se que Madaleno (2018) afirma que o poliamor inspira-se nos valores supremos da dignidade humana e no afeto, princípios constitucionais presentes na construção dos vínculos familiares.

[...] quando a Carta Federal tutela a pluralidade familiar, justifica sua função a partir da promoção da pessoa humana, literalmente desencarnada do seu precedente biológico e do seu viés econômico, para fincar os elos psicológicos do afeto e sua comunhão contígua e solidária, os quais se sobrepõem aos valores materiais e hereditários

valorizados no passado. Esta família do presente parte de uma relação de estabilidade, coabitação em regra e do livre desejo de criar um núcleo familiar de proteção recíproca, solidariedade e interdependência econômica, tudo inserido em um projeto de vida em comum que destoa do tipo familiar de uma única configuração, pois isto nem mesmo a Constituição Federal continua defendendo. Sujeito de direitos, cada partícipe dessa diversidade familiar tem a liberdade de formar ou não sua própria família, sem ser obrigado a aderir a um modelo único de um elenco fechado de entidade familiar, diante de um perfil de família plural (Madaleno, 2018, p. 65-66).

Portanto, Santiago (2015) apresenta que com subsídio nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade nas relações familiares, da solidariedade familiar, da igualdade, da afetividade, da especial proteção reservada à família, do pluralismo das entidades familiares e da mínima intervenção do Estado na família, constrói-se a possibilidade do reconhecimento jurídico do poliamor.

Por fim, quanto aos efeitos jurídicos do poliamor, Santiago (2015) afirma que todos os efeitos dos direitos das famílias, das sucessões e previdenciário, dentre outros, são aplicáveis às uniões poliamorosas, a fim de se evitar injustiças e fragilização dos membros dessas famílias, sob pena, ainda, de se excluir direitos fundamentais de forma indevida, atentando contra a dignidade de seus integrantes.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, conforme Santiago (2015), a constitucionalização do direito

civil implica uma releitura de suas regras e princípios, tendo a Constituição como guia para a interpretação de toda norma jurídica, e, considerando que não há argumento legítimo no direito das famílias que não se baseie na Constituição, não há que se falar em impossibilidade de reconhecimento jurídico do poliamor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, foi realizada uma análise de alguns princípios constitucionais relacionando-os com o direito das famílias, com ênfase na afetividade, pluralismo das famílias e dignidade da pessoa humana.

De início, cabe frisar que a família sofreu grandes transformações ao longo do tempo, passando de uma entidade marcadamente patriarcal e formada unicamente pelo matrimônio, cedendo lugar para uma universalidade de formações e faces, destacando-se o afeto como principal elemento das novas famílias, denominadas eudemonistas.

Foi possível observar, ainda, que a constitucionalização do direito civil proporciona se afirmar que existe a possibilidade de reconhecimento jurídico do poliamor, subsidiando-se inicialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, que se alçou à qualidade de fundamento da República Federativa do Brasil, através da Constituição Federal de 1988. Assim como a reflexão acerca da afetividade como elemento central das entidades familiares,

e da monogamia não mais como princípio, mas como valor, de modo que não se trata de uma obrigatoriedade, mas, sim, de uma escolha, se percorre o caminho de compreensão de que as uniões poliamorosas merecem a proteção legal.

Em que pese a proibição dos registros das famílias polimorosas, emanada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2018, com fundamento em princípios constitucionais é possível se afirmar a flagrante inconstitucionalidade de tal decisão, que fere principalmente a dignidade dos integrantes destas famílias que almejam tal reconhecimento e que são obrigados a permanecer à margem da sociedade, clamando por reconhecimento jurídico, sem proteção legal.

Constata-se, portanto, que o verdadeiro Estado Democrático de Direito impõe o respeito à liberdade e à mínima intervenção do Estado na escolha dos indivíduos, especialmente no que concerne às famílias, devendo o sistema jurídico amparar e proteger todas as entidades familiares, independentemente de forma, feição, nome ou definição.

REFERÊNCIAS

LINS, Regina Navarro. *Novas formas de amar*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREZ, Tatiana Spalding; PALMA, Yáskara Arrial. Amar amores: o poliamor na contemporaneidade. *Revista Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 30, 2018.

ROTONDONO, Ricardo Oliveira. Fundamentos pela abertura jurídica ao poliamor: liberdade, democracia e pluralismo. *Rejur- Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v.2, n. 3, jan./jun. 2018, p. 139-156.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. *Famílias simultâneas: um arranjo familiar não monogâmico*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias poliafetivas: uma análise sob a óptica da principiologia jurídica contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

AS ALTERAÇÕES NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ADVINDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA DA LIBERDADE ECONÔMICA

Herbert Alcântara Ferreira¹

Wellington de Oliveira Félix²

João Gabriel da Silveira Majuste³

Luiz Gustavo Barbosa Leite⁴

Introdução

É cristalino que, nos últimos anos, a atuação estatal mais liberal ganhou maior número de adeptos no Brasil e em grande parte do Ocidente, em prejuízo dos que defendem uma postura mais intervencionista por parte do Estado.

Dessa forma, nas eleições presidenciais do ano de 2018, justamente com esse discurso, o povo brasileiro elegeu o candidato Jair Messias Bolsonaro, atual Presidente da República, que prometera, entre outras coisas, refinar o

1 Professor do curso de Direito na Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

2 Mestre pela UFMG. Pós-Graduado pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES e Faculdades Integradas Pitágoras. Professor da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Advogado.

3 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros.

4 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros.

trato aos empreendedores no âmbito interno.

Nesse contexto, de rápida resposta aos eleitores, houve a edição da Medida Provisória (MP) 881, publicada em 30 de abril de 2019.

A referida MP logo foi apelidada, vulgarmente, como Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, ou apenas MP da Liberdade Econômica. O apelido é oportuno, do ponto de vista que a MP possui, como finalidade precípua e declarada, a proteção da livre iniciativa e do livre exercício de atividades econômicas, princípios estes de índole constitucional (Tartuce, 2019).

Entre as várias sensíveis mudanças que a MP 881 trouxe ao ordenamento jurídico, algumas louváveis outras nem tanto, merece destacar as atribuídas ao artigo 50 do Código Civil de 2002 (CC/02), diploma legal este que disciplina a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, e que possui grande destaque na práxis forense.

Outrossim, o referido dispositivo possui relevância na prática econômica, como não poderia ser diferente, dada a finalidade da MP em voga, pois versa sobre a possibilidade da responsabilização dos bens pessoais dos sócios e administradores de uma pessoa jurídica, o que atinge a vontade daqueles que querem investir seus recursos no país.

Nos termos expostos, o presente capítulo tem, como principal objetivo, a apresentação das mudanças

que a MP 881 trouxe à teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, bem como seus reflexos na prática jurídica e, indiretamente, na ordem econômica e financeira.

Pessoa jurídica e personalidade jurídica: aspectos essenciais à compreensão do tema “Desconsideração da Personalidade Jurídica”

Antes de qualquer tratativa sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica, é forçoso um breve estudo sobre a pessoa jurídica e a personalidade jurídica, predecessores lógicos sem os quais restaria dificultosa a compreensão da matéria objeto deste artigo.

Pode-se dizer, sem dúvidas, que o surgimento das pessoas jurídicas se deu em razão da necessidade humana de se agrupar para garantir sua subsistência e realizar seus propósitos (Gagliano; Pamplona Filho, 2017), uma vez que o homem sozinho possui diversas deficiências.

Seu conceito, no entanto, foi moldado paulatinamente, recebendo substancial contribuição do Direito Canônico na Idade Média, mas se consolidando no ordenamento jurídico, nos termos concebidos atualmente, apenas no final do século XVIII e início do século XIX, pela consagrada doutrina alemã (Carnacchioni, 2018).

As doutrinas modernas, portanto, inspiradas pela doutrina alemã retrocitada, conceituam a pessoa jurídica sem grandes divergências.

Nesta oportunidade, merece ser citada a singela, mas completa, conceituação dos doutrinadores Figueiredo e Figueiredo (2018, p. 193): “Em síntese, em um conceito inicial, podemos dizer que a pessoa jurídica é a soma de esforços humanos (corporação) ou patrimoniais (fundação), tendente a uma finalidade lícita, específica e constituída na forma da lei”.

O referido conceito adianta um aspecto fundamental na compreensão do conteúdo, que é a adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, precisamente no artigo 45 do CC/2002⁵, da teoria da realidade técnica, que explica a natureza da pessoa jurídica.

Ato contínuo, a teoria em comento explica que a pessoa jurídica possui existência e atuação social real desde antes de sua formalização, mas a aquisição da personalidade jurídica é condicionada à submissão da vontade das pessoas naturais, que querem constituir uma pessoa jurídica, aos requisitos legais (como a inscrição do ato constitutivo quanto às pessoas jurídicas de Direito Privado, ou a mera previsão legal, no caso das pessoas jurídicas de Direito Público) (Carnacchioni, 2018).

Em tempo, deve ser destacado que a pessoa jurídica se constitui, sempre, com um propósito determinado, com uma razão de ser (Gagliano; Pamplona Filho, 2017).

Tal informação é extremamente relevante, pois

5 Artigo 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo (Brasil, 2002).

a desconsideração da personalidade jurídica possui conexão direta com esse pressuposto da pessoa jurídica.

Em outro giro, a aquisição da personalidade jurídica, que atribui a característica de sujeito de direito à pessoa (natural ou jurídica), produz como consequência lógica uma série de efeitos.

No caso da pessoa jurídica, um dos efeitos de sua aquisição é a autonomia patrimonial em relação às pessoas naturais que a integram. Em outros termos, diz-se que a pessoa jurídica adquire patrimônio próprio e desvinculado de seus membros, o qual será utilizado em sua atuação no mundo jurídico e na consecução das suas finalidades e objetivos (Carnacchioni, 2018).

Nesses termos, como bem será trabalhado no capítulo seguinte, é necessário dizer que são justamente esses dois elementos, quais sejam, o princípio da autonomia patrimonial e a finalidade da pessoa jurídica (pressuposto de sua existência), que constituem a base para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica: pressupostos para sua incidência e as teorias da desconsideração vigentes no Brasil.

Como anteriormente salientado, toda pessoa jurídica é criada com um objetivo específico, ou seja, com uma razão de ser, o que é inclusive um de seus pressupostos

existenciais, sendo que tal fim deve constar em seu ato constitutivo ou em na lei que a instituiu.

O estabelecimento de tal objetivo é de relevante importância, posto que delimita a capacidade da pessoa jurídica e seu respectivo campo de atuação, que, aliás, deve estar, sempre, em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e com a sua função social (Carnacchioni,2018).

Ocorre que, não raramente, a pessoa jurídica é manuseada de modo a atropelar as garantias constitucionais as quais deve subordinação, e causar prejuízos a terceiros, momento em que se faz necessária a desconsideração de um dos efeitos da aquisição da personalidade jurídica, qual seja a autonomia patrimonial em relação aos seus componentes. Nesse caso, os sócios e administradores da pessoa jurídica responderão, com seus patrimônios pessoais, por alguma obrigação específica contraída pela pessoa jurídica. Eis aqui a dinâmica básica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também chamada de teoria *disregard doctrine* (Carnacchioni, 2018).

No âmbito do *common law*, precisamente na Inglaterra do século XIX, a teoria em comento se desenvolveu como uma sanção à má administração dolosa da pessoa jurídica, mas adentrou no ordenamento jurídico nacional, tardiamente, com modificações substanciais que deturparam todo o instituto.

Uma das principais previsões dessa teoria na

legislação brasileira surgiu no ano de 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC/1990). No artigo 28⁶ do referido diploma, o legislador disciplinou uma das hipóteses do que se conhece hoje como a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, aplicável quando averiguado apenas um elemento, qual seja o prejuízo ao credor por ato atribuível à pessoa jurídica (Tartuce, 2019).

É preciso ressaltar, desde já, que a teoria menor possui aplicação apenas em obrigações de três naturezas distintas: as de natureza consumerista, ambiental e trabalhista.

A justificativa da aplicação dessa teoria se dá pelo caráter relativamente sensível da obrigação, em que o inadimplemento da obrigação, por si só, configura-se como séria violação aos princípios constitucionais já comentados (Carnacchioni, 2018).

Entretanto, cabe pontuar que a MP 881/2019 não trouxe nenhuma inovação à teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, haja vista que sua reforma operou-se sobre o artigo 50 do Código Civil, que adotou teoria diversa, qual seja a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.

Dessa forma, o diploma civilista de 2002, ao

6 Artigo 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (Brasil, 1990).

regulamentar a referida teoria, consagrou

[...] uma linha objetivista, que prescindia da existência de elemento anímico ou intencional (propósito ou dolo específico de fraudar a lei ou de cometer um ilícito), adotando-se, como já mencionado acima, a denominada “Teoria Maior da Desconsideração”, a qual exige a prova do abuso, diferentemente da “Teoria Menor”, aplicada na seara do Direito do Consumidor, Ambiental, bem como na Justiça do Trabalho (Gagliano; Pamplona Filho, 2017, p. 125).

Com efeito, verifica-se que essa previsão normativa se aproximou da teoria pura da desconsideração da personalidade jurídica, julgando necessária para sua efetivação a existência do abuso.

Todavia, o mencionado diploma dispensou qualquer elemento subjetivo na condução da pessoa jurídica, autorizando a desconsideração nos casos em que houvesse abuso por mera culpa. Outrossim, delimitou o abuso de personalidade jurídica como sendo o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, o que não estava presente na teoria pura. Em razão desses dois elementos destoantes da teoria que se originou na Inglaterra, pode ser dito que o Brasil produziu duas novas teorias para a desconsideração da personalidade jurídica, haja vista que nenhuma delas coaduna-se com a desenvolvida na Inglaterra (Carnacchioni, 2018).

Ainda cabe dizer que o legislador, ao definir como abuso de personalidade a confusão patrimonial e

o desvio de finalidade, não foi além nos conceitos dessas modalidades de abuso e abriu espaço à atuação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Nessa toada, como será visto adiante, a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica passou por debates doutrinários e jurisprudenciais acirrados, muito em virtude da opção legislativa, quando da edição do CC/2002, por atribuir a característica de conceito legal indeterminado às expressões “confusão patrimonial” e “desvio de finalidade”.

Aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica com as novas alterações legislativas

O advento da MP 881/2019, ainda não convertida em lei, até o presente momento, pelo Congresso Nacional, trouxe importantes e significativas alterações em diversas disposições do Código Civil, sendo algumas delas justamente em relação ao tema ora debatido.

A aludida MP, além de alterar a redação original do *caput* do art. 50 do mencionado diploma legal, introduziu cinco parágrafos ao referido dispositivo, com o fim de, em síntese, emprestar uma roupagem legal a algumas construções já sedimentadas em sede doutrinária e jurisprudencial, garantindo, assim, maior segurança jurídica na aplicação do instituto em perspectiva.

Diante disso, visando conferir ao presente trabalho melhor didática, convém que seja analisada cada alteração de forma individual, o que será feito a seguir.

Art. 50, *caput*

Assim dispunha o primevo art. 50, do CC/02:
Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica (Brasil, 2002).

Com a nova redação, tem-se o seguinte teor:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, *desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.* (grifos nossos)

Com efeito, ao cotejar as disposições acima transcritas, verifica-se que o legislador extraordinário, não só alterou o verbo “decidir” para “desconsiderar”, o que, *per si*, já realça o instituto em análise, mas também buscou

ao final do *caput* do artigo restringir os eventuais atingidos pela desconsideração, os quais, ante a nova redação, serão somente aqueles envolvidos na prática dos atos irregulares, que correspondem ao abuso da personalidade jurídica.

Ora, nada mais justo. Tal restrição visa garantir que o sócio ou o administrador de boa-fé não seja maculado por ato pernicioso perpetrado por outrem.

Nessa linha, tal modificação encontra-se em sintonia com as disposições gerais da responsabilidade civil, no sentido de que não se pode imputar a prática de um ato ilícito àquele que não o comete, sob pena de total ausência de nexos causal.

Ressalte-se, ainda, que essa visão restritiva já era respaldada pelo Enunciado 7 do Conselho da Justiça Federal (CJF): “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

Desvio de finalidade nos § 1º e § 5º

Cuida-se aqui do caminho mais tortuoso tomado pelas novas disposições. Contudo, ainda assim, nada impede que, com uma análise mais acurada, venham tais dispositivos a trilhar caminhos mais seguros, através de alterações pelo Congresso Nacional.

Inicialmente, assim prescreve o § 1º: “Para

fins do disposto neste texto, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza” (Brasil, 2002).

Nesse sentido, é possível verificar que trouxe o parágrafo primeiro o conceito de desvio de finalidade, o qual se constitui, de forma alternativa à confusão patrimonial, em uma das hipóteses em que se permitir verificar, segundo a teoria maior, o eventual abuso da personalidade jurídica, para, por conseguinte, desconsiderá-la.

Nessa toada, convém, *a priori*, esclarecer que, antes mesmo da inclusão de tal dispositivo, já era pacífico no meio doutrinário e jurisprudencial a definição de desvio de finalidade, bem como a sua aplicação prática.

Nesse diapasão, já entendiam Farias, Luciano e Dias (2019, p. 145), que “O desvio de finalidade ocorre quando a pessoa jurídica é utilizada não para alcançar seu fim natural (econômico ou não) mas sim para obter, de alguma forma, vantagem não prevista em lei ou como elemento de fraude”.

Dessa forma, malgrado a boa intenção do legislador extraordinário, constata-se que o novel conceito trazido pela MP em análise encontra-se eivado de subjetivismo, ante o que a doutrina e a jurisprudência já haviam construído sobre tal expressão.

É preciso esclarecer, ainda, que, segundo a dicção do parágrafo em comento, para a caracterização do

desvio de finalidade, necessário se faz que o agente que perpetrou o abuso tenha agido de maneira dolosa. Contudo, aqui não andou bem o legislador atípico.

A novel redação, em seu reflexo prático, tornará ainda mais dificultosa a via do credor que pretende, pela desconsideração da pessoa jurídica, ter seu crédito adimplido, porquanto será uma tarefa hérculea demonstrar que o agente perpetrou o abuso justamente com tal intenção, que, registre-se, não se trata de mera culpa.

Ademais, frise-se, ainda, que essa definição adotada pela MP 881/2019 choca-se frontalmente com a ideia basilar da responsabilidade civil, na qual a verificação do abuso de direito se dá por uma análise meramente objetiva, independente de culpa.

Nesse sentido, tem-se o Enunciado 37 da CJF: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Do mesmo modo, critica Gagliano (2019): “[...] a exigência do elemento subjetivo intencional (dolo) para caracterizar o desvio, colocaria por terra o reconhecimento objetivo da tese da disfunção”.

Na mesma linha, adverte Tartuce (2019):

[...] repito neste texto que a exigência do dolo distancia-se da teoria objetiva do abuso de direito, retirada do art. 187 do Código Civil, segundo o qual também comete ato ilícito o titular de um

direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim social e econômico, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O último comando exige apenas o exercício irregular ou imoderado de um direito para que a ilicitude esteja configurada, sem qualquer menção ao elemento subjetivo da intenção - dolo -, ou da falta de cuidado na violação de um dever preexistente - culpa em sentido estrito. A MP, seguindo outra linha que muito dificulta a desconsideração, concretiza um modelo *subjetivo e agravado*, uma vez que só o dolo, e não a simples culpa, gera a configuração desse primeiro elemento da *disregard*.

Dessa forma, a fim de tentar sanar a falta de tecnicidade jurídica presente no §1º em debate, bem propõe Tartuce:

Por isso, a minha sugestão para o novo texto é que se retire a expressão “dolosa”, passando a prever que “para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza” (Tartuce, 2019).

Outrossim, convém antecipar a ordem sequencial dos parágrafos a fim de que, ainda no mesmo tema, se possa elucidar o § 5º, que assim dispõe: “Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica” (Brasil, 2002).

Nessa oportunidade, tratou o legislador excepcional em excluir determinadas situações de se enquadrarem em um possível desvio de finalidade. No entanto,

novamente peca a novel redação, mormente no que tange ao verbo “alterar”, pois neste caso patente estará o desvio.

Nesse diapasão, bem explica Gagliano (2019):

Ao dispor que não constitui desvio de finalidade a “alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”, o legislador dificultou sobremaneira o seu reconhecimento: aquele que “expande” a finalidade da atividade exercida – como pretende a primeira parte da norma – pode não desviar, mas aquele que “altera” a própria finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica, muito provavelmente, desvia-se do seu propósito.

Confusão Patrimonial no § 2º

Quanto ao parágrafo segundo, este assim dispõe:

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial (Brasil, 2002).

Cuidou agora a MP 881/2019 de conceituar a outra hipótese em que se permite verificar a ocorrência do abuso da pessoa jurídica. Nesse particular, bem procedeu

o legislador, que definiu a confusão patrimonial tal como a doutrina e a jurisprudência indicam.

Nessa esteira, colaciona-se aresto do E. TJMG: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - INDEFERIMENTO. A desconsideração da personalidade jurídica visa impedir o uso fraudulento da empresa pelos sócios com o intuito de frustrar os direitos dos credores, sendo que, para tanto, deve ser comprovado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, *ou a confusão patrimonial, consagrado pela inexistência, no campo dos fatos, de separação do patrimônio da pessoa jurídica e de seus sócios*. Não demonstrados cabalmente o desvio de finalidade da empresa agravada ou a confusão patrimonial que caracterizasse o abuso apontado, impõe-se o indeferimento da desconsideração da personalidade jurídica. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0518.09.177372-2/006, Relator(a): Des.(a) Arnaldo Maciel , 18ª Câmara Cível, julgamento em 25/06/2019, publicação da súmula em 25/06/2019) (grifos nossos)

Há de se ressaltar ainda o caráter exemplificativo adotado pelos incisos acima transcritos, o que reforça a ideia de não se tratar as situações descritas em lista *numerus clausus*.

Por fim, não menos importante, convém levantar a sugestão emanada de Tartuce (2019):

Sobre a primeira previsão, sugiro que seja retirada

a palavra “repetitivo”, pois a confusão patrimonial pode estar configurada por um único cumprimento obrigacional da pessoa jurídica em relação aos seus membros, pois, por um ato isolado, é possível realizar um total esvaziamento patrimonial com o intuito de prejudicar credores.

Desconsideração inversa no § 3º

Ato contínuo, passa-se à análise do §3º, do art. 50, que passou a ter a seguinte redação: “O disposto no *caput* e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica” (Brasil, 2002).

Trata o dispositivo em perspectiva da chamada desconsideração inversa. Tal espécie de desconsideração surgiu, inicialmente, em âmbito doutrinário, ganhando aos poucos, e cada vez mais, destaque em sede jurisprudencial.

A mencionada desconsideração consiste, basicamente, numa interpretação teleológica do referido art. 50 do CC/02, em que se inverte a forma de alcançar os patrimônios dos envolvidos.

Ou seja, ao invés de se perseguir o patrimônio do sócio para adimplir com o crédito da pessoa jurídica, busca-se aqui perquirir o patrimônio da ficção legal a fim de que ele assuma com as obrigações do sócio.

Nessa toada, editou-se o Enunciado 283 da CJF: “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio

que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

É de se registrar que a desconsideração inversa ganhou bastante destaque na aplicação de litígios envolvendo principalmente direito de família e sucessões, em que o sócio acaba por imiscuir o seu patrimônio com a da pessoa jurídica com o fim de tentar fraudar eventual partilha.

Nessa linha, Gagliano (2019) exemplifica:

Trata-se de uma visão desenvolvida notadamente nas relações de família, de forma original, em que se visualiza, com frequência, a lamentável prática de algum dos cônjuges que, antecipando-se ao divórcio, retira do patrimônio do casal bens que deveriam ser objeto de partilha, incorporando-os na pessoa jurídica da qual é sócio, diminuindo o quinhão do outro consorte.

Destarte, trouxe a MP 881/2019 a previsão legal de uma construção doutrinária e jurisprudencial já bastante pacífica no cenário jurídico brasileiro, o que garante ao instituto em questão maior segurança jurídica e operacionalidade.

De qualquer modo, é preciso esclarecer que, antes da MP em análise, o Código de Processo Civil de 2015, no §2º do art. 133, ao dispor sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, já havia feito menção à desconsideração inversa, sem, contudo, estabelecer os parâmetros de sua aplicação, que restaram previstos no novel §3º, do art. 50, CC/02.

Desconsideração em grupo econômico no § 4º

Por último, prescreve o parágrafo quarto, *in verbis*: “A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica” (Brasil, 2002)

Trata-se, aqui, de reforço pelo legislador da necessidade de se preencher os requisitos descritos no *caput* do art. 50, do CC/02 para que a desconsideração seja efetuada.

Logo, por interpretação a *contrario sensu*, preenchidos os pressupostos legais, autorizada está a desconsideração da personalidade jurídica de pessoa jurídica pertencente ao grupo econômico.

Considerações finais

Diante de todo o exposto, a MP 881/2019, batizada de MP da Liberdade Econômica, trouxe à seara civilista importantes e significativas alterações, mormente no tocante à desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, acerca do instituto em perspectiva, buscou o legislador extraordinário incluir entendimentos já consagrados no meio doutrinário e jurisprudencial com o fito de lhe emprestar maior estabilidade e operacionalidade.

Todavia, não obstante o louvável propósito

de tais medidas, algumas disposições necessitam ser melhor aquilatadas pelo Congresso Nacional, conforme recomendações alhures, a fim de buscar o desiderato principal da mencionada MP: garantir a segurança jurídica das relações privadas.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 19 de maio de 2019.

BRASIL. *Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 20 de maio de 2019.

BRASIL. *Lei 10.406/2002 (Código Civil de 2002)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2019.

BRASIL. *Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

BRASIL. *Medida Provisória 881/2019 (Declaração de direitos de liberdade econômica)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

CARNACCHIONI, Daniel. *Manual de direito civil*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; FIGUEIREDO, Luciano; DIAS, Wagner Inácio. *Código civil para concursos*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. *Direito civil - Parte Geral*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Medida Provisória da "Liberdade Econômica" e a Desconsideração da Personalidade Jurídica (Art. 50, CC): Primeiras Impressões*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/05/06/a-medida-provisoria-da-liberdade-economica-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-art-50-cc-primeiras-impressoes/>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

TARTUCE, Flávio. *Comentários breves às alterações do código civil promovidas pela Medida Provisória 881/2019 (parte 1)*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/709233388/comentarios-breves-as-alteracoes-do-codigo-civil-promovidas-pela-medida-provisoria-881-2019-parte-1?ref=feed>>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

TARTUCE, Flávio. *A MP 881/2019 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil*. Primeira Parte. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301612,41046-A+MP+88119+liberdade+economica+e+as+alteracoes+do+Codigo+Civil>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

TARTUCE, Flávio. *A desconsideração da personalidade jurídica aplicada ao Direito de Família e das Sucessões e a medida provisória 881/2019 (liberdade econômica) - Visão crítica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI303198,81042-A+desconsideracao+da+personalidade+juridica+aplicada+ao+Direito+de>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

O DIREITO DE ESCOLHA DA GENITORA AO NÃO EXERCÍCIO DA MATERNIDADE FACE AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO RECÉM-NASCIDO

Janice Cláudia Freire Sant'Ana¹

Luísa Neiva e Oliveira²

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho surgiu a partir do questionamento sobre a escolha da genitora em não exercer a maternidade e se isso se constitui em um direito a ser exercido por ela. Nesse viés, nasce a preocupação se, dessa escolha, as garantias fundamentais do recém-nascido insertas na Lei nº. 8069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - correm o risco de serem violadas.

Parte-se das seguintes hipóteses: a escolha da mãe biológica pelo não exercício da maternidade atinge, diretamente, o direito à vida, à saúde e ao convívio familiar, garantidos ao recém-nascido. Em contrapartida, analisa-se, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, que a opção pela não maternidade deve ser interpretada como garantia

1 Professora da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogada.

2 Graduada pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

à liberdade de escolha da mãe biológica. O Estado, como instrumento garantidor de direitos, precisa criar e efetivar políticas públicas que atendam tanto à gestante e à mãe, quanto à criança, que tem o direito de viver em lar o qual é quista e amada.

Sabe-se, que mediante brincadeiras que lhe são destinadas durante a infância, as mulheres, desde cedo, são estimuladas a serem mães. Já nos dias atuais, a maternidade, ainda, é vista como o caminho de realização e felicidade de toda mulher.

Nesse cenário, adveio a necessidade de um olhar mais profundo em relação às mulheres que por alguma razão não conseguiram evitar a gravidez, mas que não desejam exercer as atribuições e encargos trazidos pela maternidade. A situação é ainda mais complexa, pois as gestantes e as parturientes já carregam consigo o substantivo de mãe.

Daí se faz necessário compreender a evolução histórica da maternidade e os seus aspectos contemporâneos, principalmente no que diz respeito às atuais relações familiares construídas pelo afeto. Procura-se explorar quais são os direitos e garantias fundamentais da criança recém-nascida, sob égide da dignidade da pessoa humana. Dentro do permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, desvela-se a respeito da possibilidade da entrega do filho em adoção, explorando os seus aspectos gerais e procedimentais.

Ademais, pretende-se demonstrar que

mesmo na condição de gestante, parturiente, genitora, a livre escolha em não ser mãe constitui em liberdade, que o Estado, como instrumento de garantia, tem o dever de criar meios que permitam à mãe biológica gozar desse direito, sem que a dignidade humana e a convivência familiar garantidas ao recém-nascido sejam violadas.

Utiliza-se como método de abordagem o dedutivo e método de procedimento comparativo. Ademais, o método de interpretação escolhido é o exegético. A técnica de pesquisa constitui-se da bibliográfica.

A mulher e a maternidade

Conforme Mendes (2015, p. 9), o entendimento sobre a maternidade pressupõe um desejo e uma condição que é inerente ao ser feminino e que justifica a posição da mulher perante a sociedade.

Nessa perspectiva, verifica-se que condição materna passou por algumas transformações ao longo da história do mundo. Os poucos vestígios deixados pelos povos primitivos foram suficientes para inferir, de maneira geral, que as mulheres primitivas ocupavam um espaço de destaque. As pinturas, esculturas e objetos foram capazes de demonstrar que, em virtude do poder de procriar, a mulher era considerada sagrada (Mendes, 2015, p. 11).

Já na Idade Antiga (4000 a.C a 3500 a.C), tanto em Roma, quanto na Grécia Antiga, as mulheres eram

educadas para se tornarem boas esposas, tementes ao marido, e a função primordial e maior obrigação era a de gerar filhos, preferencialmente do sexo masculino (Mendes, 2015, p. 12).

Segundo Badinter (1985, p. 31), durante esse período, o filósofo grego Aristóteles, em suas obras, reafirmava e argumentava as razões da superioridade masculina, bem como da mulher como mero objeto de procriação. Segundo ele, até mesmo na concepção, a mulher ocupava um papel inferior, sendo que sua única função era o de possuir um útero em ótimas condições para que o bebê pudesse se desenvolver forte e saudável.

Também conhecida por “Idade das Trevas”, a Idade Média ocorreu entre a queda do Império Romano do Ocidente até a tomada de Constantinopla pelos turco-otomanos no ano de 1453. Referida denominação se deu em razão de quase 1000 anos vividos sob o total domínio do Cristianismo, que foi associado ao retrocesso, atraso e período de escuridão (Vicentino, 2010, p. 163).

A estrutura social era semelhante à da Idade Antiga, o que as diferencia é o total domínio das instituições sociais pela Igreja Católica (Mendes, 2015, p. 17).

Para o Cristianismo e defendido por Santo Agostinho, o feminino era similar a um ser demoníaco. Acreditavam que o pecado vinha da mulher e aqueles que saíam do seu ventre também eram considerados pecadores. A mulher era personificada em “Eva”, que trouxe para o mundo o pecado e que foi condenada por Deus a sempre parir seus

filhos com extrema dor (Mendes, 2015, p. 18).

Já no final desse período, vários reinos foram se fortalecendo e o poder passou a ser concentrado na figura do rei, em que se deu início a nova era conhecida como Idade Moderna, em que a forma de governo predominante era a monarquia (Mendes, 2015, p. 27).

Referente à estrutura familiar, as mudanças não foram muito significativas, já que as mulheres permaneceram sem qualquer autonomia. O que as diferenciava era a classe social em que estavam inseridas. Enquanto as nobres faziam bons casamentos para que a hereditariedade fosse garantida, as que pertenciam às classes mais baixas precisavam lidar com o trabalho doméstico que envolvia também os cuidados com a prole (Badinter, 1985, p. 48).

Quanto à amamentação nesse período, a habitualidade dela fornecida pelas “amas de leite” trouxe consequências desastrosas, que com o tempo afetou a produtividade dos Estados monárquicos. Muitas crianças começaram a morrer em decorrência de maus-tratos e de doenças que eram extremamente comuns nessa época e que acarretou uma alta taxa de mortalidade infantil (Badinter, 1985, p. 89).

Com o passar dos anos, essa alta taxa de mortalidade passou a afetar a capacidade de reprodução dos Estados em todas as suas instituições, o que gerou uma grande preocupação aos chefes do governo. Quanto mais mão-de-obra detivessem, mais riquezas e produtividades

um Estado poderia gerar. A partir disso, os governantes começaram a se preocupar com a condição das crianças e enxergaram a necessidade de preservar a sua sobrevivência (Badinter, 1985, p. 137).

Foi no conhecido “Século das Luzes” que foram instituídos novos padrões comportamentais morais disseminados pela Filosofia, principalmente no âmbito familiar. Jean Jacques Rousseau defendia veementemente a maternidade como único meio de realização de felicidade das mulheres, o que acarretou na ruptura de um passado no qual a indiferença materna imperou (Badinter, 1985, p. 144).

Muitos foram os motivos pelos quais o amor materno e cuidado exclusivo das mulheres com filhos precisaram ser tão valorizados. A primeira razão foi por uma questão econômica. A alta taxa de mortalidade de crianças, que ficavam exclusivamente sob os cuidados de amas, condicionadas a maus-tratos, enfermidades, ausência de higiene, tornou-se uma preocupação do Estado (Badinter, 1985, p. 145).

Os ideais de igualdade, liberdade e felicidade foram o segundo artifício utilizado para que a mulher aceitasse sua condição maternal e que foi muito bem-sucedido. Marcadas por um histórico o qual imperava a opressão e a submissão, a condição materna e a exclusiva responsabilidade pela sobrevivência e felicidade dos filhos vieram como uma forma de encontrarem respeito e importância. Como bem demonstra as palavras de Badinter (1985, p. 146):

Inconscientemente, algumas delas perceberam que ao produzir esse trabalho familiar necessário à sociedade, adquiriam uma importância considerável, que a maioria delas jamais tivera. Acreditaram nas promessas e julgaram conquistar o direito ao respeito dos homens, o reconhecimento de sua utilidade e de sua especificidade. Finalmente, uma tarefa necessária e 'nobre', que o homem não podia, ou não queria, realizar. Dever que, ademais, devia ser a fonte da felicidade humana.

A mulher, na condição de mãe, ganha extrema importância, já que ela se torna a responsável pela sobrevivência, saúde e felicidade dos filhos. Sua função primordial, vista com bons olhos, torna-se um comportamento moral condicionado à toda a sociedade, uma vez que era necessário fazer com que os bebês sobrevivessem (Mendes, 2015, p. 37).

Ter sido colocada em um pedestal como a única responsável pela felicidade dos filhos foi suficiente para que o conceito de amor incondicional materno surgisse. Assim como o conceito de instinto materno, que serviu como argumento a fim de convencer, sem distinção, que o destino de todas as mulheres era a maternidade.

Com surgimento do movimento feminista durante o Século XX, algumas mulheres passaram a refletir e a contestar a realidade em que viviam e que lhes era imposta. A maternidade não lhes dava a real condição de igualdade com os homens (Mendes, 2015, p. 46).

Apenas no Século XX que a maioria dos anseios e desejos de igualdade e emancipação feminina foram inicialmente alcançados. As decepções e frustrações vindas de épocas pretéritas não fizeram com que as mulheres desistissem da sua luta para obterem o seu lugar de destaque na sociedade e conquistar a apropriação sobre o seu próprio corpo.

É possível considerar que a primeira conquista efetiva das mulheres, que já vinham reivindicando por mais autonomia e igualdade, veio a acontecer nos anos 60 com a Revolução Sexual, que emergiu nos Estados Unidos da América (Mendes, 2015, p. 47).

O direito à autonomia sobre o corpo, tão desejado pelas mulheres, ganha força com o surgimento dos métodos anticoncepcionais já na metade dos anos 60, que possibilitou a elas o controle sobre a ciclo menstrual que ajudava a definir o momento ideal em ter filho ou até mesmo de não os ter (Carvalhaes; Mansano, 2016, p. 52).

O Brasil não ficou alheio a essas mudanças durante os anos 60. O movimento feminista também trouxe novos olhares e anseios para a emancipação e garantia de direitos às brasileiras. A chegada da pílula anticoncepcional, proporcionou às brasileiras o poder em controlar o seu próprio corpo, já que era possível escolher o momento – ou não – que engravidariam (Carvalhaes; Mansano, 2016, p. 152).

A maternidade passou por mudanças significativas baseadas nas demandas sociais e políticas, como

já demonstrado anteriormente. Badinter (1985, p. 4) destaca que “o amor materno é um mito construído de acordo com as necessidades e interesses de cada povo em cada período histórico” .

Nos dias atuais, uns dos principais interesses é que as relações entre pais/mães e filhos sejam construídas sob os pilares do respeito e do afeto. Destaca Dias (2017, p.42), em uma tentativa conceitual, que a família é “a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade” .

Apesar do reconhecimento da afetividade como valor jurídico no âmbito das famílias, falar sobre a questão da mãe biológica, que por algum motivo não deseja ficar com o filho, se torna um grande desafio. Nesse caso, há de se pesar e considerar os direitos dessa mãe e da criança que acabou de nascer.

Conforme salienta Mendes (2015, p. 04), “abordar a não maternidade e um direito a ser exigido sobre ela, para muitos parece soar como algo sem sentido, principalmente, do ponto de vista legal” .

Sob essa ótica, com base no princípio da afetividade, tão importante na estruturação das famílias, é necessário compreender se o Poder Judiciário garante à mãe biológica a livre escolha em não exercer a maternidade de forma plena e efetiva com pilares nos direitos e garantias fundamentais positivados na CRFB/1988.

O ordenamento jurídico brasileiro e o não exercício da maternidade

Pode-se dizer que os direitos fundamentais são primordiais aos seres humanos e nas suas relações em sociedades. Servem de base para o Estado desenvolver suas políticas e ações.

É sabido que o recém-nascido, embora sujeito de direitos e possuidor de personalidade jurídica, é um ser totalmente dependente de terceiros para sobreviver. Então, para que ele cresça saudável, e lhe seja garantido o bem jurídico basilar, que é a vida, se faz necessária uma análise acerca do que é garantido para a genitora no âmbito jurídico brasileiro.

Referente à assistência dada à maternidade, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988, no artigo 227, já estabelece que é dever do Estado promover programas de assistência destinados à saúde materno-infantil.

Mediante políticas assistenciais é que o Estado cumpre seu dever de zelar pelo direito à vida e à saúde, tanto da gestante como do recém-nascido, fazendo valer o que determina a norma constitucional.

Embora a CRFB/1988 estabeleça sobre a proteção à infância e à maternidade, bem como sobre os demais direitos a eles determinados, é no plano da legislação infraconstitucional que é possível inferir, com mais

propriedade, sobre os meios estabelecidos a fim de garantir a eficácia da proteção dos direitos da mãe e do recém-nascido (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, p. 706).

Foi com o ECA que se tornou viável trazer à baila os princípios norteadores do sistema em que trata com prioridade as garantias das crianças, como a convivência familiar, saúde, convivência social, educação, lazer.

O ECA traz ínsitas políticas de saúde da mulher gestante, assistência humanizada à gravidez e ao parto, acesso a grupos de apoio à amamentação e à assistência psicológica à mãe no pós-parto como forma de prevenir as consequências do estado puerperal que pode ser prejudicial ao recém-nascido.

Convém dizer que referidas políticas buscam atender à mulher durante o pré e o pós-parto, sendo, também, uma forma de priorizar o recém-nascido no exercício dos direitos à vida e à saúde.

Destarte, não há o que se falar em proteção integral ao recém-nascido sem antes falar em proteção à mãe biológica e, até mesmo, ao nascituro. Embora sejam dois indivíduos distintos e, conseqüentemente, dois sujeitos de direitos, o tratamento dado à mulher gestante/parturiente acaba por priorizar e garantir o direito à vida, à saúde, ao pleno desenvolvimento do recém-nascido.

Necessário tratar também das garantias ao direito de convivência no âmbito da família a qual é dada à criança. Dias (2017, p. 58) menciona que a legislação

tendenciona o fortalecimento dos vínculos familiares da criança no seio da família natural (pai, mãe e filhos).

Mas, nem sempre a família natural atende às necessidades daquela criança, fazendo-se necessária a colocação dela em uma família substituta, por meio de intervenção estatal, na qual, na maioria das vezes, a forma de garantia é a adoção.

O ECA já atribuiu em seu artigo 19 que a criança e o adolescente têm o direito de serem criados e educados no seio familiar e, excepcionalmente, serão inseridos em uma família substituta e que garanta seu desenvolvimento integral.

Uma das excepcionalidades que foge à regra da criação da criança recém-nascida na família natural é quando a gestante, antes ou após o parto, manifesta o desejo de entregar o filho em adoção. Essa hipótese, embora prevista no ECA, é mais delicada. Aqui não se encontra presente nenhuma situação de negligência em relação à criança, mas sim o desejo em não ser mãe, que pode estar aliado a inúmeros motivos.

Até pouco tempo não havia previsão no ECA a respeito dos aspectos procedimentais a respeito da mãe ou gestante que decide entregar o recém-nascido para a adoção. Essa ausência de normatização dava a ideia de que existia uma insegurança jurídica com relação às mães que se encontravam nessa situação. Apenas o parágrafo primeiro do artigo 13 da referida legislação não era viável e nem

pertinente, já que dispunha somente sobre o encaminhamento da mãe/gestante para a Justiça da Infância e Juventude.

Em razão disso, foi introduzida pela Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, o artigo 19-A do ECA que sabiamente veio tratar dos aspectos gerais e procedimentais da entrega do filho em adoção pela mãe biológica.

Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude

§ 1º A gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal.

§ 2º De posse do relatório, a autoridade judiciária poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado.

Assistentes sociais, psicólogos e demais profissionais são colocados à disposição dessas genitoras e gestantes que querem colocar o filho para adoção e esse contato tem o objetivo de que o processo seja conduzido da melhor maneira possível, sem preconceitos e juízos de valor, respeitando sempre a decisão da mãe

Essa equipe interprofissional ouvirá a genitora/gestante que se encontra nessa situação e a eles caberá elaborar um relatório que será encaminhado ao Juiz da vara competente. Ainda, dependendo da situação

concreta e caso haja concordância da “mãe biológica”, ela poderá ser encaminhada para tratamento especializado.

O artigo 19-A ainda dispõe que:

§ 3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período.

§ 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.

Antes de disponibilizar o recém-nascido para a adoção, primeiramente, cabe ao Judiciário procurar por algum membro da família (avós, tios, dentre outros) e que tenha vínculo afetivo com a criança, a fim de obter sua guarda. Essa busca ocorre dentro do prazo de 90 dias, que foi estipulado com o objetivo de dar celeridade ao procedimento de adoção (Ishida, 2018, p. 89).

Na hipótese de não se encontrar alguém da família extensa para a ter a guarda da criança, o juiz decretará a extinção do poder familiar e o recém-nascido estará apto para ser colocado em uma família substituta. O procedimento seguirá o rito já previsto no ECA para as questões relacionadas à adoção.

Ainda, com relação ao procedimento da

entrega do recém-nascido em adoção, o § 9º diz que “é garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no artigo 48 desta Lei”. O sigilo de que se trata essa norma não inclui o direito ao completo anonimato da genitora. Os seus dados ainda se fazem presentes no registro da criança, já que o adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica e ter acesso ao processo após completar 18 anos, conforme instituiu o artigo 48 do ECA (Ishida, 2018, p. 89).

Entregar a criança em adoção não é crime, mas abandoná-la sim. A genitora que toma essa decisão jamais deverá ser colocada à margem na sociedade em razão do estereótipo de que entregar o filho em adoção é abandoná-lo.

Vive-se um período de avanços e tentativas de retrocessos. A família não é mais construída sob os pilares biológicos e interesses econômicos, tendo o afeto, o respeito e felicidade dos membros ganhado o lugar de destaque nas relações familiares. Outro ponto a ser analisado, dentro dessa perspectiva, por mais subjetivo que seja, é a questão relacionada ao desejo, isto é, querer construir uma família.

Assim, é importante desvelar sobre a relação tridimensional que surge quando a genitora não deseja a maternidade. É imprescindível que a análise parta da situação da genitora e da criança como sujeitos de direitos, compreendendo as interfaces e interferências que o direito de um tem sobre o outro, baseando-se no Estado como instrumento de garantia de direitos.

O direito de não ser mãe *versus* o direito à dignidade humana do recém-nascido

É sabido que o princípio da dignidade da pessoa humana é amplamente utilizado como critério de interpretação e aplicação no direito. Em razão disso, o sistema jurídico brasileiro, principalmente, no que concerne aos direitos fundamentais, devem ser compreendidos sob a égide do fundamento da dignidade humana (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, p. 288).

É importante salientar que a dignidade humana é basilar e fundamental quando da análise da situação da “mãe biológica” que não deseja exercer a maternidade, bem como em relação à criança recém-nascida, que é ainda tão dependente e vulnerável e que precisa de cuidados de terceiros para sua sobrevivência.

Com relação à mãe biológica, leia-se genitora, a primeira análise a ser feita é a respeito do direito fundamental à liberdade. Sabe-se que a CRFB/1988 positiva esse direito e traz em suas disposições especificidades com relação às liberdades, por exemplo, liberdade de reunião, liberdade de expressão, dentre outras. Trata-se aqui, portanto, da determinação de liberdade em seu sentido amplo e geral.

Nessa perspectiva, o que é garantido constitucionalmente à mãe biológica é a liberdade de escolha. Parte-se do pressuposto de que o fato da condição biológica da mulher em poder gerar uma criança, sob a ótica jurídica

constitucional, não é mais algo impositivo.

Em contrapartida, a CRFB/1988 trata dos direitos inerentes ao recém-nascido, os quais têm suas garantias previstas pelo ECA. O que se questiona, no entanto, é se desse direito de escolha da genitora à saúde, à convivência familiar, ou seja, à dignidade humana dessa criança é colocada em risco.

Depara-se, nesse caso, com a possibilidade de existir a colisão de direitos fundamentais destes dois sujeitos de direitos. A solução apresentada, nesses casos, é a aplicação da regra da proporcionalidade, que consiste na tríade da: adequação, necessidade e proporcionalidade (Gonçalves, 2017, p. 363).

Superada a questão da colisão de direitos, é necessário, na aplicação desse princípio, os limites inerentes ao caso concreto para definir se há uma existência real desse conflito no plano jurídico. Impende ressaltar que essa ponderação de direitos encontra limite na dignidade da pessoa humana, a fim de evitar que exista, de fato, uma hierarquização dos direitos fundamentais (Maia, 2006, s.p).

Por outro lado, no que diz respeito ao âmbito jurídico brasileiro, aliada às garantias que são dadas à mãe biológica e à criança, não é possível afirmar com exatidão se esses direitos fundamentais são conflituosos.

Portanto, antes mesmo de constatar sobre a possibilidade da liberdade de escolha em não ser mãe afeta, diretamente, a dignidade humana da criança, é preciso

analisar, na perspectiva atual, o papel da mãe nas relações familiares contemporâneas.

Fala-se muito em paternidade socioafetiva, como norte das relações, mas a própria expressão já traz uma reflexão de que, muitas vezes, o cerne desse núcleo familiar construído no afeto, tem como figura principal o homem como pai.

É possível dizer que em razão da condição biológica das mulheres, a qual reflete uma certeza com relação à maternidade, as discussões jurídicas acerca da afetividade não são expressivas. Justifica-se, portanto, em virtude de o ideal de instinto e amor incondicional materno ainda se encontrarem incrustados e presentes na sociedade. Pode-se afirmar que refletir sobre amor e afeto nas relações materno-filiais se trata de uma situação que já é presumida.

Em um paradigma contemporâneo, também vale dizer que a imposição da maternidade começa desde o conhecimento de que virá ao mundo um bebê do sexo feminino.

Desse modo, pode-se afirmar que a condição feminina imposta, no que diz respeito à maternidade, pouco se transformou no plano social e jurídico. Mesmo com o advento da CRFB/1988, a qual positivou que homens e mulheres possuem igualdade de direitos e deveres, a maternidade ainda é imposta e condicionada como o caminho de felicidade plena da mulher.

Contrária a essa condição biológica impositiva

à mulher, Badinter (1985, p. 365) assume uma postura em que se põe a desmitificar instinto materno, no seguinte sentido de que:

Ao se percorrer a história das atitudes maternas, nasce a convicção que de que o instinto é um mito. Não encontramos nenhuma conduta universal e necessária da mãe. Ao contrário, constatamos a extrema variabilidade de seus sentimentos, segundo sua cultura, ambições ou frustrações. Como então, não chegar à conclusão, mesmo que ela pareça cruel, de que o amor materno é apenas um sentimento e, como tal, essencialmente contingente? Esse sentimento pode existir ou não existir; ser ou desaparecer. Mostrar-se forte ou frágil. Preferir um filho ou entregar-se a todos.

Resta compreender, que o amor materno é um sentimento como qualquer outro e não parte do pressuposto que há uma natureza universal que condiciona a todas as mulheres, sem distinção. Em outras palavras, o que se pretende é desmistificar o amor materno como uma condição imposta ao gênero feminino, e não dizer que ele é um sentimento inexistente. Ele existe, apenas não é universal.

Ainda são muito comuns notícias de mulheres que acabaram de parir, deixar o recém-nascido à própria sorte, seja em latas de lixo ou até mesmo em rios. Em algumas situações, ainda conseguem ser encontrados com vida. Sobre a mãe? Só resta o julgamento e o rechaço, esquecendo que por traz existe uma mulher desesperada, que não queria ou

não possuía condição de criar uma criança, e totalmente sem apoio (Mendes, 2015, p. 87).

Nessa conjuntura, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito, norteado pelo fundamento da dignidade humana, deve servir de instrumento para que o país tenha seus avanços no que diz respeito ao direito da mãe biológica em não exercer a maternidade.

O Estado exerce um papel de extrema importância como instrumento de garantia e proteção aos indivíduos. E pode-se afirmar que ele tem a capacidade de promover e viabilizar os direitos das gestantes e genitoras que não desejam a maternidade.

Em contrapartida, o que emperra a implementação de políticas públicas de acolhimento, seja no âmbito do Poder Judiciário, seja na área da saúde, é o preconceito e conservadorismo, ainda tão presentes no meio social. Trata-se da ideia de que todas as mulheres carregam consigo o amor materno incondicional.

Atenta a essas questões e dificuldades enfrentadas em relação à ausência de acolhimento social, no que se refere às mulheres que não desejam a maternidade e optam por entregar o recém-nascido em adoção, Motta (2015, p. 177-178) compartilha que:

A carência de apoio social em nosso meio evidencia-se na falta de programas de atendimento a essas mulheres em quaisquer das fases do processo de decisão e entrega, na escassez de locais para acolhimento da mãe com seu filho, na ineficiência

e/ou inexistência de programas de educação sexual à adolescente, assim como de prevenção à natalidade para mulheres de um modo geral; revela-se ainda na falta de instituições que acolham mãe e criança em ambiente de trabalho ou estudo, o que mostra de modo flagrante a falta de ações sociais esclarecedoras e de cunho profilático no nosso meio.

Como se pode perceber faltam incentivos e efetividade nas políticas públicas relativas à situação da gestante. Falta também meios que fomentem a prevenção e a conscientização sobre a gravidez precoce e não planejada, que são alguns dos motivos ensejadores que levam a mãe entregar o filho sob tutela do Estado.

A realidade enfrentada pela mãe que opta em não exercer a maternidade não corresponde aos avanços legislativos trazidos pela CRFB/1988 e pelo ECA, no que se refere às conquistas pelos direitos e garantias fundamentais.

Como já visto, embora o ECA em seu artigo 19-A determine que é colocada à disposição da mãe que deseja entregar o filho em adoção o acolhimento por uma equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais e outros, muitas vezes, o cerne do problema se encontra exatamente no preconceito carregado por esses profissionais.

Argui-se sobre a possibilidade de entrega do filho em adoção pela genitora ou gestante, pois se trata da única possibilidade jurídica que se tem para não exercer a maternidade. Dessa forma, a postura mais adequada a

ser tomada pelos profissionais é a acolhimento e empatia. É saber diferenciar que o desejo pela não maternidade e a consequente entrega para a adoção não são atitudes passíveis de julgamento, já que são diversas as razões que levam uma mulher tomar essa decisão.

O que se busca desses profissionais é imparcialidade. Nada os impede de ter suas convicções e opiniões pessoais sobre o caso, mas devem mantê-las para si o quanto for possível. Caso contrário, podem influenciar, de modo antiético, as mulheres, prejudicando o processo de entrega do filho.

Segundo Mendes (2015, p. 110), a possibilidade de entregar o filho em adoção deve ser interpretada mediante uma visão humanística e ausente de burocratização. É preciso desfazer da ideia de que entregar o filho caracteriza abandono, já que é a falta de acolhimento que justifica o abandono, os maus tratos e até mesmo a entrega irregular das crianças.

Diante dessa necessidade de desmistificar o ato de entregar o filho em adoção que, em 2009, o juiz Élio Braz idealizou o “Programa-Mãe” no Núcleo de Curadoria Especial e Proteção à Família da 2ª Vara da Infância e Juventude do Recife. O programa conta com profissionais de diversas áreas que atuam harmoniosamente para acolher a mulher sem qualquer julgamento de valor (Mendes, 2015, p. 110-111).

O programa atende mulheres fragilizadas que

são geralmente abandonadas pelo companheiro ou afastadas do convívio familiar e necessitam de apoio. Deste modo, o principal *slogan* do programa é “não é crime entregar a criança não desejada” (Mendes, 2015, p. 111).

Ademais, o maior objetivo do programa é o combate ao abandono indiscriminado de recém-nascidos e a entrega irregular da criança. Busca-se também o fortalecimento do papel da mulher na sociedade, como cidadã e protagonista do seu próprio planejamento familiar³.

Aborda Mendes (2015, p. 113) que o “Programa – Mãe Legal” trouxe bons resultados, até no sentido de que, ao serem acolhidas, algumas mulheres, fortalecidas pelo apoio livre de preconceitos, decidiram ficar com o filho. Pontua ainda que “fatos assim, são entendidos pela equipe como um demonstrativo de que nem as mulheres que poderiam ficar seus filhos recebem da sociedade o apoio que precisam”.

Apesar das conquistas alcançadas pelo programa, o juiz ainda pontua alguns desafios enfrentados. Segundo ele, a divulgação na sociedade, a inserção do tema nas universidades, a formação de conselheiros tutelares e agentes de saúde e empreender em nível nacional curso de formação e preparação de juízes são as maiores dificuldades enfrentadas⁴.

3 Entrevista concedida pelo juiz Élio Braz em 2013 para o site Prêmio Innovare. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/praticas//programa-mae-legal-um-servico-de-atendimento-pelo-judiciario-as-mulheres-gravidas-que-desejam-entregar-o-filho-para-adocao-sob-o-marco-legal-do-e-statuto-da-crianca-e-do-adolescente-e-da-constituicao-federal-do-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2018, 23:45.

4 *Idem*.

Em um levantamento feito pela Folha de São Paulo, de janeiro 2017 a maio de 2018, houve, aproximadamente, 203 casos de mulheres que procuraram o Poder Judiciário para entregar o filho em adoção. Ainda retrata que esse número deve ser maior, já que alguns Tribunais de Justiça de determinados Estados recusaram-se ou ignoraram o fornecimento de dados.

Apesar das dificuldades e entraves enfrentados, o advento a Lei nº 13.509 de 2017, que incluiu no ECA o artigo 19-A e detalhou com mais clareza o procedimento de entrega do filho em adoção, trouxe uma maior visibilidade ao Judiciário, segundo a Folha.

Diante disso, é imperioso destacar que o Estado, como instrumento de garantia direitos, é capaz de implementar políticas públicas que dão possibilidades à mãe biológica de exercer o seu direito à liberdade, sem constrangimento, restrições e preconceitos, pelo não exercício da maternidade. Procura-se um olhar mais humanístico e desprovido de juízo de valor com essas gestantes e mães.

Para Mendes (2015, p. 120), “o direito de não ser mãe deve ser tão pleno como o direito de ser mãe e com todas as condições protetivas da mulher”.

Apesar da busca pelo reconhecimento jurídico de instrumentos de garantias para o não exercício da maternidade, existe o enfrentamento em relação aos direitos fundamentais do recém-nascido, no que diz respeito à convivência familiar norteados pelo fundamento

da dignidade humana.

Como já declarado, a hipótese legal a serviço da mãe biológica que não deseja a maternidade, é a possibilidade de entregar o filho em adoção. Além da perspectiva da mãe, o objetivo do referido instituto é garantir que a criança esteja inserida em uma família substituta, em condições de criá-la com o amor, cuidado e afeto que tem direito.

Nessa perspectiva, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, não há que se falar em colisão de direitos da mãe e do recém-nascido. A convivência familiar, edificada sob a nova estruturação da família no afeto e o direito à uma vida digna em que poderá desenvolver de forma plena, não deixam de ser garantidos à criança só pelo fato de que não está inserida no seio da sua família biológica.

É possível dizer que forçar a mãe biológica a exercer os encargos e obrigações advindos do poder familiar é o mesmo que violar os princípios da proteção integral criança e do melhor interesse da criança.

O que se perquire, na verdade, é que cada mulher seja acolhida em um processo abrangente e interprofissional quaisquer que sejam as razões e os motivos que a levaram a entregar a criança para a adoção. Os preconceitos, as discriminações, as ideias baseadas pelo instinto e o mito do amor materno, as convicções íntimas e pessoais não devem ser protagonistas nesse momento.

Por essa razão que a livre escolha em não

ser mãe precisa ter reconhecimento devido tanto no âmbito jurídico brasileiro, quanto pela sociedade como um todo. O direito de escolha pela não maternidade é dar voz à liberdade, que abandona o tradicionalismo, o conservadorismo e a valorização do sangue, que infelizmente ainda se encontram tão presentes na sociedade.

A melhor expressão a ser utilizada é, sob a ótica do amor e do afeto, a maternagem. Essa expressão fortalece o que já é trazido pelo Direito das Famílias, já que consiste nos cuidados afetuosos, dedicados e carinhosos de mãe que não tem como suporte a condição biológica e está sempre amparada na escolha, que como já dito, é preexistente ao amor (Ferreira, 1993).

Dessa forma, inquestionável se demonstra que a mulher é livre em escolher se deseja ou não pela maternidade. Primeiramente, por meio dos métodos contraceptivos, ela retoma uma postura de “dona de si” e tem o controle sobre o seu próprio corpo, podendo decidir sobre o momento certo em gerar uma criança, ou até mesmo, evitar que isso nunca aconteça.

Já na situação em que já se encontra grávida ou com o recém-nascido em mãos, objeto de estudo deste trabalho, o Estado lhe garante o direito de entregar o filho em adoção, dando suporte psicológico e jurídico até o fim do procedimento.

Logo, é possível constatar que a opção da mãe biológica pelo não exercício da maternidade, com base

na possibilidade da entrega do filho em adoção, não tem o condão de violar os direitos e garantias fundamentais do recém-nascido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel da mulher na condição de mãe não foi uniforme e nem obedeceu aos mesmos padrões ao longo dos anos. Partiu-se de uma conjuntura em que o fato de poder de procriar e gestar era valorizado, para uma postura indiferente, de submissão ao patriarcado.

Nessa lógica, inferiu-se que a maternidade assumia feições conforme se verificava as necessidades de cada Estado. Por questões de cunho econômico que surgiu nos Estados a preocupação com o desenvolvimento pleno das crianças, já que a falta de cuidados básicos implicava na mortalidade precoce delas. Dessa forma, a solução encontrada foi de centralizar as atenções na figura materna.

Percebeu-se também que o desejo pela maternidade não era uniforme e, com o passar dos séculos e com o surgimento de métodos contraceptivos capazes de controlar a fertilidade, as mulheres começaram a ter poder de decisão sobre o seu próprio corpo.

Apesar disso, a maternidade ainda continha em si a ideia de imposição para toda mulher, todavia, foi perdendo sua força com as atuais formas de constituição das famílias. O afeto foi reconhecido como princípio básico

e norteador das relações familiares, não cabendo mais a ótica da origem biológica.

Por meio do estudo da CRFB/1988, foi possível evidenciar a previsão da proteção à infância e à maternidade, do direito à vida, a saúde e a convivência familiar da criança e do adolescente, que devem ser garantidos com absoluta prioridade.

Foi possível compreender por meio do ECA que as garantias aos direitos fundamentais da criança e do adolescente devem ser prioritárias, atendendo sempre o seu melhor interesse. Dentro dessa perspectiva, o referido diploma que trata das garantias da criança, determina também a respeito dos instrumentos que garantem à gestante, parturiente e mãe uma gestação, parto e pós-parto seguros.

Analisou-se também a respeito do direito à convivência familiar e possibilidade da colocação da criança em uma família substituta e inferiu que a família natural, muitas vezes, não é capaz de atender as necessidades básicas daquela criança. Em razão disso, sob a ótica da genitora que não deseja exercer a maternidade, verificou-se que o ECA prevê a possibilidade da entrega do filho em adoção.

Mediante estudo dos aspectos gerais e procedimentais do instituto da entrega do filho em adoção, verificou-se que o acompanhamento de uma equipe interprofissional, sem implicar juízos de valor e estigmas, à

genitora é imprescindível, já que as motivações que levam à tomada dessa decisão são diversas. Certificou-se que esse é o único meio legal que a “mãe biológica”, após o parto, tem para não exercer a maternidade.

A partir da relação que surge entre genitora, recém-nascido e Estado observou-se que, apesar do afeto ser o princípio norteador das relações familiares, as relações materno-filiais não ganharam um amparo efetivo.

Por isso, constatou-se que o amor e o instinto materno não são sentimentos universais presentes em toda mulher. É plenamente possível que uma mulher não tenha desejo pelo exercício da maternidade e o Estado, como instrumento garantido, tem o dever de criar e efetivar políticas públicas que torne eficaz e pleno esse desejo.

Antes de se falar em afetividade nas relações familiares, compreende-se que o desejo e escolha em construir uma família são preexistentes. Assim, a escolha pela não maternidade não possui o condão de entrar em conflito com o que é garantido à criança. Ao contrário, traz a possibilidade de que ela seja inserida em uma família que a queira, a ame e busque seu desenvolvimento pleno, saudável e apto para alcançar a felicidade. É necessário que seja reconhecida, a liberdade de escolha da genitora ao não exercício da maternidade como um direito fundamental a ser reconhecido e interpretado à luz do fundamento da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei Federal nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente*: Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Revista dos Tribunais, 2018.

BADINTER, Elisabeth. *O conflito: a mulher e a mãe*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

CANCIAN, Natalia. *Uma mulher vai à Justiça a cada três dias para entregar bebê a adoção*. Folha de São Paulo, 25, jun. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/uma-mulher-vai-a-justica-a-cada-tres-dias-para-entregar-bebe-a-adocao.shtml>>. Acesso em: 23 set. 2018, 22:43.

CARVALHAES, Flávia Fernandes de; MANSANO, Sonia Regina Vargas. Mulheres e Lutas políticas: conquistas e limites vividos na segunda metade do Século XX. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, Florianópolis, v.13, n.2, p.141-162. Maio-Ago. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. Salvador: JusPODVIM, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em 10 set. 2018, 21:38.

MENDES, Elio Braz. *Programa Mãe Legal: um serviço de atendimento pelo Judiciário às mulheres grávidas que desejam entregar o filho para adoção, sob o Marco Legal do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal do Brasil*. Prêmio Innovare, edição X, 2013. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/praticas/1/programa-mae-legal-um-servico-de-atendimento-pelo-judiciario-as-mulheres-gravidas-que-desejam-entregar-o-filho-para-adoacao-sob-o-marco-legal-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-e-da-constituicao-federal-do-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2018, 23:45.

MENDES, Maria Goretti Soares. *O direito de não ser mãe*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Programa Mãe Legal*. Manual Informativo da Segunda Vara da Infância e Juventude do Recife. Núcleo de Curadoria Especial e Proteção à Família. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

VICENTINO, Claudio. *História geral e do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2010.

DIVERSIDADE RELACIONAL HUMANA E OS DESAFIOS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

Leandro Luciano da Silva¹

Paulo Thiago Carvalho Soares Ribeiro²

INTRODUÇÃO

Definir o que é família, apesar de parecer uma tarefa simples, na verdade se apresenta uma questão bem complexa. O conceito, os tabus e os paradoxos a respeito da família e consequentemente das normas que regem tais relações são dialéticos, modificando-se em decorrência do espaço ou do tempo em que estão situados.

Outro ponto profundamente denso é a questão da sexualidade humana, ponto até hoje não esclarecido com clareza, suscitando ainda muitas dúvidas e questionamentos por aqueles que tentam compreendê-la, cujos debates foram impulsionados em decorrência da liberalização sexual iniciada nos anos 60. Ora, se a sexualidade humana sofre uma revolução, logicamente o Direito de Família, que se propõe a regulamentar os relacionamentos humanos, também será posto diante de uma situação desafiadora. Logo, os tradicionais

1 Doutor em Educação pela Faculdade de Educação de Minas Gerais. Mestre em Ciências Agrárias pelo Instituto de Ciências Agrárias da Universidade Federal de Minas Gerais. Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros e do Centro Universitário UNIFIPMOC. Advogado.

2 Discente do Curso de Ciências Sociais da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Discente do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFIPMOC.

manuais acerca de família rapidamente se tornam obsoletos perante as transformações proporcionadas pela revolução sexual e pela ascensão da modernidade líquida.

Sob esta perspectiva, a proposta deste capítulo corrobora com a temática do livro “Desafios do Direito para o Século XXI”, uma vez que se propõe evidenciar as contradições do direito positivo na regulação das diversas formas relacionais humanas. Assim, interpela-se o Direito de Família quanto à (im)possibilidade de regulação das relações afetivas considerando a liquidez destas relações.

A exposição do tema começa pelas abordagens teóricas acerca da diversidade relacional humana, passa pelas relações afetivas no mundo jurídico e, ao final, apresenta interpelações quanto à regulamentação das relações afetivas.

Espera-se, com o presente texto, contribuir, na perspectiva interdisciplinar, para a produção do conhecimento jurídico e para o debate quanto aos limites do positivismo.

DIVERSIDADE RELACIONAL HUMANA

Família, Cultura e Sociedade

O conceito de família está na obviedade do imaginário coletivo, ou seja, responder à pergunta do que é família para a concepção judaico-cristã, ideologia marcante no mundo ocidental, é considerada uma tarefa fácil (Mello, 1997), compreendendo-se como a união de um homem com

uma mulher, por meio do matrimônio e seus filhos legítimos.

A obviedade, inclusive para a psicologia social, é um artifício que faz parte do cotidiano, pois garante automatismos da vida cotidiana como o de, por exemplo, atravessar a rua. Porém, quando essa obviedade adentra em campos subjetivos, como artes, cultura, sociologia, gera-se um processo de alienação, em que o sujeito crê que a única possibilidade de cultura, de modo de vida é aquela em que está inserido. Geralmente, quando o sujeito é perguntado sobre um conceito óbvio responde que “sempre foi assim” (Mello, 1997).

No entanto, a realidade se apresenta mais complexa do que o discurso pronto. Definir família é uma tarefa que, continuamente, gera polêmicas no mundo jurídico e político. Vencido o período de maior repressão à sexualidade, que pode ser compreendido no período pré-revolução sexual dos anos 60 e, conseqüentemente, das relações afetivas, pois não há como falar de Direito de Família sem discutir a sexualidade humana (Pereira, 2001).

Ao contrário do que se prega cotidianamente, o conceito de família não é uno, sólido e sacralizado, ele varia de cultura para cultura, e entre os diferentes períodos históricos (Engels, 1884). Tal situação se dá pelo fato de a família ser determinada pelo afeto, e as formas de afeto costumam ter fortes regulamentações, a depender do tempo e espaço, inclusive com a imposição de um modelo a ser seguido nos relacionamentos afetivos:

Os critérios, construídos e historicamente datados, que determinam a forma 'correta' do exercício da sexualidade, são arranjos simbólicos que repousam sobre o sistema de valores de uma dada sociedade. Na sociedade ocidental, dominada pela tradição judaico-cristã, esse simbólico é marcado por uma visão negativa da sexualidade, cujas origens devem ser buscadas no relato bíblico do pecado original (Ceccarelli, 2013, p. 164).

Engels (1884), ao sistematizar os estudos do antropólogo evolucionista Lewis Henry Morgan, analisa os modelos de família existentes na história humana, tomando por base as sociedades iroquesa, grega, romana e o modelo da chamada "civilização". Nesse estudo, percebe uma variação nas estruturas familiares ao longo da história. Tais modelos se apresentavam muito diferentes do padrão pregado como natural e sagrado pela sociedade ocidental, fundada sob a concepção judaico-cristã.

Importante ressaltar que no tempo em que Engels (1884) desenvolveu sua teoria, baseada nos estudos de Morgan, a Antropologia como ciência tinha em vigor a escola evolucionista. Essa era de forte orientação eurocentrista, que dialogava com o positivismo comtiano, apresentava conceitos hoje vistos como discriminatórios e deterministas como o da barbárie e selvageria x civilização. Tinha uma noção linear do desenvolvimento humano, acreditando que havia estágios de evolução e que os europeus eram a sociedade mais evoluída do momento.

Nos períodos em que Engels (1884) situa como anteriores à “civilização”, não se tinha a noção de casamento; a família era então formada pela *gens*, ou seja, uma tribo. Nessa tribo, havia a liberdade sexual irrestrita entre todos os homens e mulheres, excetuando-se as proibições de incesto, que marcam o início da cultura humana, como articula Lévi-Strauss (1982, p. 62), “a proibição do incesto [...]. Constitui o passo fundamental graças ao qual, pelo qual, mas sobretudo no qual se realiza a passagem da natureza à cultura.”.

Importante ressaltar que a família, sem a conotação hodierna, era uma complexa teia de deveres e compromissos. Podem-se tomar como exemplo os estudos realizados pelo antropólogo Radcliffe-Brow (1976), em que o irmão da mãe, em muitos povos primitivos como os baThonga da África Oriental Portuguesa, tinha direitos e deveres para com seu sobrinho, de tal forma que, por vezes, sobressaíam-se aos do pai, como, por exemplo, direitos sucessórios e de amparo. “Na maioria das sociedades primitivas as relações sociais dos indivíduos são amplamente reguladas com base no parentesco.” (Radcliffe-Brow, 1976, p. 30).

Após o período “promíscuo pré-civilizatório”, surgem três modelos familiares, 1) o casamento por grupos: que ainda guarda muitas semelhanças com o período “promíscuo”; 2) família sindimiástica: transição entre selvageria e civilização, em que havia uniões monogâmicas, no entanto, os laços ainda eram muito frágeis; 3) família monogâmica: que nasce não de uma fase inevitável do desenvolvimento humano, mas como

processo de afirmação do domínio da mulher pelo homem, para garantir certeza de paternidade e o destino seguro para a sua herança. Por ter advindo de um processo de dominação, possibilitou a existência de paradoxos, como a possibilidade de o homem ter relações fora do casamento sem repressão moral e de a mulher adúltera ser alguém estigmatizada e marginalizada. Foi, no entanto, a família monogâmica valorizada ao longo da história da sociedade ocidental moderna, principalmente, porque ia ao encontro do que pensava o capitalismo nascente (Engels, 1884).

A família concebida como o modelo da civilização por Engels (1884) tinha como característica principal a supremacia do homem sobre a mulher e o levante do individualismo frente à coletividade, ou seja, a família desse homem dominante passava a ser o centro de suas preocupações.

Houve uma objetificação das pessoas. Mulheres eram, assim, propriedade de seus maridos. A família deixou de ser um espaço de solidariedade social para se tornar unidade econômica. Esse momento se confunde com o surgimento do Estado. Nesse contexto, o patriarcalismo fica evidente no Código de Hamurabi e no antigo Direito Romano, em que o homem tinha poder irrestrito sobre seus familiares servos e escravos (Hironaka, 2015).

O modelo considerado ideal de família vai, no mundo ocidental, sofrer forte influência da Igreja Católica e, posteriormente, do Direito Canônico, com a

Reforma Gregoriana no período de 1073 a 1085. A partir desse momento, o casamento adquire o status de única forma para se constituir família legítima e há a confusão de direito com dogmas religiosos até que essa instituição jurídica inicia um processo de secularização, desvinculando-se da esfera eclesiástica (Welter, 2004). “A longevidade, a emancipação feminina, a perda de força do cristianismo, a liberação sexual” (Gama; Guerra, 2007, p. 117) foram fatores de mudança, também, na forma de se tratar a família.

Gomes (1999) apresenta um tipo de classificação que divide a evolução da família em 3 fases: 1) a fase pré-industrial: nessa fase, a família era a base produtiva da sociedade, sendo grande e praticando uma produção de subsistência em que havia uma hierarquia, tendo o homem em seu topo; 2) a fase da revolução industrial: a produção fabril substitui a produção familiar, e as longas jornadas de trabalho das mulheres e das crianças nas fábricas revolucionam a convivência familiar; 3) a fase do capitalismo avançado: nessa fase, a família se torna ente de consumo e aspirante de direito, como o da liberdade, realização pessoal, afeto, bem-estar, sem as interferências externas tradicionais, além do fato de a grande família se tornar a família nuclear.

No Brasil, anteriormente à Segunda Guerra Mundial, as famílias eram, em sua maioria, agrárias, hierarquizadas e numerosas; eram núcleo econômico, produzindo por si só os seus sustentos. Com a industrialização e urbanização do Brasil, há uma mudança nessa lógica e

as famílias são afetadas, ocorre uma maior valorização da mobilidade e disponibilidade, assim, as numerosas famílias expandidas se reduzem a famílias nucleares (Rodrigues, 2004).

Essa mudança de paradigma em relação à família representou um dos sintomas da transição que o mundo viveu pós-segunda guerra, a passagem da modernidade sólida para a modernidade líquida de Bauman (2001). Ocorrem profundas transformações sociais que impactam nas formas de as pessoas se relacionarem; a sociedade, ultrapassando os limites da modernidade sólida, derrete as estruturas sociais de outrora, liquefazendo grilhões que a prendiam anteriormente, para atingir a pós-modernidade ou modernidade líquida.

Sendo a sociedade submetida à lógica da modernidade líquida, segundo Bauman (2001), diversas facetas dos indivíduos e da sociedade como um todo vão ser influenciadas, como exemplo, podem-se tomar as formas de se relacionar, dentre elas a afetividade. Para Bauman (2001), a modernidade líquida deu origem ao “amor líquido” e aos “relacionamentos líquidos”. Destarte, sendo os relacionamentos submetidos à liquidez, tal fato irá impactar no Direito de Família.

A liquidez a que os relacionamentos são submetidos guardam muita semelhança com a lógica capitalista consumista vigente (Bauman, 2001 e 2004; Gikovate, 2001; Rodrigues, 2004). As pessoas se encontram e se relacionam de forma superficial, em um relacionamento

que se realiza em um único ato (Bauman, 2001). O “ficar”, que consiste no relacionamento instantâneo, muito comum entre adolescentes, é a prova de que os relacionamentos têm uma lógica de “não durabilidade” embutida (Gikovate, 2001).

Outro fenômeno advindo da pós-modernidade/modernidade líquida é o do sexo casual (Bauman, 2004; Gikovate, 2001), em que pessoas se relacionam sexualmente sem nenhum tipo de compromisso ou aproximação (Gikovate, 2010). Tal comportamento exerce influência sobre o Direito de Família, visto que o sexo casual pode vir a se transformar na concepção de um nascituro e, conseqüentemente, de uma pessoa, o que tende a gerar dilemas e conflitos quanto à filiação e abandono afetivo.

Como consequência da fragilidade dos laços humanos, Gikovate (2001) acredita que o número de pessoas que escolherá outras formas de relacionamento, contrastando com o modelo tradicional de matrimônio, tende a aumentar. As pessoas tenderiam a viver em relacionamentos informais, solteiros com relacionamentos esporádicos, ou se aprofundariam em relacionamentos íntimos e monogâmicos, porém sem a obrigatoriedade de se manterem em uma relação indissolúvel.

Após a apresentação de tais argumentos, percebe-se que, em sua evolução histórica, os relacionamentos afetivos partiram de períodos de extremo controle para períodos de maior liberdade, principalmente em razão de a sexualidade ser hodiernamente vivida com maior independência.

Relacionamentos contemporâneos podem ser caracterizados pela diversidade e volatilidade; as pessoas buscam na formação de uma família a realização pessoal e, conseqüentemente, a felicidade, divorciando-se se o casamento não oferece mais tal condição, ou buscando vivências diferentes, como as famílias recombinadas ou uniões poliafetivas.

“Observar a família e pesquisar os motivos que levam às mudanças é tarefa dos sociólogos, historiadores e antropólogos, que nos apresentam um cenário caracterizado pelas mais variadas transformações das estruturas familiares” (Brauner, 2004, p. 256). Tal fato é um desafio para o Direito de Família da forma como hoje é concebido. O Direito de Família deve acompanhar a marcha da sociedade e não esperar que essa se amolde a ele. Se permanecer paralisado no tempo, corre o sério risco de ter contra si decretada uma morte simbólica (Carnelutti, 2004). Resistências dos setores mais atrasados e conservadores da sociedade vão sim existir, mas isso não pode evitar a inevitável marcha da sociedade rumo a transformações (Gomes, 1999).

Relações afetivas, entidade familiar e interferência estatal

O Direito de Família é um dos mais antigos ramos do Direito, “[...] sendo a família a forma mais rudimentar de agrupamento social, não poderiam as primeiras regras jurídicas ignorarem-na [...]” (Hironaka,

2015, p. 29). Na Babilônia, o Código de Hamurabi regulava os ditames da sociedade patriarcal e de penas, hoje vistas como desproporcionais. O Direito Romano reforçava a característica patriarcal do império homônimo. As Institutas de Justiniano, imperador do Império Bizantino, sucessor do Império Romano, mantiveram caráter patriarcal e regularam o matrimônio de forma mais específica. Hodiernamente, a Organização das Nações Unidas (ONU), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), defende que é direito intrínseco do ser humano a autonomia da vontade para construir relações ou dentro das relações afetivas, sem interferências estatais indevidas (Hironaka, 2015).

O Brasil colonial foi profundamente influenciado pela religião católica, e pelas leis de Portugal, o que fazia com que infrações contra a moral e os bons costumes tivessem muita gravidade, como, por exemplo, o adultério. Já no Império, o casamento era submetido à autoridade eclesiástica, visto que se tratava de assunto religioso, tanto que a Constituição Imperial de 1824 trazia quase nada acerca de Família (Hironaka, 2015).

Quanto àqueles que não eram católicos, só com a Lei 1.144, de 11 de setembro de 1861, tiveram o casamento regulamentado. Antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916, o direito brasileiro tinha forte influência das Ordenações Filipinas, desenvolvidas pelo Rei Filipe I de Portugal, em 1595, que, por sua vez, quanto ao direito de família, tinha forte influência do Direito Canônico, que impusera a observância

dos princípios decididos no Concílio de Trento (1524 a 1563) e da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, para os quais as Ordenações Filipinas deveriam ser interpretadas e aplicadas sob a ótica do Direito Canônico. A única autoridade competente para decidir sobre matrimônio, como anulações ou separações, era a autoridade eclesiástica. Casamentos entre pessoas que professavam religião diversa da do Estado dependiam de homologação para obter efeitos civis (Hironaka, 2015).

Oficialmente, ocorre no Brasil a separação entre Igreja Católica e Estado com a proclamação da República (Welter, 2004). Logo após essa nova organização brasileira, o chefe do governo provisório, Marechal Deodoro da Fonseca, “promulgou a lei sobre o casamento civil, cujo autor era Rui Barbosa, mediante o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890.” (Hironaka, 2015, p. 35), o que desvinculou o casamento da chancela eclesiástica. No entanto, o casamento permanecia indissolúvel. Desse modo, a Constituição Republicana de 1891, praticamente, não inovou em matéria de Família em relação à Constituição Imperial (Hironaka, 2015).

A Constituição da República de 1934 trouxe novidades para o ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a possibilidade de casamentos religiosos terem efeitos civis, desde que não contrariassem a ordem ou os bons costumes, e a proibição da discriminação de filhos legítimos e os ditos ilegítimos (Hironaka, 2015).

A Constituição da República de 1937 reforçou o caráter indissolúvel do casamento e também a igualdade

entre filhos naturais e os legítimos. Os ideais acerca do Direito de Família praticamente se mantiveram na Constituição da República de 1946, com o retrocesso da diferenciação entre filhos legítimos dos ilegítimos. A Constituição de 1967, muito alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, praticamente não inova em matéria de Direito de Família (Hironaka, 2015).

Após análise acerca das Constituições, sobre os códigos civis e leis infraconstitucionais, importante ressaltar que o Código Civil de 1916 teve forte influência do Direito Romano e foi elaborado em um contexto social em que as famílias eram, geralmente, rurais, hierarquizadas, patriarcais (o homem era o chefe maior da família) e patrimonialistas, em detrimento da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade (Rodrigues, 2004; Brauner, 2004). Tinha como características a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, ditava uma relação meramente civil entre adotando e adotado, e fazia da mulher casada relativamente incapaz, dependente do marido para realização de atos da vida civil (Hironaka, 2015). E apesar de vigorar em um país laico, tinha forte influência do cristianismo e de dogmas religiosos (Gama; Guerra, 2007).

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916, algumas mudanças legislativas iniciaram processo de modernização do diploma legal, bem como a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que, entre outras alterações, retirou a situação de incapacidade da mulher casada. A Lei nº

6.515, de 26 de dezembro de 1977, possibilitou o divórcio. A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, deu direitos aos companheiros, no que concerne à sucessão e a alimentos. A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentou a união estável (Hironaka, 2015).

A família moderna deve ser o espaço da livre expressão da personalidade, e o Estado não deve regular e coibir certas formas de afeto (Brauner, 2004). A entidade familiar perde o caráter de mera unidade econômica, passando a se guiar pelo afeto. Segundo Rodrigues (2004), com as mudanças sociais, o Código de 1916 perde a capacidade de regular as relações entre as pessoas.

Do descompasso havido entre a realidade e a legislação então em vigor veio a exigência de elaborar um novo Código Civil que absorvesse e refletisse a nova conformação social e respondesse às suas necessidades e aplacasse suas inquietudes. Nasceu, assim, o Projeto de Lei nº 635/75, que acabou se transformando na Lei nº 10.406, de 10/01/02 - o Novo Código Civil (Rodrigues, 2004, p. 193).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a entrada em vigor do Código Civil de 2002, apesar de parecerem romper com ideais patriarcais e tradicionais da respectiva Constituição do Brasil de 1967, quase totalmente alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, e Código Civil de 1916, acabaram por manter algumas características do Direito Canônico, como a “[...] (in) dissolubilidade do casamento, precedida obrigatoriamente

da separação judicial, [...] audiência de tentativa de reconciliação dos cônjuges ou companheiros, [...] busca de um culpado pelo fim do casamento ou união estável; [...]" (Welter, 2004, p. 87).

Ou seja, a legislação brasileira acabou por ser lar de diversos paradoxos; se por um lado parece avançar rumo à plena secularização, por outro ainda mantém raízes no direito canônico (Welter, 2004). Inclusive, no que concerne à união estável, ao mesmo tempo em que se reconhece essa modalidade de relação como entidade familiar, facilita-se sua conversão em casamento, como se união estável fosse um instituto hierarquicamente inferior àquele (Brauner, 2004).

Por sua vez, o Código Civil brasileiro de 2002 pouco inovou no que concerne ao Direito de Família, incorporando necessariamente as inovações implementadas pela Constituição de 1988, mas desconhecendo diversas conquistas emergidas da formulação doutrinária e jurisprudencial anterior (Brauner, 2004, p. 256).

Tartuce (2016) aponta que, na doutrina contemporânea, o Direito de Família passou por um processo de privatização, visto que o Estado age de forma indevida, interferindo em relações que deveriam ser íntimas; deve-se substituir o elemento sacro pelo elemento afeto, e liberdade de desenvolvimento da personalidade deve ser pilar fundamental.

Grande mérito do novo Direito de Família foi o reconhecimento de outras formas de relação como

família, como a substituição da expressão concubinato puro por união estável, e o posterior reconhecimento das uniões homoafetivas (Brauner, 2004), fruto de uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Isso ocorre, pois “[...] a evolução do direito de família não corre ao lado da evolução legislativa.” (Hironaka, 2015, p. 30).

Atualmente, há diversas propostas de mudanças no Código Civil de 2002, como o Projeto de Lei nº. 470/2013, de iniciativa do Senado, que instituiria o Estatuto das Famílias, derogando a parte de Direito de Família do Código Civil de 2002; a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que facilitou os processos de separação e divórcio; a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que possibilitou o divórcio direto; a ADPF 132/RJ e a ADI 4277/DF que permitiram a união estável homoafetiva que, posteriormente, o STJ reconheceu a possibilidade de casamento (Hironaka, 2015).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inova em seu artigo 226 ao não vincular o casamento à instituição da família. O reconhecimento do afeto, da isonomia entre homem e mulher, e o reconhecimento da pluralidade das formas de relação constituem caminho inevitável do Direito de Família, mesmo com as resistências de alas mais conservadoras-tradicionais da sociedade (Brauner, 2004).

Percebe-se, então, que os processos de evolução da regulamentação estatal das relações afetivas são de caráter contínuo, saindo de uma esfera religiosa e canônica,

para atingir graus de respeito à vida privada e da autonomia da vontade. Apesar de se notarem avanços e recuos durante a história legislativa brasileira, os caminhos apontados são realmente os de uma ampliação no reconhecimento dos mais diversos tipos de relações afetivas e da isonomia das novas formas para com a família matrimonial, que era o instituto quase que exclusivo da representação de família.

Diversidade relacional humana

A pós-modernidade/modernidade líquida trouxe consigo ideais de liberdade e livre desenvolvimento da personalidade. Agora, as pessoas tendem a agir de forma menos ligada a antigos dogmas ou tradicionalismos.

No campo dos relacionamentos, essa maior liberdade trouxe maior diversidade de relações afetivas e, conseqüentemente, pluralidade familiar. “A livre expressão do amor e do afeto só se tornou possível porque está sustentada por um novo discurso sobre a sexualidade.” (Pereira, 2001, p. 29). Porém, antes de adentrar na pluralidade de relacionamentos humanos, importante é ter uma noção do subjetivo humano, compreendendo os processos de afetividade sob a ótica psicanalítica freudiana e lacaniana.

Há um mito no ideal coletivo, reforçado pela cultura de que a sexualidade humana se reduz às diferenças anatômicas, pênis/vagina, macho/fêmea do reino animal. No entanto, a psicanálise de orientação freudiana e lacaniana

defende que a sexualidade humana tem um caráter fortemente polimórfico. Enquanto os animais são movidos por instintos selvagens, voltados à reprodução da espécie, os seres humanos são movidos por pulsões sexuais que variam muito na escolha de um objeto de gozo (Jorge, 2013).

O conceito de pulsão é, antes de mais nada, tributário dessa vocação lógica freudiana. Ele condensa os achados psicanalíticos sobre a sexualidade em torno de uma concepção simples e precisa: a busca de satisfação está na base da atividade sexual humana que, diversamente do instinto sexual animal, não está totalmente conectada à reprodução da espécie. Ela é uma força constante que se dirige a um objeto inexistente (dimensão real do objeto faltoso) e que, assim, pode ser substituído por qualquer objeto, até mesmo - e, às vezes, sobretudo - pelo espelho, conforme a descoberta fundamental de Freud sobre a dimensão que o narcisismo ocupa no campo sexual (Jorge, 2013, p. 20).

O campo da sexualidade humana ainda é de muita obscuridade e foge a qualquer tentativa de normatização. Nem mesmo a heterossexualidade é bem compreendida pela psicanálise, visto que não pode ser explicada a partir de uma justificativa do campo do reino animal (Paoliello, 2013). “Assim, toda versão da sexualidade é igualmente legítima e ninguém pode se arrogar o direito de autorizar ou desautorizar a sexualidade de ninguém” (Jorge, 2013, p. 18). A divisão entre sexualidade normal e desviante e a imposição de um modelo a ser seguido foram

construídos como consequência da cultura, visto que, no psiquismo humano, não é dessa forma que a sexualidade se apresenta (Cecarelli, 2013).

Sabendo que a sexualidade humana é indomável, sendo impossível sua normatização, as liberalizações dos tempos líquidos da modernidade líquida de Bauman possibilitaram que os sujeitos buscassem a livre expressão de suas sexualidades junto ao Estado e, conseqüentemente, ao direito. Com isso, novos modelos de família começaram a surgir na realidade fática, o que posteriormente impactou nas doutrinas e nos tribunais. Algumas mudanças advindas da pós-modernidade como o “Declínio do patriarcalismo, globalização, revolução sexual etc. interferem direta e indiretamente no ordenamento jurídico, [...]” (Pereira, p. 15, 2001), “[...] é necessário entender que a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução para se tornar muito mais o espaço da livre expressão do amor e do afeto” (Pereira, p. 29, 2001). Diante dessa situação, o direito é obrigado a se adaptar.

Pereira (2007) apresenta dados que demonstram que mais de 90% da população dos EUA não vivem no que se denomina família tradicional, pai que trabalha, mãe dona de casa e filhos do casal. Nesse país, há maior presença de outras combinações e formações familiares.

A pluralidade de formas de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único de

família, instituído pelo casamento. Aceitar que outras formas de relação merecem, igualmente, a proteção jurídica implica reconhecer o princípio do pluralismo e da liberdade que vem personificar a sociedade pós-moderna (Brauner, p. 259, 2004).

É preciso acrescentar que “[...] os princípios estruturadores do Direito de Família no Brasil, e em quase todo o ocidente, estão assentados em concepções de uma moral sexual ultrapassada” (Pereira, 2001, p.1). No Brasil, em virtude da forte herança positiva no direito, há o costume de se apropriar de conceitos fechados e estáticos ao longo do tempo para definir fatos sociais complexos, como a família.

Fazer tais conceituações limitam a realidade e reproduzem o pensamento do *status quo* vigente, que nem sempre reflete o pensamento majoritário (Hironaka, 2015). O STJ demonstrou que o rol de família na CRFB/88 não é taxativo, ao reconhecer como entidade familiar duas irmãs que moram juntas ou ainda a possibilidade de união homoafetiva, situação que não está escrita na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Tartuce, 2016).

Por isso, dizer que a família “é” para o direito necessariamente requer que fechemos os olhos para um sem-número de fatos sociais essencialmente representativos da família, mas que por vezes não se encaixariam nas letras frias de um invólucro qualquer do Direito positivado. Daí a necessidade de que os conceitos sejam cada vez mais abertos, especialmente em matéria de família (Hironaka, p. 53, 2015).

Percebe-se, então, a partir das próprias

características subjetivas humanas, que tentar normatizar as formas de exercício da sexualidade é uma tarefa impossível, visto o caráter polimórfico e fluido dessa. Diante desse desafio, talvez o melhor caminho para o Direito de Família seja respeitar o caráter privado dessas situações e não estabelecer um rol taxativo do que é, e do que não é uma família; os conceitos devem ser tão abertos quanto à diversidade de pulsões sexuais exige.

RELAÇÕES AFETIVAS NO MUNDO JURÍDICO

A Família Matrimonial e seus Paradoxos

Segundo Phipps (2014), a história da humanidade não é compreendida por saltos de evolução, mas sim por serpenteio e espirais; são processos de avanços graduais e, por vezes, alguns recuos. Tendo por base esse raciocínio, pode-se então compreender o porquê de, apesar de Igreja e Estado terem se separado e a moral religiosa ter perdido sua influência no direito, o Código Civil de 2002 e a própria Constituição da República Federativa do Brasil/88 ainda guardarem resquícios da confusão entre religião e Estado.

Provando a tese de que a história é feita por avanços e recuos, pode-se tomar de exemplo o divórcio no Império Romano. Para esse povo, o casamento não devia partir de uma mera obrigatoriedade, pois deveria também conter um consentimento pelo menos parcial; logo, o casamento nunca foi indissolúvel em Roma. O casamento só

adquiriu ares de eternidade com a introdução e adoção do cristianismo pelos imperadores romanos (Castro, 2005).

Outro fator que gera confronto entre o superado e o moderno é o próprio processo de criação do Código Civil de 2002, que tem início em 1975, portanto, antes da Constituição de 1988, sendo finalizado após os anos 2000, 26 anos em tramitação. Ou seja, o código civil, devido a esse longo período de tramitação, “nasce velho”, misturando ideologias conservadoras e progressistas (Almeida; Rodrigues Júnior, 2010).

Segundo Lôbo (2015), Almeida e Rodrigues Júnior (2010), a própria monogamia, apesar de ser por muitas vezes confundida como um princípio do direito de família, na verdade constitui um valor religioso e “como valor, não serve de padrão obrigatório a ser seguido por todos. A escolha pela adoção, ou não, da monogamia, é reservada aos envolvidos” (Almeida; Rodrigues Júnior, 2010, p. 115).

Outro exemplo de hibridização de pensamentos progressistas e conservadores é o fato de a Constituição da República Federativa do Brasil/88, apesar de reconhecer outras formas de constituição de família, ainda considerar o casamento como melhor forma de fazê-la (Marques, 2009), como se vê no artigo 226, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil/88: “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” (Brasil, 1988).

O artigo orienta que não se criem encargos ou obstáculos burocráticos para os companheiros que desejem tornar o companheirismo matrimonializado (Lôbo, 2009). Tal artigo exemplifica que, apesar de ser pluralista, a constituição ainda prefere que as famílias sejam formadas a partir do matrimônio, como pregam os dogmas cristãos. Ressalta-se que “[...] é do Direito Canônico o dogma da sacralidade do casamento” (Ribeiro; Fonseca, 2012, p. 133).

A valoração do matrimônio é percebida no fato de que as famílias monoparentais não são citadas no Código Civil de 2002 e na tentativa de esse mesmo código encaixar união estável na seção de casamento, fatores que contribuem para dar um peso maior à figura da união matrimonializada (Almeida; Rodrigues Júnior, 2010).

Passando ao artigo 1.566 do Código Civil, este enumera quais são os deveres dos cônjuges, entre eles cabe destacar a fidelidade recíproca (inciso I), a vida em comum, no domicílio conjugal (inciso II), e o sustento, guarda e educação dos filhos (inciso IV).

Sobre os dispositivos legais destacados, percebe-se que o inciso I baseia-se na monogamia como princípio jurídico. No entanto, como já demonstrado, a monogamia não deve ser vista assim, mas como um valor religioso, devendo esse ser relaxado e sujeito à autonomia da vontade de cada indivíduo e, quanto ao inciso II, o dever de coabitação já foi relaxado no âmbito do judiciário brasileiro, em virtude de a vida moderna ter acrescentado novas

situações à realidade social. Assim, não se faz obrigatório que casais habitem no mesmo espaço físico, nem deveria ser exigido, pois, assim como o inciso anterior, representa escolha do foro íntimo de cada casal (Almeida; Rodrigues Júnior, 2010; Tartuce; Simão, 2008). Quanto ao inciso V, os deveres nele listados sequer são de natureza marital, sendo deveres inerentes da parentalidade.

Quanto às solenidades e procedimentos necessários ao casamento, não são capazes de verificar questões como o afeto entre os nubentes, “o afeto ainda que seja possível provar, tem sua comprovação dispensada” (Almeida; Rodrigues Júnior, 2010, p. 74) na habilitação e no ato de institucionalização do casamento. E “[...] a afetividade se apresenta como a grande justificativa dos ambientes familiares espontaneamente instaurados” (Almeida; Rodrigues Júnior, 2010, p. 49). Tudo isso é formulado sem a necessidade de regras jurídicas, já que não se pode exigir afeto, pois constitui sentimento espontâneo e que, se for exigido, não será sincero (Almeida; Rodrigues Júnior, 2010).

O casamento nasce de uma vontade livre e que não precisa ser justificada, e da mesma forma se encerra. A instituição deve servir como meio de livre desenvolvimento da personalidade da pessoa, e não a pessoa servir à instituição; a autonomia privada deve reger tais relações (Almeida; Rodrigues Júnior, 2010). “O Estado, amparado pela cultura religiosa, [...] interferiu duramente, enquanto presente o ambiente favorável a essa interferência, na constituição e

dissolução do casamento.” (Ribeiro; Fonseca, 2012, p. 133).

Segundo Lôbo (2015), o princípio da liberdade resguarda a possibilidade de se constituir, vivenciar e extinguir uma relação familiar, sem a interferência de terceiros ou do próprio Estado, no entanto, salvaguardando as pessoas de relações de opressão ou violência. “Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral” (Lôbo, 2015, p. 117).

Sendo assim, percebe-se que o casamento tem caráter íntimo, e o Estado deveria abandonar a tradição própria de tempos anteriores de interferir e ditar as regras das relações afetivas, já que o casamento já foi ressignificado ao longo do tempo. O livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da liberdade devem estar sempre presentes, ditando como se deve proceder em relação ao casamento e quanto aos deveres dos cônjuges, o qual deve ser mais que uma instituição jurídica rígida, deve ser o espaço de construção de felicidade entre dois humanos que escolheram viver juntos e preferiram oficializar o matrimônio por meio do casamento.

As Relações Informais

A história do instituto união estável é envolta de preconceito. A sua definição antiga era concubinato, com duas divisões, o puro e o impuro, relações informais, sem uma

regulação jurídica como o matrimônio. Tal espírito ainda é muito marcante hodiernamente, apesar de já começar a se ressignificar (Gama, 2008). A própria distinção entre concubinato puro (união estável), aquele em que não há impedimento para o casamento, como os “[...] viúvos, solteiros, divorciados ou separados de fato” (Tartuce; Simão, 2008) e o impuro (relações adulterinas), relação entre pessoas impedidas de casar (Tartuce; Simão, 2008), já é cercada de estigma, visto que as formas de relações humanas são construídas em cada caso em particular. O que para uns pode ser adultério, para outros pode não ser. Tal classificação é meramente discriminatória e invade o campo da liberdade individual.

Segundo Farias e Rosenvald (2010), todas as entidades de família devem ter o mesmo grau de proteção e garantias estatais e legais, independente se estão consoantes com a moral religiosa ou com o comportamento padrão de determinado tempo.

O concubinato puro, também denominado companheirismo por parte da doutrina, sofreu com lacunas no direito positivado e teve a jurisprudência como potencializadora do seu reconhecimento (Gama, 2008).

A união estável era uma relação abominada pelo sistema jurídico brasileiro, sendo essa relação e seus entes formadores marginalizados; inclusive a prole que viesse a surgir desse tipo de relação era considerada adulterina (Gomes, 1999).

Em 1964, o Supremo Tribunal Federal (STF)

atribuía a essa entidade o caráter obrigacional/patrimonial em detrimento do caráter familiar, conforme conteúdo da Súmula 380. Contudo, segundo Gama (2008), tal união não é como uma simples celebração de contrato, pois envolve afeto e questões mais subjetivas, diferentemente da celebração de um contrato de compra e venda.

Dizer que o concubinato é somente sociedade de fato e não uma entidade familiar propriamente dita, como disserta a Súmula 380 do STF, significa excluir casos da realidade para se encaixar em padrões morais da época em particular.

Segundo Farias e Rosenvald (2010), o concubinato dito impuro sequer é reconhecido como entidade familiar, ainda hodiernamente, com a lei inclusive privando concubinos da titularidade de direitos, a exemplo do que se verifica no artigo 550 do Código Civil: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal” (Brasil, 2002),

O texto legal também priva o concubino de receber alimentos, visto que só há a menção ao cônjuge (matrimônio) e ao companheiro (união estável), conforme redação do artigo 1.694 do Código Civil: [...] “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social [...]”. (Brasil, 2002)

Tais normas, segundo Farias e Rosenvald

(2010), deveriam ser revistas, pois invadem a autonomia da vontade e a liberdade das pessoas de disporem de seu próprio patrimônio baseado em um preconceito ligado ao moralismo religioso e próprio de tempos passados.

Segundo Gama (2008), a Constituição da República Federativa do Brasil/88 fez questão de fazer constar em seus artigos a união estável como entidade familiar digna de proteção estatal, com fulcro na liberdade e na autonomia da vontade, de relação menos burocrática do que é o casamento.

No entanto, o mesmo texto constitucional hierarquiza as relações, ao versar sobre a conversão de uma união informal em uma união formal, que aparentemente é o mais desejável, (artigo 226, §3º) (Gama, 2008).

Sobre as características e requisitos de uma união estável, percebe-se a presença indevida da monogamia que, como já demonstrado anteriormente de forma reiterada, não consiste em um princípio jurídico, mas sim em um princípio moral, que não deveria ser levado em conta em um país laico como é o Brasil.

Segundo Dias (2006), a ausência da chancela jurídica em virtude de impedimento matrimonial não faz desaparecer a união informal (união estável). Mesmo diante de uma situação de impossibilidade matrimonial, a união estável pode existir em plenitude.

Quanto aos chamados deveres da união estável, presentes no art. 1.724 do Código Civil, percebe-se

que, assim como os do casamento, já exemplificados na seção anterior, são deveres de natureza parental, e deveres fundados em princípios moralistas que não deveriam ser sobrepostos à autonomia da vontade do casal, como, por exemplo, o dever de fidelidade, que em casos particulares pode ser mitigado, como diz Tartuce (2016); ou de coabitação que, segundo Farias e Rosenvald (2010), já foi relaxado perante o judiciário brasileiro, não sendo indispensável, devido às peculiaridades da vida moderna.

Dentro das discussões acerca dos relacionamentos informais, encontra-se o debate sobre o denominado “Contrato de Namoro”, forma de contrato instituído entre as partes para proteção e definição do patrimônio do casal. Nele, os parceiros querem afastar a possibilidade de ser considerada a relação como uma união estável.

O contrato de namoro, controverso perante a doutrina, deveria ser aceito como fonte de autonomia da vontade de um casal, já que esse, segundo Farias e Rosenvald (2010), é passível de existir, se o contrato é celebrado de boa-fé e a partir da vontade daqueles que o propõem, essa liberdade deveria ser respeitada. Como afirma Tartuce (2016), o Tribunal do Rio Grande do Sul já vem estabelecendo que há diferença entre um namoro longo e a união estável.

Ainda sobre esse tema, Felipe (2009) esclarece que, regra geral, o namoro e, inclusive, o noivado são irrelevantes para a norma jurídica, por serem, segundo o autor, relacionamentos não familiares; para ele, o que vai

transmutar um namoro em uma união estável seria o desejo íntimo de constituir família, “[...] no namoro cada um dos namorados ainda fala no singular, eu; na união estável, a linguagem é no plural: nós.” (Felipe, 2009, p. 48).

Com todas as vênias, na perspectiva do namoro, percebe-se que há uma perda da neutralidade da norma e do juízo, a partir do momento em que se exige que se elabore um juízo de valor que pode ser observado em dois pontos. O primeiro, ao dizer que namoro e noivado não são formas de família, o que consiste em uniformizar pensamentos e invadir o subjetivo das pessoas, visto que só aqueles que se relacionam conseguem fazer essa autocrítica. O segundo ponto é que a passagem do namoro para a união estável é puramente subjetiva, cabendo aos envolvidos sua colocação em uma ou outra situação e não o juiz ou o Estado ditarem essas regras do reconhecimento.

O regime de bens e a liberdade individual

Sobre o patrimônio e as relações afetivas, as regras a serem respeitadas deveriam ser aquelas definidas por aquele que têm a posse do patrimônio e por aqueles que se relacionam, ressaltando-se direitos de terceiros. No entanto, como será demonstrado, tal fato não ocorre verdadeiramente. O Estado, por meio de regras impositivas, muitas vezes guiado por questões meramente moralistas, impede a livre disposição de patrimônio em situações tabu

para a moral e os bons costumes.

Segundo Nunes (2005), Dias (2006) e Santos (2004), o Código Civil de 2002 reconhece o princípio da liberdade das convenções antenupciais, que garantem aos que desejam formar família, ou relacionarem-se de forma íntima, a garantia de liberdade de escolha de um regime patrimonial para reger a relação, tanto no casamento quanto na união estável, podendo escolher o regime que melhor atender as necessidades dos envolvidos, inclusive, mesclar regimes ou criar um, por meio de convenções, desde que não afrontem os princípios gerais do direito ou lesem a terceiros.

Nunes (2005), Dias (2006) e Santos (2004) ainda ressaltam que há o princípio da mutabilidade justificada do regime adotado, que é uma inovação do Código Civil de 2002, em comparação com o Código anterior, que coloca “[...] a nova codificação civil brasileira, na esteira das legislações mais atualizadas” (Santos, 2004, p. 214). O princípio garante aos sujeitos de uma relação já estabelecida mudarem o regime de bens que haviam convencionado anteriormente. Há muita discussão doutrinária sobre esse instituto, no sentido de dizer que permitir a mutabilidade ocasionaria insegurança jurídica, dando espaço para falcaturas. Concordar com essa corrente significa presumir a má-fé de uma eventual troca de regime, e dizer que mais vale não correr o risco de gerar fatos danosos a terceiros do que garantir a liberdade das pessoas. O princípio defende que a troca seja judicializada no caso da família matrimonial e, no caso da união estável, a mudança pode

ser realizada sem maiores burocracias, necessitando apenas da concordância e vontade dos companheiros. Defender que a cláusula que determina o regime de bens seja pétrea é um exagero de cautela combinado com uma grave afronta à liberdade individual e interferência estatal indevida.

O artigo 1.641, II do Código Civil de 2002 demonstra grave contradição, ao estabelecer um regime obrigatório para maiores de 70 (setenta) anos que venham a se casar. O que pode configurar abuso de intervenção a partir do momento que presume a má-fé de relações assim construídas, com o intuito de proteger o patrimônio de sujeitos que estão próximos do fim da vida.

Como já mencionado no parágrafo anterior, ao proteger o indivíduo de situações que englobem a má-fé, o Estado retira também o poder de escolha desse sujeito de direitos, agindo de forma paternalista e, como assegura Dias (2006), de forma flagrantemente inconstitucional. Proibir a escolha do regime em virtude de idade avançada configura grave intervenção estatal e limitação da autonomia da vontade e, segundo Pereira (2007), configura flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Nunes (2005) cita que a intenção do legislador, ao redigir o inciso supracitado, era impedir o casamento-negócio, realizado somente com interesse financeiro, visto que não é comum que pessoas se casem em idades avançadas. Tal pensamento é envolto de juízo de valor e antecipações de cunho moral, visto que maiores de 70 anos podem definir

os destinos do país pelo voto, mas não podem escolher o próprio regime de bens.

Como afirmam Nunes (2005) e Dias (2006), os tribunais já deram um passo importante com a publicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de presumir o trabalho conjunto nessas relações no que diz respeito ao patrimônio, metamorfoseando a separação obrigatória em uma participação final nos aquestos. Esse entendimento é importante, no entanto, é incipiente, visto que ainda não há a liberdade plena. Mas quem sabe não seria o início de um processo para garantir plena autonomia da vontade das pessoas plenamente capazes?

Outro ponto curioso é a vedação de doação de pessoa casada para concubina ou concubino, com a legitimação para que o cônjuge possa anular esse ato. Tal vedação tem em seu escopo forte espírito conservador e deixa à margem da proteção jurídica o reconhecimento das chamadas famílias paralelas, que são uma realidade, não podendo ser ignoradas porque meramente afrontam as bases morais conservadoras (Dias, 2006).

No confronto entre uma política familiar libertária e uma política conservadora, deve preponderar a noção de interesse social da coletividade. Assim, o legislador deverá adaptar a lei aos costumes e comportamentos da sociedade, respeitando as escolhas pessoais (Brauner, 2004, p. 276).

Após as discussões anteriores, percebe-se que a gestão de patrimônio de uma pessoa ainda tem limitações

de cunho moral e intervencionistas, e que o ideal para essa situação seria garantir a liberdade individual e autonomia da vontade dos sujeitos, ressalvados direitos de terceiro. De tal modo, por exemplo, ao se comprovar que a pessoa com mais de 70 anos tem consciência do regime de bens que está escolhendo, independentemente da idade do cônjuge, não deve ter a si determinado um regime de bens legal obrigatório.

O DILEMA DA REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS

Crítica ao positivismo

O Brasil tem grande influência do positivismo. A influência é tão flagrante que está estampada na Bandeira nacional, com o lema “Ordem e Progresso” – evidentemente positivista. Logo, esse movimento também afetará o ordenamento jurídico nacional. Discute-se, assim, nesta subseção, se esse seria o melhor sistema a ser adotado, apontando algumas falhas marcantes desse que está longe de estar em seus tempos áureos.

As teorias jusnaturalistas afirmam que há hierarquia entre os chamados direitos naturais, invioláveis e inalienáveis e o direito positivo. Para aqueles que abraçam essa corrente, o direito natural legitima, e o positivo garante, ou seja, o direito positivo sem o natural por trás seria inválido e vazio, pois o direito positivo deriva do natural. Desse modo, é o direito natural que legitima e dá sustentação axiológica

para o positivo. No entanto, para esses teóricos, o direito é imutável e petrificado (Bôas Filho, 2007).

A teoria positivista, no entanto, defende que o direito positivo deve ser erigido como são as ciências naturais e matemáticas, ou seja, deve-se haver pensamento puramente científico e neutro, para que as normas sejam de caráter imparcial, sem juízos valorativos, mantendo somente os chamados juízos de fatos (Bôas Filho, 2007). Porém, “[...] percebeu-se, a partir do materialismo histórico de Marx e do inconsciente de Freud, que o Direito é produto da cultura.” (Gama; Guerra, 2007, p. 125), logo o caráter imparcial e neutro é superado pelo direito fruto da cultura em que está inserido.

“A perspectiva clássica, no entanto, perdeu força após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota do nazifascismo, cujas barbaridades foram encobertas pela legalidade de um direito neutro e objetivo” (Gama; Guerra, 2007, p. 124). A teoria positivista, principalmente nos ideais propagados por seus clássicos, buscava o afastamento do direito da política, o que também está contido nessa ideia de neutralidade e imparcialidade (Habermas, 2003).

O legislador, ao ditar as regras jurídicas, está imerso em um contexto social, em tabus sociais, em valores sociais e religiosos, assim como os juízes estão imersos nesses mesmos contextos, logo, os códigos de leis e as sentenças terão sempre resquícios de juízos valorativos e pendências axiológicas.

Outro fator é que o direito busca regular a vida social, sendo essa extremamente dinâmica, logo faz-se impossível que aquele possa ser exercido como ciência exata. Direito é ciência social aplicada. Os juristas devem-se atentar à realidade lembrando que essa é a mais importante, ou seja, não é a realidade que deve se adaptar ao direito, mas esse que deve se adaptar à realidade (Rouanet, 2007).

Habermas (2003) demonstra, por meio dos estudos de Dworkin, que o direito positivo em suas jurisprudências, inevitavelmente, absorve conteúdos morais, o que não é surpresa, visto que o processo de formação das leis é envolto de ideologias e política.

O positivismo é um limitador natural das possibilidades de previsão do Estado, ou seja, a intervenção estatal nas relações humanas se mostra inviável também pela insuficiência de recursos do sistema de gerar normas que contemplem inteiramente as inúmeras hipóteses que podem se apresentar na realidade fática.

Percebe-se então a preocupação com o fato de o Estado regular as relações afetivas, pois um país influenciado pelo positivismo certamente ainda guardará resquícios de uma ciência que prometeu ser neutra, mas que, no entanto, infiltra de forma silenciosa valores morais de um *status quo* judaico-cristão nos códigos legais sobre família. Tentar abandonar tais noções em busca de um direito reflexivo e que busque a justiça é um desafio, no entanto, como será visto na seção posterior, essa não é uma

questão sem respostas.

Por uma nova forma de abordagem acerca das relações afetivas

O Direito precisa sempre se adaptar para melhor servir à sociedade. Se a sociedade muda, o Direito também deve fazê-lo, principalmente, no que tange ao Direito de Família. Autores que concordam com essa perspectiva apresentam visões de transformações na forma de se exercer a ciência jurídica no Brasil.

Sobre a normatização estatal, ressalta-se que o Estado pode tentar monopolizar a regulação e proteção de todos os processos e situações que acontecem na vida social, porém, não obterá sucesso. Mesmo que não haja a devida regulamentação, a sociedade pode criar novas formas de família ou novas situações que vão fazer a realidade estar sempre um passo à frente do mundo jurídico (Gama; Guerra, 2007). As leis não têm o poder de modificar a sociedade que rege (Miranda, 2004).

Rouanet (2007) defende que a melhor forma de se regular o direito e de o Estado intervir na sociedade é por meio da garantia de liberdade para o seu povo, sem que isso afete a vida de terceiros, sendo a liberdade princípio fundamental. Diante disso, percebe-se a importância da liberdade como direito a ser garantido e a ser verdadeiramente efetivado.

Há uma falsa ideia de que a ciência jurídica se

basta, que é totalmente independente e autônoma. O direito, como ciência complexa que visa à pacificação e à organização da sociedade e ousa tentá-las, não só pode, como deve buscar diálogos com outras ciências.

Na maioria das vezes, a interdisciplinaridade do direito é proposta pelos pesquisadores de áreas não jurídicas, como, por exemplo, o filósofo que faz *links* de sua área com o direito, o psicólogo que busca também esses diálogos, o sociólogo que busca compreender as relações da sociedade e do direito (Herkenhoff, 2005). Gama e Guerra (2007), por exemplo, apontam que o direito de forma isolada não é capaz de lidar com a questão das famílias que têm diversos outros contextos implícitos em sua formação e existência.

O regramento jurídico e, principalmente, o regramento do Direito de Família não podem se dar ao luxo de se manterem estáticos e isolados (Pereira, 2007). “Ao direito cabe elaborar os textos legais mais adequados à nova realidade de família e interpretá-los consentaneamente, evitando a cristalização, a mumificação e o nocivo descompasso entre um povo e seu direito” (Pereira, 2007, p. 44).

Herkenhoff (2005) apresenta uma nova forma de abordar o direito chamado de Direito Alternativo. Destaca-se que “[...] o Direito Alternativo afirma que toda concepção de Direito e toda prática jurídica é política, neste sentido: serve à conservação das estruturas sociais, ou é instrumento de busca de sua transformação.” (Herkenhoff, 2005, p. 61). O Direito Alternativo apresenta duas teses que buscam contrapor o

positivismo jurídico, primeiramente a tese de que a lei não é neutra, representando interesses difusos e sendo moldada a partir de visões de mundo diversas; em segundo, a tese de que não há igualdade jurídica em um país escandalosamente desigual como é o Brasil. Diante dessas informações, o Direito Alternativo vai confrontar aqueles juristas que em uma postura hipócrita, “ [...] se protegem de qualquer compromisso com a transformação social, sob o escudo de serem fiéis cumpridores da lei.” (Herkenhoff, 2005, p. 61).

Habermas (2003) propõe outra forma de se fazer direito, que abandone essa ligação estrita com o procedimento e a lei escrita vigente no positivismo, utilizando-se da teoria dworkiana, que possa ser exercido por meio dos princípios, em que as decisões jurídicas sejam pensadas e ligadas a uma teoria para compensar a fragilidade do positivismo.

Percebem-se a complexidade das ciências jurídicas, a importância dos diálogos disciplinares e a sugestão de novas formas de se fazer direito, para revelar uma forma dinâmica, dialética e de transformações constantes – como acontecem na diversidade relacional humana – assim devem ser as ciências jurídicas e conseqüentemente o Direito de Família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família tem seu conceito ligado de forma intrínseca à cultura em que é conceituada. Sendo assim, há diversos tipos de conceitos a depender da região e do tempo analisado. O Brasil, por ter sido colonizado por europeus, mais especificamente por portugueses cuja religião majoritária era o catolicismo, vê o seu conceito de família ligado ao direito canônico e à sacralidade da família através do matrimônio, que inclusive é um dos sacramentos da fé católica.

Quanto à sexualidade humana, percebe-se que é de caráter polimórfico, sendo que sua normatização não é possível, uma vez que escapa a qualquer tipo de classificação, e o modelo heteronormativo, visto como correto e normal pelo *status quo* judaico-cristão vigente está longe de ser o tipo normal de sexualidade. Sendo a sexualidade humana polimórfica, logo as formas de relacionamentos afetivos e consequentemente de modelos de família também o são.

Tendo por base que o direito brasileiro, em virtude de uma tradição católica, vai apresentar traços que pertencem ao campo da moral religiosa, é possível compreender o porquê de os códigos legais e até mesmo a Constituição brasileira apresenta situações em que o legislador, desrespeitando os limites da autonomia da vontade individual, legisla sobre fatos que deveriam ser acertados no foro íntimo de cada relação, equiparando também princípios religiosos a princípios jurídicos, e realizando proibições que

para a maioria dos autores utilizados nesse estudo veem como inconstitucional.

A presença de fatores com base em dogmatismos e moralismos religiosos nas leis constitucionais e infraconstitucionais no escopo jurídico brasileiro acaba ainda mascarado pelo fato de a tradição positivista, forte influência do Brasil, prometer uma neutralidade que não é real em relação às normas.

Diante dessa situação, percebe-se que o direito deve se afastar de seus impulsos normatizadores em relação ao Direito de Família, incentivando que regras e deveres decorrentes da família sejam erigidos pelos entes que formam aquela família, tendo o papel de supervisionar e evitar lesão e abuso de uns com os outros. É importante também para a ciência jurídica compreender que, em se tratando de Direito de Família, é incapaz de compreender os fenômenos dessas relações de forma isolada. Direito de família envolve questões subjetivas, psicologia, antropologia e sociologia. O diálogo e o afastamento do ímpeto de legislação do Estado poderia ser mais benéfico às relações familiares, pois seus entes buscam, de forma peculiar a cada caso, a auto-realização e a busca pela felicidade em um livre espaço de desenvolvimento da personalidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Da Ilusão à fórmula de contingências: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. (Coords.). *Direito e Filosofia: A Noção de Justiça na História da Filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. *Código Civil*, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *A morte do direito*. Belo Horizonte: Líder, 2004

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CECCARELLI, Paulo Roberto. A invenção da homossexualidade. In: QUINET, Antonio; JORGE, Marco Antonio Coutinho. (Orgs.). *As homossexualidades na psicanálise na história de sua despatologização*. São Paulo: Segmento Farma, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. [1884]. Trabalho relacionado com as investigações de Lewis Henry Morgan. Tradução: Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

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

FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Relacionamentos afetivos nos direitos civil e previdenciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. Função Social da Família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.). *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

GIKOVATE, Flávio. *A libertação sexual: rompendo o elo entre o sexo, o poder e a agressividade*. 2. ed. São Paulo: Summus, 2001.

GIKOVATE, Flávio. *Sexo*. 4. ed. São Paulo: MG Editores, 2010.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. 1.

HERKENHOFF, João Batista. *Escritos de um jurista marginal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O Conceito de Família e sua Organização Jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. (Coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

JORGE, Marco Antonio Coutinho. O real e o sexual: do inominável ao pré-conceito. In: QUINET, Antonio; JORGE, Marco Antonio Coutinho (Orgs.). *As homossexualidades na psicanálise na história de sua despatologização*. São Paulo: Segmento Farma, 2013.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Tradução: Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e os Princípios Constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. (Coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do direito de família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MELLO, Suely Amaral. *Linguagem e alienação da consciência*. Alfa, São Paulo, v. 41. 1997. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/alfa/article/view/4016>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MIRANDA, Pontes de. *À margem do direito: ensaio de psicologia jurídica*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Direito de família: regime matrimoniais de bens*. Leme: JH Mizuno, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos Humanos*. Assembléia Geral das Nações Unidas, 1948.

PAOLIELLO, Gilda. A despatologização da homossexualidade. In: QUINET, Antonio; JORGE, Marco Antonio Coutinho. (Orgs.). *As Homossexualidades na psicanálise na história de sua despatologização*. São Paulo: Segmento Farma, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PHIPPS, Carter. *Evolucionários: Revelando o potencial espiritual e cultural de uma das maiores ideias da ciência*. Tradução: Mário Molina. São Paulo: Cultrix, 2014.

RADCLIFFE-BROW, Alfred Reginald. *Estrutura e função na sociedade primitiva*. Petrópolis: Vozes, 1976.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. *Casamento e divórcio: na perspectiva civil constitucional*. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

RODRIGUES, Lia Palazzo. Algumas considerações sobre o Direito de Família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROUANET, Luiz Paulo. Positivismo jurídico *versus* justiça social?. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. (Coords.). *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia de vontade e os regimes patrimoniais de bens. *In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.). Direitos fundamentais do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família.* 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 5.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil.* São Paulo: Método, 2008, vol. 5

WELTER, Belmiro Pedro. A secularização do Direito de Família. *In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.). Direitos fundamentais do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FAMÍLIAS PLURAIS NA PÓS-MODERNIDADE

Rita Edite Lopes Borges¹

Analu Caribé Gonçalves Terence²

INTRODUÇÃO

É cediço que o Direito das Famílias é assunto dos mais mutáveis e inovadores. Entretanto, alguns aspectos, como a superação dos sistemas monogâmico e heterossexual, encontram barreiras sociais e morais que impedem a normatização de determinadas configurações que vêm ganhando visibilidade, como é o caso das uniões simultâneas e homoafetivas.

Nesse ângulo, embora os relacionamentos simultâneos correspondam a uma minoria, esta tem ficado à margem das regulamentações, uma vez que são constituídas mesmo perante a inexistência de normatização específica. Por conseguinte, começam a aparecer questões envolvendo famílias simultâneas, as quais o ordenamento jurídico está despreparado para tutelar, uma vez que inexistente posicionamento legal a respeito.

Percebe-se, portanto, a necessidade de se debruçar sobre o tema a fim de avaliar se é possível atingir

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - USFC. Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES. Advogada militante.

2 Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

seu reconhecimento e os eventuais empecilhos para tal.

Desse modo, busca-se, por meio da análise jurisprudencial e bibliográfica, contribuir com as discussões sobre o assunto, analisando o caminhar das famílias na pós-modernidade.

O presente trabalho utilizará as técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, observado o método de procedimento bibliográfico e método de abordagem indutivo.

O objetivo geral deste estudo é analisar a proteção jurisdicional aos novos modelos de família na pós-modernidade, especificamente as famílias simultâneas.

Assim sendo, o tema da presente pesquisa é pertinente, uma vez que a realidade fática das novas configurações familiares demanda posicionamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais que ainda não existem, ou, são tímidos demais.

Legalização do direito das famílias

Sabe-se que o Direito carece de pureza, pois existe uma constante interação do mundo jurídico com o político, o econômico e o ideológico. Agrava-se a situação quando se trata de Direito das Famílias, ramo da ciência jurídica que nos últimos tempos é o mais sujeito a transformações.

Desde a antiguidade, a família é cercada de

cuidados e normatização, seja das leis ou dos costumes. No Brasil, não foi diferente, iniciando pela hegemonia do catolicismo, baseado na doutrina matrimonial que ditava: “o casamento é contrato natural, instituído pelo criador” (Gen. 1.28; Mt19, 4 - 6) e, elevado pelo Código Canônico à categoria de sacramento (Ef. 5,32) (Can. 1055 - §§1 e 2). O casamento regulava-se unicamente pelo Código Canônico, total era o poder do clero - absolutamente coerente com o Estado que ditava, em sua Constituição, que a religião oficial era o catolicismo. Nesse contexto, só com o advento da laicização em janeiro de 1890, com o Decreto nº 181, se estabeleceu o casamento civil no governo provisório de Marechal Deodoro da Fonseca. A partir daí, para se casar perante o Estado brasileiro era necessário passar pelo oficial do cartório de registro civil e também preencher alguns requisitos, como por exemplo idade mínima, sendo 14 anos para as mulheres e 16 anos para os homens. E, em 1907 a Lei Feliciano Pena, Decreto nº 1.839, alterou significativamente a condição de cônjuge, incluindo alguns direitos.

Com o advento do Código Civil de 1916 (CC/1916), houve praticamente uma cópia dos direitos e deveres dos cônjuges do Código Canônico e da Lei Feliciano Pena. Assim, o referido diploma também adotou postura conservadora e patriarcal, uma vez que, entre outros tradicionalismos, o legislador praticamente ignorou a chamada “família ilegítima” e o “concubinato puro”. Nesse sentido:

[...] O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família constituída pelo casamento (Dias, 2017, p. 40).

Ainda no que tange ao conservantismo do antigo diploma civil, foi só com a edição de leis como a 4.737/1965 e a 6.515/1977 que os filhos e o cônjuge feminino foram especialmente tutelados. Assim, esses começaram a receber a atenção que, posteriormente, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) redundou na igualdade formal entre homens e mulheres e entre filhos, sejam estes “legítimos” ou não.

Com a promulgação da CRFB/1988 em 05 de outubro de 1988, houve a promoção da mais profunda transformação das relações afetivas brasileiras, sejam elas conjugais ou não, expandido enormemente a proteção do Estado as famílias.

[...] A Constituição Federal de 1988, [...] num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família

constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não no casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. [...] Como lembra Luiz Edson Fachin, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família (Dias, 2017, p. 41).

Noutro giro, a chegada do Código Civil de 2002 (CC/2002) não inovou, pelo contrário, na contramão da própria CRFB/1988, o CC/2002 dedicou muitos de seus artigos ao casamento civil e quase nada falou sobre as outras formas de se constituir família. No mais, o mencionado diploma ainda discriminou certas estruturas familiares, ao não garantir a seus integrantes os mesmos direitos que são atribuídos aos “cônjuges legítimos”. Logo, o referido código, frente a seu tempo de tramitação, as profundas modificações que sofreu e a timidez com que lidou com o direito das famílias, já nasceu velho, uma vez que não deu passos em direção aos temas constitucionalmente consagrados, muito menos passos ousados e inovadores (Dias, 2017).

No capítulo consagrado ao Direito das famílias no CC/2002, existem 103 artigos que regulamentam o casamento e cinco que regulamentam a união estável, contra sete que tratam da separação (ainda!) e quatro do divórcio. Logo, resta evidente que o código atual atende mais a instituição do que o indivíduo, a pessoa. Afinal,

insiste em estabelecer regras íntimas, como os direitos e deveres dos cônjuges, ultrapassando os limites de sua intervenção, ferindo mortalmente os direitos fundamentais de liberdade, de igualdade e principalmente o princípio da dignidade humana. Esta aqui colocada como valor supremo que orienta e justifica a realização dos direitos fundamentais do homem, vez que não é norma de direito, pois preexiste às normas jurídicas, valor interno que é. Assim, estaria como essência do Estado Democrático de Direito esposado pela CRFB/1988.

Quando o Estado, por um lado, intervém demasiadamente e, por outro, se abstém de tratar aspectos eminentemente pessoais, objetiva, sob o manto da proteção, reproduzir sua ideologia na sua busca constante de chegar e permanecer no poder. Fica clara a ação do aparelho coercitivo que se propõe a continuar dominando, ou seja, o espaço público interfere no privado para controlá-lo. É o que Habermas (2002) chama de “privacidade sob holofotes”. Fá-lo sub-repticiamente, de modo que a sociedade civil não perceba que está sendo manipulada, e principalmente que não perceba que é ela quem possui força suficiente para transformar o próprio Estado. Visando atingir seu propósito, este usa o Direito, criando um conformismo social que venha a ser útil para o grupo dominante.

Enquanto organizador estrutural da sociedade, o Estado, de certa forma, delimita os espaços, sejam públicos ou privados, nas relações sociais. Se, por um lado, busca

através de suas normas regras de convivência social que o caracterizam como Estado Democrático de Direito, noutra feita, verifica-se que este mesmo Estado que quer ser mínimo, neoliberal e garantidor dos direitos fundamentais invade áreas que dizem respeito apenas ao cidadão. Dessa maneira, age como um irmão mais velho que vela pelo menor, no clássico procedimento “morde e assopra”.

Contudo,
 [...] a atuação estatal não poderia invadir essa esfera de intimidade, pois, em uma relação de afeto, são os protagonistas que devem estabelecer as regras aceitáveis de convivência, desde que não violem a sua dignidade, nem interesses de terceiros [...] (Pamplona Filho; Gagliano, 2011, p. 106).

Mais que isso, é necessário reconhecer os diversos tipos de relacionamentos que compõem a sociedade atual, devendo ater-se à natureza privada dessas uniões (Dias, 2017). E, ainda:

[...] o Estado só deveria intervir para proteger pessoas vulneráveis. Devemos nos perguntar o porquê de tanto incômodo com famílias diferentes das tradicionais. Segundo a Constituição da República, em seu art.226, não há mais famílias ilegítimas. Todas devem receber proteção do Estado. Devemos nos perguntar também de onde vem esse querer impor regras aos outros e disciplinar os caminhos do desejo (Pereira, 2018, p. 349).

Quando regulamenta a união estável, nos artigos 1.723 a 1.727, o CC/2002 usa sinônimos para estabelecer os deveres conjugais infligidos com o casamento

civil. No entanto, se abstém completamente da união entre pessoas do mesmo sexo, e neste item estão implicados diretamente os temas da liberdade, igualdade e diferença acima discutidos.

Cabe aqui uma retomada nas lições Tocqueville e Mill, na primeira metade do século XIX, o primeiro na França e o segundo na Inglaterra, que alertavam para o perigo social que ameaçava a liberdade. Para Tocqueville, uma maioria que perderia o espírito crítico, e para Mill uma maioria que se converteria em opressora das minorias, que seria intolerante para com os diferentes. O século XX foi uma triste confirmação destes temores, sobretudo as ideias de Mill ecoam nos corações e nas mentes dos amantes da liberdade. Retomando os argumentos desse, Hart lembra que a democracia é justamente um regime que pretende criar a possibilidade da crítica e que a moral que se pode aceitar em uma democracia é uma moral crítica, em que os argumentos do gosto, da tradição, do nojo e do sentimento de repulsa da maioria não podem ser finais. Nesse viés:

[...] Por essa razão, não pode o direito discriminar comportamentos sexuais [...] ante a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CF) e à proibição da discriminação (art.3º, IV, da CF). Afinal, deve haver coerência jurídica. Não se pode, por um fundamento cultural – e não jurídico – negar reconhecimento a padrões de comportamentos diversos do mais comum (Donizette; Quintella, 2013, p. 910).

Ora, o que se valoriza na união de um homem e uma mulher nos dias de hoje é a intimidade, apoio mútuo, formas e graus distintos de amor, não é exclusivamente a tarefa procriadora. Por isso, torna-se cada vez mais insustentável dizer que as mesmas coisas – intimidade, apoio mútuo, formas de amor e respeito entre dois parceiros do mesmo sexo, devem ser abominadas ou desrespeitadas pela maioria e, conseqüentemente pelo Estado Democrático de Direito. O simples desejo por alguém do mesmo sexo não degrada ninguém, como o simples desejo por alguém do sexo oposto não converte ninguém em uma pessoa virtuosa.

[...] Não incluir a conjugalidade homossexual no laço social, deixando de dar-lhe legitimidade e desconsiderá-la como uma entidade familiar como outra qualquer, é continuar repetindo as injustiças históricas de exclusão de cidadanias. Expropriar cidadanias em razão das preferências sexuais é promover o mesmo ato nazista de excluir judeus para supostamente manter a raça ariana mais pura. As motivações e explicações dessas exclusões passam longe da ética e aproximam-se do moralismo perverso, que mata e tortura os semelhantes (Pereira, 2018, p. 334).

Necessário dizer que o respeito à liberdade que entende ofendida, neste aspecto da vida privada, não busca um retorno ao vago humanismo liberal ou ao individualismo exacerbado, mas afirmar a finalidade mais relevante da família: realizar a pessoa no grupo familiar. Porém, tal objetivo só é possível na solidariedade com o outro,

e, com um preceito amplo, o judiciário poderia efetivamente criar o Direito e o Justo, analisando os casos concretos e a crescente demanda das famílias plurais. Assim, a sociedade civil ganharia espaço e a democracia se fortaleceria.

O afeto como estrutura fundante na construção familiar

A entidade familiar se transformou na medida em que os sentimentos entre seus integrantes transbordaram, ou seja, na proporção em que o afeto foi valorizado e quisto. Por consequência, novos arranjos familiares surgiram, dotados de mais igualdade quanto a sexo, cor da pele, idade e demais qualidades, dando maior flexibilidade a seus componentes, com mais amor e menos regras (Santiago, 2015).

Daí, “a família e o casamento passam a ter um novo perfil, orientado para a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes, consubstanciando a concepção eudemonista de família” (Santiago, 2015, p. 58).

A família eudemonista é aquela que tem como início, meio e fim a felicidade. Esta busca é diretamente ligada aos princípios da liberdade e da dignidade humana, que por sua vez, pressupõe o homem como um indivíduo dotado de desejos, sendo a felicidade intimamente ligada à realização desses desejos.

[...] Se o que interessa na família e a felicidade de seus membros, a sua força como instituição não tem mais a relevância que tinha antes e não prevalece mais a vontade do Estado na determinação de sua formatação jurídica. A família continua, e está mais do que nunca empenhada em ser feliz. A manutenção da família depende sobretudo, de se buscar, por meio dela, a felicidade (Pereira, 2018, p. 330-331).

O princípio da afetividade passou a existir a partir do momento em que a família, além de ser núcleo econômico e que objetivava a reprodução, passou a ser fundada no amor e baseada no companheirismo e na solidariedade.

[...] a entidade familiar deve ser tutelada como meio para busca da felicidade de cada um de seus indivíduos. Daí a concepção eudemonista de família, na qual o afeto é elo de manutenção entre os casais, homo ou heterossexuais, unidos ou não pelo casamento civil. Quando não há mais comunhão de vida e de afeto, não se justifica a manutenção da conjugalidade (Pereira, 2018, p. 610).

Em decorrência da aplicação do supracitado princípio, é inafastável a conclusão de que o direito constitucional de família brasileiro, além da tríade casamento - união estável - núcleo monoparental, tem plena aptidão para reconhecer outras formas de arranjos familiares (Pamplona Filho; Gagliano, 2017), como o das uniões simultâneas, por exemplo.

Enfim, a afetividade, juntamente com demais princípios, em especial dignidade da pessoa humana e liberdade, originou uma nova concepção do Direito das Famílias, criando novos paradigmas ao ordenamento jurídico vigente. Ademais, refletiu na promoção da personalidade e das individualidades de cada membro da entidade familiar, na liberdade em constituir família e no enaltecimento da autonomia de vontade (Santiago, 2015).

Percebe-se, pois, que:

O afeto e o princípio da afetividade autorizam a legitimação de todas as formas de família. Portanto, hoje, todas as relações e formações de família são legítimas. Somente desta forma pode ser alcançada a cidadania, que tem significado de juízo universal, ou seja, faz cumprir também o macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, se a liberdade é a essência dos direitos do homem e de suas manifestações de afeto, a dignidade é a essência da humanidade (Pereira, 2018, p. 611).

Famílias simultâneas x monogamia x afeto

Conforme já exposto, o Direito das Famílias contemporâneo vem passando por transformações e, nesse sentido, várias construções jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) estão aos poucos tentando pacificar entendimentos e reconhecer direitos do que antes estava à margem da sociedade. *Verbi gratia*, as uniões homoafetivas que foram

reconhecidas pelo STF, que por unanimidade de votos julgou procedente a ADPF 132 e a ADI 4.277 reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Outra quebra de paradigma foi a aceitação da paternidade socioafetiva pelo STJ, entendendo que o reconhecimento paterno é válido se comprovada a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos.

No caso das chamadas famílias simultâneas, que dizem respeito à circunstância de, concomitantemente, um indivíduo ser integrante de duas ou mais entidades familiares diversas entre si, apesar de ser uma realidade brasileira há anos, só recentemente iniciaram as decisões a respeito, e, eventualmente, o reconhecimento.

Mas enunciado aprovado pelo IBDFAM reconhece efeitos jurídicos às famílias paralelas. E, como diz Giselda Hironaka, a família paralela ou simultânea não é família inventada. Nem é família amoral ou imoral, nem aética, nem ilícita. É família, e como tal, também procura o seu reconhecimento social e jurídico, assim como os consequentes direitos advindos dessa sua visibilidade na vida social e no sistema de direito brasileiro (Dias, 2017, p. 295).

Entretanto, as famílias simultâneas são praticamente invisíveis, visto que, mesmo que ocorra com alta frequência, é ignorada, uma vez que a onda conservadora invoca o “princípio da monogamia” e os deveres de lealdade e fidelidade para negar a concessão de direitos aos integrantes dessas uniões. Pior, não só a sociedade, mas a

legislação também tem se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, velocidade e complexidade das diversas uniões familiares que têm se formado, inclusive das simultâneas (Dias, 2017).

Como visto, o reconhecimento da união simultânea como uma entidade familiar é questionado em prejuízo do “princípio da monogamia”. Porém, registre-se que monogamia sempre foi uma imposição religiosa de um Estado anterior (não laico), muito presente na sociedade atual, mas que precisa ser repensado, tendo em vista princípios maiores, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, “a monogamia como padrão relacional do ser humano não passa de um verdadeiro mito” (Santiago, 2015), e, ainda:

[...] o princípio constitucional vigente é o da pluralidade dos modelos de família e não há, no ordenamento, norma acerca da monogamia no tocante a uniões estáveis ou a relacionamentos eventuais. Conforme asseverado, trata-se, muito mais, de uma questão cultural, influenciada por algumas religiões e pela moral (Donizetti; Quintella, 2013, p. 910).

Assim, não pode a monogamia inviabilizar direitos quando se tem em mente um novo paradigma de família trazido pela CRFB/88. Diante do contexto que permeia a monogamia, é possível afirmar que “o Direito, ou melhor, as leis não surgiram da razão do homem baseado em que isto é justo e aquilo é injusto. Elas surgiram dos cultos religiosos dos povos mais primitivos” (Coulanges, 1971).

Em que pese a realidade fática das uniões simultâneas, as quais ainda não são juridicamente tuteladas, se faz necessário evidenciar que, “se o nosso Código Civil optou por desconhecer uma realidade que se apresenta reiteradamente, a justiça precisa ter sensibilidade suficiente para encontrar uma resposta satisfatória a quem clama por sua intervenção” (Des. Lourival Serejo, TJMA, AC nº0049950-05.2012.8.10.0001, Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, 2ª Câmara Cível, publ. 26/05/2015).

Bobbio (*apud* Pereira, 2006, p.27-28) leciona que “os princípios são normas generalíssimas, isto é, são as normas mais gerais do sistema e contêm o espírito que paira sobre todas as leis, cuja origem pode ser identificada, inclusive como uma norma fundamental”. Em outras palavras, o valor moral não é uma imposição jurídica, pelo contrário, tanto “na ética como na moral o próprio indivíduo faz um juízo do que é correto ou não. Dessa forma, “poderíamos dizer que no plano da conduta moral o homem tende a ser o legislador de si mesmo” (Reale *apud* Pereira, 2006, p. 79). Muitos doutrinadores entendem que a monogamia é valor moral que não alcança, por si, o status de princípio jurídico, ou seja, não seria norma que pode se impor a todos, dando subjetividade à conduta. Nesse diapasão, Dias (2010, p. 61) diz:

[...] pretender elevar a monogamia ao *status* de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar

de emprestar efeitos jurídicos a um ou, pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel.

A voz dos nossos tribunais

Inicialmente, o direito não tratava a convivência afastada do casamento como uma entidade familiar, sequer quando o casamento era indissolúvel. Ainda assim, relações extramatrimoniais eram intituladas sociedades de fato. Posteriormente, com a constitucionalização das uniões estáveis, estas deixaram de ser de fato e passaram a ser entidade familiar. Ato contínuo (no entanto, muito tempo depois) as uniões homoafetivas, após reconhecimento do STF como uniões estáveis, também se enquadraram no conceito de entidade familiar (Dias, 2017).

Aparentemente, as uniões simultâneas seguem o mesmo caminho, uma vez que existem aos montes, mesmo que a mercê de qualquer reconhecimento ou tutela jurídica, e, atualmente, são chamadas uniões de fato.

Acontece que este modelo de família não é novo no Brasil. O que poderíamos entender como novo seria a busca da proteção estatal pelos direitos das pessoas envolvidas, ou seja, seu reconhecimento e consequentes garantias.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) explicita o assunto na apelação cível de nº 70015133069, em que a relatora Des. Maria Berenice Dias considerou que as provas orais colhidas em sede de instrução não deixaram dúvidas quanto à existência da união simultânea. Nesta feita, a eminente relatora declarou:

[...] conferir tratamento desigual a essa realidade fática importaria grave violação ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja digna de reconhecimento judicial.

Todavia, na mencionada oportunidade, a Des. Maria Berenice Dias foi voto vencido, tendo os demais desembargadores se apegado ao disposto no artigo 1.723 do CC/2002, o qual preleciona que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521 do mesmo diploma. Nesse sentido, o artigo 1.521 traz os impedimentos ao casamento, no caso, notadamente o inciso VI, o qual impossibilita o casamento, e, por conseguinte, a união estável, de pessoas já casadas.

Ademais, como negativa ao reconhecimento das uniões simultâneas, no caso em comento, também foram usados argumentos pró monogamia, pró fidelidade e pró lealdade. No mais, o Des. Ricardo Raupp Ruschel ainda demonstrou seu receio perante a realidade que bate a nossas

portas: “[...] se nós admitirmos que pode haver união estável paralela a um casamento na sua vigência, nós vamos ter que admitir dois casamentos, e por que não três, quiçá quatro ou cinco válidos, simultaneamente.”

Percebe-se, pois, que o posicionamento supra está na contramão dos valores e princípios que regem as relações privadas, sendo a união afetiva, simultânea ou não, por óbvio, uma relação privada. Nesse viés, visto que a monogamia se apresenta como valor moral arraigado na cultura brasileira, que vem ofuscando juridicamente situações de simultaneidade familiar existentes no mundo fático, não seria certo afirmar que o comportamento monogâmico só deve vincular as pessoas caso elas próprias o tenham escolhido?

Pelo exposto, fica evidente que a simultaneidade familiar é realidade que já busca acolhimento pelo Estado como entidade familiar, a fim de que seus membros também recebam a especial proteção do Estado prevista constitucionalmente às famílias.

Outrossim, Hironaka ressalta que “a verdade jurídica cedeu vez à imperiosa passagem e instalação da verdade da vida” (IBDFAM, 2013). O que é fato, uma vez que a família, seus membros e regras mudam com o passar do tempo, ou seja, a família não tem mais um modelo único.

Que as formações plúrimas existem no mundo fático, isto é indiscutível, a própria CRFB/1988 consagra princípios do pluralismo familiar, dignidade da pessoa

humana, isonomia das entidades familiares e autonomia privada. Então, qualquer que seja o modelo de família, cabe ao Estado protegê-la, e nossos tribunais estão começando a enxergar isso, a enxergar “a vida como ela é”:

Em suma, as uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. E, ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade (STJ, REsp 1157273 RN, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, 3^a T., publ. 07/06/2010).

Famílias paralelas. Possibilidade. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. **Relator:** Lourival de Jesus Serejo Sousa. **Tribunal** TJMA - 27/08/2015 Apelação cível. Ação de dissolução de sociedade de fato c/c partilha de bens. União estável paralela. Possibilidade. Sujeição ao regime de comunhão parcial de bens. Honorários Advocatícios. Excesso. Provimento parcial. 1. A pluralidade de famílias consagrada pela Constituição Federal permite que se reconheça uma entidade familiar, organizada e constituída paralelamente a outra que atenda aos mesmos pressupostos. 2. Relação de afeto que reclama reconhecimento judicial como forma de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana

e ao pluralismo dos núcleos familiares. 3. Não ofende a lei nem a monogamia o reconhecimento de uniões estáveis paralelas que se mantiveram públicas e duradouras por 28 anos consecutivos, com o conhecimento recíproco. Peculiaridade justificada por princípios constitucionais. 4. A Constituição Republicana dispõe, em seu artigo 226: A família, base da sociedade, terá especial proteção do estado. Nessa previsão constitucional não há eleição de uma família especial para merecer proteção legal, nem poderia, diante da opção pluralista do nosso Estado de Direito e por tratar-se de norma inclusiva, com extensão a todas as formas de família. 5. Sendo uma das hipóteses que excetua a regra geral de comunicabilidade dos bens, a sub-rogação deve ser suficientemente provada pela parte a quem interessa, sob pena de não ser reconhecida. 6. A condenação ao pagamento de honorários advocatícios deve estar de acordo com os critérios constantes nas alíneas a, b e c do § 3º, do art. 20, do CPC. 7. Apelação parcialmente provida (TJMA, AC nº 26356/2013, Relator: Lourival de Jesus Serejo Sousa, Terceira Câmara Cível, J. 01/09/2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os novos modelos de famílias que despontam, surgem porque as pessoas desejaram. Lacan (1999) já dizia que é o desejo que revoluciona. Historicamente, sempre foi assim, uma vez que a família não é criação do Estado, muito menos invenção do Direito. Compreender, aceitar e reconhecer essa família plural, sem impor tantas regras não é fácil para quem não vive o mundo das leis e do poder, mas é imprescindível para o exercício da liberdade. Uma liberdade

que tem força suficiente para se autodefender e que precisa ser avivada em cada indivíduo, pois sem ela não existe dignidade humana. O desafio que se coloca é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica. Do contrário, corre-se o risco de se tornar poeta de um mundo caduco.

Enfim, não se pode negar que foi percorrido um caminho considerável até aqui, e, cientes desse caminho feito saudamos os novos arranjos familiares, sem jamais esquecer a lição de um grande e sábio sertanejo que atende pelo nome de Riobaldo e reside neste grande sertão “agora que principiamos e já andamos um caminho tão grande, ninguém nos fará virar e nem andar de fasto” (Rosa, 2015).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12/05/2019.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro (RJ). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 12/05/2019.

BRASIL. Lei 4.737, de 15 de julho de 1965. *Institui o Código Eleitoral*. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em 26/06/2019.

BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências*. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em 16/06/2019.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 15/05/2019.

BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. *Promulga a lei sobre o casamento civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em 26/06/2019.

BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. *Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em 27/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132, Rio de Janeiro*. Rel. Min. Ayres Britto. Plenário. Brasília (DF). Data da Publicação: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 13/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 4.277, Distrito Federal*. Rel. Min. Ayres Britto. Plenário. Brasília (DF). Data de Publicação: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 13/05/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. *Apelação Cível nº 0049950-05.2012.8.10.0001*, Relator: Des. Marcelo Carvalho Silva, 2º Câmara Cível. Data de Publicação: 25/05/2015. Disponível em <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/tjma-familia-simultanea/>>. Acesso em 25/06/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70015133069*, Relatora: Des. Maria Berenice Dias, 7º Câmara Cível. Data de Publicação: 13/09/2006. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/jurisprudencia.php?subcat=1126>>. Acesso em 25/06/2019.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2006.

CÂMARA, Giselle; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro (RJ): Imago, 2003.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo (SP): Martim Claret, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4. ed. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. 2. ed. São Paulo (SP): Atlas, 2013. Livro Eletrônico.

HABERMAS, Jurgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Rio de Janeiro (RJ): Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito do direito*. Rio de Janeiro (RJ): Martins Fontes, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/14>>. Acesso em 07/04/2013>. Acesso em 07/04/2013.

LACAN, Jacques. *O seminário: livro 5 - As formações do inconsciente*. Rio de Janeiro (RJ): Zahar, 1999.

LINS, Regina Navarro. *Novas formas de amar*. São Paulo (SP): Planeta do Brasil, 2017.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo (SP): LPM Editores, 2006.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração universal sobre os direitos humanos*. 10 de dezembro de 1948. Paris. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30/06/2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil direito de família*. São Paulo (SP): Saraiva, 2011, N° 4.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo (SP): Saraiva, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro (RJ): Imago, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*. 2. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2018.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão veredas*. Rio de Janeiro (RJ): Nova Fronteira, 2015.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba (PR): Juruá, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis Charles Henri Clérel. *Igualdade social e liberdade política*. Rio de Janeiro (RJ): Nermam, 1988.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias poliafetivas: uma análise jurídica sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea*. Belo Horizonte (MG): D'Plácido, 2017.

A TARIFICAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS OPERADA PELA LEI 13.467/17 FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Wellington de Oliveira Félix¹

Ana Lúcia Ribeiro Mól²

Amanda Rafaela Siqueira Amaral³

Introdução

O presente capítulo cinge-se à discussão da potencial ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana concebida pelo legislador, após a edição da Lei 13.467/17, em virtude do novo método de condenação que fora estabelecido aos pedidos de indenização de natureza extrapatrimonial no âmbito da Justiça do Trabalho, qual seja o sistema tarifário.

O que se pretende é verificar se a norma em comento é ofensiva ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que os abalos morais se encontram, agora, submetidos a uma gradação, com valores máximos previamente estipulados, em que a base de cálculo é pautada

1 Professor do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

2 Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Professora do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

3 Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

no último salário contratual do ofendido.

Os fundamentos para a escolha dessa temática decorrem dos impactos que esse novo regramento ocasionará, dado que os destinatários da norma são os trabalhadores, logo, a imensa maioria da sociedade.

Destaca-se, também, que esse novo método de condenação vem causando grandes controvérsias perante a comunidade jurídica e acadêmica, porquanto existem argumentos contrários, dentre os quais alega-se que a matéria é inconstitucional e ofensiva à dignidade humana. De outra sorte, há quem defenda e sustente que o sistema é a exata medida para se assegurar a estabilidade e segurança jurídica das decisões judiciais que envolvam o problema.

É certo que a dignidade da pessoa humana não possui um conceito prontamente estabelecido, todavia não se pode olvidar que se trata de um princípio com elevada carga valorativa, que é fonte para todo o ordenamento jurídico.

Diante disso, para que se chegue a uma conclusão acerca das discussões levantadas, torna-se impreterível trazer à baila indagações a respeito dessa nova forma de condenação, apontando questionamentos, sobretudo, se referida tarifação configurar-se-ia um retrocesso social.

Do dano extrapatrimonial

Antes de mais nada, para contextualizar a problemática outrora apresentada, é preciso que seja definido o que se entende por dano extrapatrimonial e quais são as suas características principais.

Nesse sentido, é preciso esclarecer que o dano extrapatrimonial, também denominado de dano moral ou imaterial, diz respeito a todo agravo/infortúnio suportado por alguém que se sentiu violado em sua esfera subjetiva.

Leite (2018, p. 60) traduz o conceito de dano extrapatrimonial da seguinte forma:

O dano moral consiste na lesão que emerge da violação de determinados interesses não materiais, porém reconhecidos como bens jurídicos protegidos, inerentes à personalidade do ser humano, podendo também alcançar os valores extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou mesmo a uma coletividade, classe, grupo ou categoria de pessoas (danos morais coletivos). A reparação do dano moral encontra-se difundida e aceita, sobretudo com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, consolidado no já citado art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nota-se, portanto, que o dano moral ou extrapatrimonial refere-se a todo abalo que um indivíduo não consiga mensurá-lo, de pronto, em pecúnia, porquanto estão afetos aos sentimentos e valores humanos.

Referido instituto encontra fundamentos na

teoria da responsabilidade civil, prevista, inicialmente e com maior riqueza de detalhes, no Título IX do Código Civil de 2002.

Conforme o fato que enseja a responsabilidade civil, pode-se dividi-la em contratual ou extracontratual. A responsabilidade contratual, melhor denominada de negocial, já que pode originar-se, também, dos atos unilaterais da vontade, deriva da infringência de uma cláusula, que fora estabelecida aos contraentes, quando da elaboração do instrumento contratual. Por outro lado, em virtude de não se estabelecer quaisquer vínculos negociais entre as partes envolvidas, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana possui um vínculo geral da solidariedade social, estabelecida na lei e no ordenamento jurídico e que emerge da prática de um ato ilícito por uma pessoa (capaz ou incapaz) (Diniz, 2012).

A doutrina apresenta como elementos gerais para a configuração da responsabilidade extracontratual os seguintes requisitos: conduta humana ou ato ilícito, dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos.

Gagliano e Pamplona Filho (2012) afirmam que a conduta humana é o primeiro elemento da responsabilidade civil, podendo ser positiva ou negativa. O elemento dano, por sua vez, diz respeito ao resultado experimentado pelo ofendido, atingindo-o tanto em sua esfera patrimonial quanto extrapatrimonial. O nexo de causalidade, por fim,

refere-se à análise do liame entre a conduta imputada ao agente e o dano experimentado pelo ofendido.

Segundo Tartuce (2018, p. 492), “o nexos de causalidade ou nexos causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém”.

Desse modo, para que incida o dever de indenizar deve, necessariamente, estarem preenchidos esses três requisitos: a conduta (dolosa ou culposa), o dano e o nexos de causalidade entre os dois primeiros.

Certo é que, estando presentes tais requisitos, surge para o causador do dano o dever de indenizar. No caso da Justiça do Trabalho, tal dever, especialmente no caso de danos extrapatrimoniais, possui sistemática própria, que será analisada a seguir.

O dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho

A jurisdição, mecanismo decorrente da soberania estatal, configura-se como o poder do Estado por meio do qual referido ente se vale para solucionar os conflitos de interesses, com a aplicação do direito ao caso concreto.

Para que o Estado detenha o controle e eficiência na aplicabilidade da lei, diversos mecanismos foram criados, dentre eles, o de que o monopólio da jurisdição seria atribuído ao órgão judiciário.

Todavia, ante a existência dos mais variados tipos e quantidades de questões discutidas, para uma melhor interpretação e aplicação das normas, houve a distribuição de funções internas, dentre as quais, a criação das competências.

Como bastante repisado doutrinariamente, a competência é tida como a medida da jurisdição, porquanto estabelece ao magistrado o âmbito dentro do qual poderá exercer sua atividade jurisdicional.

Por força disso, a Constituição de 1988 prevê, no artigo 114, inciso IV, que a Justiça do Trabalho detém a competência material para julgar as ações com pedido de indenização por dano moral decorrentes de uma relação de trabalho.

Nesse aspecto, cabe frisar que, no período que antecede à Lei 13.467/17, as condenações por danos extrapatrimoniais fundamentavam-se, por analogia, nos regramentos do Código Civil de 2002.

Em face disso, os valores outrora arbitrados atentavam-se à tradicional tricotomia objetivada na reparação civil, qual seja: *método paliativo*, no qual busca-se promover um consolo ao dissabor sofrido pela vítima do fato; *método repressivo*, configurando-se um mecanismo de punição pela conduta ilícita praticada, e o *método pedagógico*, que visa o desestímulo e a não reiteração.

Com a inserção do Título II-A na Consolidação das Leis do Trabalho, o legislador passou a estabelecer, no artigo 223-G, §1º, incisos I a IV, um novo mecanismo de

condenação a ser obedecido pelo magistrado, no qual se fixou uma gradação e estabeleceu-se os valores máximos para cada grau de ofensa sofrida, ou seja, o método da tarificação.

Dessa forma, além das já mencionadas peculiaridades que o magistrado deve observar no momento da condenação, há, também, a necessidade de que o juiz classifique o grau da lesão suportada pelo ofendido, para que se possa estabelecer, por conseguinte, o respectivo valor da condenação.

De forma específica, o §1º, do art. 223-G, da CLT encontra-se assim redigido:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

(Brasil, 1943)

A questão que se põe é: até que ponto a tarificação do dano extrapatrimonial encontra-se em conformidade ou não com o princípio da dignidade da pessoa humana? Para a análise desse questionamento, mostra-se imprescindível conhecer os exatos parâmetros dessa diretriz principiológica.

A dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo do ordenamento jurídico

O ser humano, para assim ser considerado, antes de mais nada, há que ser respeitado em sua integralidade. Esse respeito impõe ao Estado o dever de garantir aos seus cidadãos todas as condições imprescindíveis para uma vida plena e digna, tanto sob os aspectos materiais, quanto espirituais.

A dignidade da pessoa humana, postulado previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988, constitui um vetor de aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Moraes (2014, p. 18) preceitua que:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao direito à felicidade.

Trata-se, portanto, de um valor singular e inerente a todos, sendo atribuído de diferentes formas por cada ser humano e que serve de fundamento à valorização e respeito do homem.

Pela atual concepção de dignidade humana, constata-se que sua caracterização muito se aproxima à doutrina do cristianismo, em que o homem fora concebido à imagem e semelhança de Deus. Ou seja, os homens nascem iguais e, por serem semelhantes ao seu criador, também são dotados de valores (Barroso, 2010).

Segundo Kant (2007), a dignidade humana encontra sua causa em um elemento finalístico: o homem como fim em si mesmo. A lógica desse raciocínio é a idealização de algo cuja existência resguarda, em si mesmo, um valor absoluto e que, justamente por essa peculiaridade finalística, poderia tornar-se a base para criação de determinadas leis.

Imperioso destacar, também, um segundo elemento a compor a dignidade humana, qual seja, a autonomia da vontade, que é colocada pelo filósofo como o princípio soberano da moralidade.

Nessa linha de fundamentação, Kant (2007, p. 69) pondera:

O fundamento deste princípio é: A natureza racional existe como fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, neste sentido, este princípio é um princípio subjectivo das acções humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exactamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é portanto simultaneamente um princípio objectivo, do qual como princípio prático supremo se têm de poder derivar todas as leis da vontade.

Nessa esteira, para Kant (2007), compreender e reconhecer a dignidade humana é, ao mesmo tempo, reconhecer que o valor do ser humano é superior ao valor de qualquer objeto.

Noutro giro, buscando especificar o sentido contido na amplitude do termo “dignidade da pessoa humana”, Canotilho (1993) apresenta um método ao qual denominou de “Teoria dos Cinco Componentes”. Nesse linear, o jurista apresenta cinco elementos base que se integram à vasta significação contida no termo em análise.

Em suma, pelas várias perspectivas delineadas, a dignidade humana deve ser interpretada, a um só tempo, como meio assecuratório do direito à integridade corporal e psíquica, à autodeterminação, à isonomia, à autonomia da vontade, bem como o direito ao mínimo existencial (Canotilho, 1993).

Habermas (2012, p. 41), por seu turno, ao partir das premissas de reconhecimento e isonomia, aduz que

[...] a dignidade humana transfere o conteúdo de uma moral de igual respeito por todos para uma ordem baseada no estatuto de cidadãos que obtêm a sua autoestima do facto de serem reconhecidos por todos os outros cidadãos como sujeitos de direitos iguais e exigíveis.

O filósofo ainda destaca que “a dignidade humana, que é una e a mesma em todo lugar e para cada um,

fundamenta a indivisibilidade dos direitos fundamentais” (Habermas, 2012, p. 16).

É dizer, independentemente de qual local situa-se a análise e entendimento acerca da dignidade humana, ela terá o mesmo significado e fundamentação, cujo preceito essencial é o de que todos são únicos/singulares em sua essência. Da mesma sorte, esse cidadão possui idêntico direito e respeito para com o seu semelhante, protegendo-o, conseqüentemente, contra eventual ideia de fracionamento e supressão de direitos fundamentais.

Nesse caminhar de ideias, infere-se que a busca pela valorização e dignificação do homem, ganhou, dentro desses mais de dois milênios de história, os mais variados conceitos e teorias.

Contudo, referido princípio somente se tornou um preceito constitucional supremo após as barbáries e atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial. Foi exatamente nesse contexto em que ocorreu uma internacionalização e utilização prática desse princípio, deixando, para tanto, de ser um mero adorno teórico.

No Brasil, a adoção constitucional desse princípio como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil concretizou-se após sua capitulação no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988 (Casaril, 2007).

Certo é que tanto a norma constitucional, como as mais variadas teorias e estudos que se debruçaram sobre essa diretriz principiológica, em sua essência, sempre

convergem em um ponto crucial: a valorização à existência única de cada ser humano.

Justamente em decorrência dessa característica principal, o princípio da dignidade humana tem um vínculo estreito com o Direito do Trabalho, que busca proteger, em última análise, o trabalhador.

As normas desse ramo do Direito buscam conferir a essa classe condições mínimas de trabalho digno, de modo que seu estudo não pode ser dissociado desse princípio, como adiante se verá.

A dignidade da pessoa humana e sua estreita relação com Direito do Trabalho

O compilado de direitos trabalhistas postos no atual cenário jurídico são provenientes de infundáveis séculos de luta e sofrimento, sendo moldados e aperfeiçoados com o passar dos anos.

Na Antiguidade (período da história contado a partir do desenvolvimento da escrita, mais ou menos 4000 anos a.C., até a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 da era Cristã), a sociedade era classificada em senhores e escravos. O trabalho não era visto como algo de prestígio e reconhecimento, pelo contrário, era considerado uma forma de punição, submissão e controle (Pretti, 2014).

Com a crise do Império Romano e as constantes invasões bárbaras, restou impossibilitado o empreendimento

de atividades comerciais, ocorrendo, conseqüentemente, um processo de ruralização, no qual propiciou o surgimento de um novo mecanismo político e socioeconômico: o regime de servidão (Cassar, 2017).

Essa era ficou conhecida como o período do Feudalismo, dividindo a sociedade, basicamente, em suserania e vassalagem. Assim, em troca de terras e proteção militar, os vassalos colocavam à disposição dos seus senhores sua mão de obra, obediência e auxílio (Cassar, 2017).

A despeito dessa forma de relação política adotada apresentar uma tênue característica de bilateralidade, não se viu grandes preocupações com as condições de trabalho suportada pelos vassalos (Jorge Neto; Cavalcante, 2019).

A partir do século XVIII, iniciou-se na Inglaterra uma nova forma de exploração econômica. A economia de subsistência, bem marcada no Feudalismo, deu lugar aos ideais de produtividade em massa e acúmulo de capitais, passando a ser denominada como a era da Revolução Industrial (Pretti, 2014).

Com isso, um novo mecanismo de exploração (arbitrário e desgastante) é criado e os trabalhadores passam a ser submetidos a extensas jornadas de trabalho, baixos salários e com uma intensa exploração do trabalho feminino e do menor, refletindo, com isso, a primitiva ideia de coisificação do homem (Pretti, 2014). Nesse contexto, a sociedade passa a ser dividida em duas classes: a capitalista

e a proletária (Jorge Neto; Cavalcante, 2019).

Com a excessiva exploração do trabalho humano, sem quaisquer preocupações ligadas à qualidade de vida, a classe proletária resolve se unir em prol de melhores condições de labor (Cassar, 2017).

Dessa forma, passaram a reivindicar a elaboração de uma lei que regulamentasse, dentre outras questões, as condições de segurança e higiene, o limite de jornadas, a proteção do trabalho da mulher e do menor, bem como a fixação de uma parcela mínima a ser paga mensalmente (Cassar, 2017).

Entretanto, somente após anos de lutas e reivindicações é que o Estado passou a reconhecer que as relações entabuladas entre empregado e empregador não eram isonômicas e necessitavam, para tanto, de uma intervenção estatal (Paulo; Alexandrino, 2010).

Em face de tantos pleitos, somados ao fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado altera a sua forma de atuação e passa a ser um implementador de soluções às questões sociais colocadas em xeque, passando a adotar uma série de novas políticas públicas que reconheçam o valor do trabalho humano e o importante papel desempenhado pelos sindicatos (Jorge Neto; Cavalcante, 2019).

É, portanto, diante de tantas violações ao princípio da dignidade da pessoa humana (proveniente das péssimas circunstâncias de trabalho, às quais impunham a coisificação do homem, a excessiva exploração do trabalho e

consequente inexistência de momentos de descanso e lazer), que fizeram nascer o Direito do Trabalho (Pretti, 2014).

No Brasil, os progressos sociais relacionados ao trabalho revelam-se tardios. Isso porque a desvinculação com a escravidão e a adoção do trabalho industrial decorreram de um lento processo cultural e político (Cassar, 2017).

Com o início da Era Vargas (1930-1945), essas inovações legislativas se intensificaram, sendo possível verificar uma maior intervenção estatal nas relações de trabalho e a criação de diversos dispositivos legais (Jorge Neto; Cavalcante, 2019).

Contudo, é a partir da promulgação do Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, que surge uma legislação unificada acerca das relações de trabalho, sob a denominação de Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (Jorge Neto por Cavalcante, 2019).

A CLT é um compilado das inúmeras legislações esparsas que tratavam acerca do direito individual, direito coletivo e direito processual do trabalho. Referido diploma, apesar das constantes modificações e adequações, é, ainda hoje, a legislação aplicada às relações de trabalho no Brasil (Jorge Neto por Cavalcante, 2019).

O diploma regulamentou, a um só tempo, diversas questões sociais pleiteadas durante anos pelos trabalhadores e que, em sua essência, gravitam em torno da temática acerca das constantes violações à dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho.

Tarifação *versus* dignidade da pessoa humana

Estabelecidos os parâmetros da responsabilidade extrapatrimonial, fixados os conceitos e características do princípio da dignidade humana e demonstrada a relação desse princípio com o Direito do Trabalho, faz-se necessário, neste momento, analisar o sistema de tarifação do dano extrapatrimonial inserido na CLT, por meio da Lei 13.467/17, a chamada Reforma Trabalhista.

Antes da entrada em vigor dessa lei, as condenações em indenização por danos morais tomavam por parâmetro o critério do arbitramento, com base em que o juiz, atentando-se às peculiaridades do caso concreto, fixava um valor que entendia ser justo e razoável à reparação do dano. Tal critério encontra seu fundamento, basicamente, no Código Civil de 2002.

Não obstante, é preciso ressaltar que, no período que antecedeu à Constituição de 1988, existiram leis brasileiras que já se valeram de modelo diverso para fixação do valor dos danos morais, mais especificadamente o sistema de tarifação, a partir do qual há critérios fixos para se estabelecer a compensação decorrente dessa espécie de dano. O intuito dessas legislações foi o de estabelecer limites ao montante das condenações em indenizações por danos extrapatrimoniais.

A primeira legislação a estabelecer limitações

de valores em indenizações por danos morais no Brasil foi o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), revogado pelo Decreto-lei n. 236, de 28/02/67, que previa em seu artigo 84, §1º, que o juiz deveria estimar o dano moral no valor entre 5 a 100 salários mínimos.

No mesmo sentido pode ser mencionado o artigo 243, §2º do Código Eleitoral (Lei 4.737/65), que, valendo-se das disposições elencadas no Código Brasileiro de Telecomunicações, determinou, aos casos de cometimento dos crimes de calúnia, injúria ou difamação, que o ofendido poderia valer-se da reparação civil em danos morais, nos moldes dos artigos 81 a 88 do diploma supra aludido.

Outra legislação a ser citada é o artigo 257 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), o qual fixava valores máximos às condenações em indenização por danos morais.

Sem embargo às legislações suso aludidas, merece destaque a Lei 5.250/67, denominada Lei de Imprensa, que fora objeto de apreciação, perante o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 130, no qual decidiu-se que essa lei não fora recepcionada pela Constituição de 1988.

Referida lei previa diversas limitações ao pagamento de indenizações, inclusive àquelas de cunho moral. Nesse compasso, destaque-se as disposições do artigo 52, segundo o qual “a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez

vêzes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50” (Brasil, 1967).

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia se pronunciado, por meio da Súmula n. 281, assinalando que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Diante de tais circunstâncias torna-se possível notar que, nas diversas oportunidades em que o legislador previu a forma de indenização no sistema tarifado, o Judiciário se manifestou no sentido de que a medida adotada não está em conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tampouco aos moldes estabelecidos pelo Poder Constituinte de 1988, porquanto o instituto choca-se com a dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República.

Quando a questão é analisada com base nas particularidades do Direito do Trabalho, é preciso salientar que os pedidos de indenização por danos extrapatrimoniais sempre foram uma questão controvertida e propulsora de inúmeras discussões no âmbito forense, principalmente àqueles que se enquadram numa relação de trabalho.

Há quem aponte que o dano moral sofrera uma banalização e reduziu-se à condição de uma verdadeira “indústria”. Outros preferem visualizar por um ângulo diverso e afirmarem que o instituto revela a conscientização e elevação dos valores humanos.

Independentemente de qual teoria tenha predominância na opinião pública, certo é que a nova regulamentação do dano moral, no âmbito da Justiça do Trabalho, trazida após a entrada em vigor da Lei 13.467/17, acirrou, ainda mais, os debates.

Isso porque, àquele que sofrer violação em sua esfera imaterial, no momento da fixação do *quantum debeat*, o novo diploma legal estabeleceu no artigo 223-G, §1º, incisos I a IV, da CLT, um novo mecanismo de condenação a ser obedecido pelo magistrado, o qual fixou uma gradação, com valores máximos para cada tipo de ofensa suportada.

O método da tarifação estabelece, de forma prévia e taxativa, os valores máximos com base em cada grau de ofensa sofrida. Acrescente-se que, além do tabelamento impor ao magistrado a classificação das ofensas em leve, média, grave ou gravíssima, a base de cálculo a ser utilizada corresponde ao último salário contratual do empregado lesado, variando do máximo de três vezes o último salário contratual do ofendido, no caso das lesões leves, até cinquenta vezes esse montante, no caso de infrações de natureza gravíssima.

O fato de se estabelecer limites em uma condenação já se avulta como um assunto deveras delicado. Porém, no momento em que se realiza uma distinção no valor das condenações a serem pagas aos ofendidos, as barreiras da generalidade, objetividade e imparcialidade da lei podem romper-se.

Tal fato torna-se ainda mais obscuro e embaraçoso nos casos, por exemplo, de reclamatórias plúrimas, em que houver pedidos de danos extrapatrimoniais fundados na mesma causa de pedir.

Diante desse contexto, não se pode olvidar, portanto, as possíveis consequências advindas com esse novo regramento inserido no artigo 223-G, §1º, incisos I, II, III e IV da CLT, uma vez que referido diploma alterou, de forma peculiar e questionável, a forma de condenação por danos morais tradicionalmente adotada por todos os magistrados.

Nesse linear, Casagrande (2017, p. 08) assenta:

E, no plano do direito constitucional positivo, o artigo 223-G da CLT, com a redação da Reforma Trabalhista, viola de forma evidente, flagrante, inquestionável e patente um dos mais básicos postulados da Constituição: a igualdade perante a lei (CR, art. 5º, inc. I). Esta cláusula constitucional de isonomia não se resume a garantir apenas que o Estado deve tratar a todos de forma indistinta. Significa, essencialmente, na dicção da Décima Quinta Emenda à Constituição dos EUA, “a igual proteção das leis” (*equal protection of the laws*). O direito deve proteger a todos de maneira uniforme. A lei não pode criar distinções não justificadas entre os destinatários da norma. O legislador não deve estabelecer discriminações legais que não sejam justificáveis pela natureza indistinta daquele que é discriminado.

Diante de tais argumentos, torna-se indispensável a menção quanto ao Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que, em suas motivações

para a inclusão do Título II-A à CLT, fundamentou-se, em resumo, na grande quantidade de ações judiciais ajuizadas junto à Justiça do Trabalho que, com pretensão exclusiva ou cumulada, incluem o pedido de reparação por danos morais, muitas vezes fundado no descumprimento da legislação do trabalho.

O Deputado Rogério Marinho, relator do parecer, esclarece que:

A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cidadãos. Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes. Do mesmo modo, são comuns indenizações que desconsideram a capacidade econômica do ofensor, seja ele o empregado ou o empregador, situação que se mostra agravada no caso dos empregadores, porquanto ações de prepostos podem gerar valores que dificultem, ou mesmo inviabilizem, a continuidade do empreendimento (Brasil, 2017 p. 46).

Assim, o objetivo geral elencado no então projeto de lei dizia respeito à busca por uma estabilidade e harmonia das decisões judiciais, de modo que, retirando-se a subjetividade do julgador, as decisões passam a observar, dentre outros aspectos, a possibilidade e necessidade do ofendido e do ofensor.

De outra sorte, Delgado e Delgado (2017, p.

144) posicionam-se no seguinte sentido:

O primeiro macro aspecto de destaque no Título II-A da CLT consiste na tentativa sutil de a Lei n. 13.647/2017 descaracterizar um dos avanços humanísticos e sociais mais relevantes da Constituição de 1988, que é o princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse compasso, torna-se evidente a tamanha controvérsia gerada e o conseqüente impacto àqueles que buscam a tutela jurisdicional. Isso porque o objetivo principal elencado pelo legislador (busca da segurança jurídica) acabou não se concretizando como esperado. Pelo contrário, o que se vê no atual contexto jurídico é que o cálculo, em algumas condenações por danos morais, continua sendo feito por juízes de 1º grau com base no método do arbitramento, sendo, inclusive, confirmadas em segunda instância.⁴

Já há, inclusive, várias ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face dessa norma, ante o seu descompasso com várias normas constitucionais (a título de exemplo, cita-se a ADI 5.870 e a ADI 6.069), a denotar a profundidade da discussão ora apresentada.

4 Representativos desse entendimento, veja-se os julgados: Recurso Ordinário nº 0020385-26.2017.5.04.0522; Reclamação Trabalhista nº 0001166-80.2018.5.12.0033; Reclamação Trabalhista nº 0000829-66.2018.5.12.0009; Recurso Ordinário nº 0021017-73.2017.5.04.0030.

Considerações finais

O dano extrapatrimonial é entendido como um infortúnio suportado por alguém que se sentiu violado em sua esfera imaterial, sendo certo que suas consequências e prejuízos não poderão ser mensuradas, de pronto, em pecúnia, porquanto estão afetos aos sentimentos e valores humanos.

A ideia se estabelecer um valor ao dano moral reflete a busca do legislador em atenuar as consequências do dano, promovendo um consolo ao dissabor experimentado.

A dignidade da pessoa humana, por seu turno, constitui um vetor de aplicação dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se de um princípio dotado de elevada carga valorativa, que é fonte de todo o ordenamento jurídico, sendo atribuído de diferentes formas por cada ser humano. Referido princípio revela-se como o fundamento de validade à valorização e respeito do homem.

Nesse caminhar de ideias, conclui-se que, a partir do momento em que o legislador presume e limita o sofrimento de um ser humano ao seu último salário contratual, a ideia de flexibilização da legislação trabalhista ultrapassa os limites da razoabilidade e afronta, a um só tempo, as características de generalidade, objetividade e imparcialidade da lei, violando, flagrantemente, um dos fundamentos basilares do ordenamento jurídico pátrio, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de uma inequívoca situação de retrocesso social, pois o que se vê é uma clara ofensa a essa diretriz principiológica que busca, em verdade, a valorização de cada indivíduo. É inconcebível a ideia de que um dano de natureza essencialmente subjetiva, suportado por um trabalhador, que antes de tudo é um ser humano, tenha limites previamente estabelecidos e seja mensurado pelo seu último salário contratual.

Sujeitar o sofrimento tão íntimo de uma pessoa aos parâmetros valorativos de seu salário é o mesmo que coisificá-lo, configurando-se, portanto, um ato desmedido e discriminatório.

É possível verificar, nesse sentido, e com base em todas as reflexões anteriormente apresentadas, que o legislador optou por um sistema limitado, controvertido e já superado no ordenamento jurídico brasileiro. O mecanismo de tarifação, bem como a base de cálculo utilizada desconstrói todo um caminho e ideologia majoritariamente aceitos e adotados no universo do direito pátrio.

Nessa lógica, a tendência da norma é, de fato, ser extirpada da legislação brasileira, em decorrência de sua visível inconstitucionalidade. No mais, ainda que não declarada a inconstitucionalidade dos incisos I a V do §1º do artigo 223-G, entende-se como solução equânime, a realização de uma interpretação conforme o texto constitucional, de modo que a tarifação seja vista como uma diretriz, ou seja, uma orientação feita pelo legislador aos Juízes do

Trabalho. Assim, as quantias estabelecidas para cada grau de ofensa serviriam apenas de parâmetros ao julgador, de modo que as indenizações possam ser arbitradas, com a devida fundamentação, em quantia diversa aos limites ali estabelecidos.

Destarte, a Lei 13.467/17, no ponto referente à tarificação do dano extrapatrimonial, a pretexto de atualizar a legislação trabalhista, impôs um regresso na proteção buscada ao trabalhador pelo Direito do Trabalho, já sendo inserida no ordenamento jurídico como letra morta, uma vez que tem sido desconsiderada pelo Judiciário, em homenagem e garantia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130*. Relator: Ministro Carlos Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 19 de junho de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que “altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961> Acesso em: 15 de junho de 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

BRASIL. *Decreto Lei nº 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 23 de março de 2019.

BRASIL. *Lei 4.117/62*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

BRASIL. *Lei 4.737/65*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

BRASIL. *Lei 5.250/67*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm> Acesso em: 08 de julho de 2019.

BRASIL. *Lei 7.565/86*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, *Recurso Ordinário nº 0020385-26.2017.5.04.0522.8ª Turma*, Rel. Luiz Aberto de Vargas, Publicado em 27/03/19. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/710173879/recurso-ordinario-ro-203852620175040522?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário nº 0021017-73.2017.5.04.0030.8ª Turma* Rel. Gilberto Souza dos Santos. Data: 17/05/2019. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/cI3F7pp4OoRP7UNcL-zEAw?&tp=danos+morais+tarifa%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Reclamação Trabalhista. 0000829-66.2018.5.12.0009*. Órgão Julgador: 1ª Vara Do Trabalho De Chapecó. Juiz(a) Prolator(a) Carlos Frederico Fiorino Carneiro Data da Assinatura: 26/06/2019 13:48:04. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/sentencas/browse?&fq=dt_assinatura%3A%5B*+TO+*%5D&sort=dt_assinatura+desc&q=id:28699403&mlt=true>. Acesso em: 17 de julho de 2019

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Reclamação Trabalhista nº 0001166-80.2018.5.12.0033*. Órgão Julgador: Vara do Trabalho de Indaial Juiz(a) Prolator(a) Reinaldo Branco de Moraes Data da Assinatura: 18/06/2019 00:03:36. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/sentencas/browse?&fq=dt_assinatura%3A%5B*+TO+*%5D&sort=dt_assinatura+desc&q=id:25121076&mlt=true>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, *Recurso Ordinário nº 0003313-82.2014.5.12.0045.2ª Turma*, Rel. Roberto Luiz Guglielmetto. Publicado em 15/02/19. Disponível em: <<https://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681791132/recurso-ordinario-trabalhista-ro-33138220145120045-sc-0003313-8220145120045/inteiro-teor-681791272?ref=serp>>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário nº 0021366-88.2016.5.04.0005*. 3ª Turma. Rel. Marcos Fagundes Salomão, TRT da 4ª Região, 3ª Turma, julgado em 11/05/2018. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577046266/recurso-ordinario-ro-213668820165040005>>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 360-59.2015.5.03.0014*. Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 24/05/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/05/2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464164516/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-3605920155030014?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista nº 113840-54.2000.5.10.0011*. 5ª Turma. Relator Juiz Convocado: João Carlos Ribeiro de Souza, Data de Julgamento: 29/09/2004. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6252594/recurso-de-revista-rr-1138200001110408-1138-2000-011-10-408?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 833-59.2012.5.15.0097*. Relator Desembargador Convocado: Cláudio Armando Couce de Menezes, Data de Julgamento: 29/04/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186848347/recurso-de-revista-rr-8335920125150097>>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 162600- 91.2009.5.09.0093.7ª Turma. Relatora: Ministro Cláudio Brandão.* Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136612201/recurso-de-revista-rr-1626009120095090093>>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 281 da jurisprudência dominante.* Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2004, p. 200. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas_2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2019.

BARROSO. Luís Roberto, 2010. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 12 de abril de 2019>.

CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito constitucional.* 6.ed. Coimbra: Revista Livraria Almedina, 1993.

CASAGRANDE, Cássio, 2017. *A reforma trabalhista e a Inconstitucionalidade da Tarificação do Dano Moral com Base no Salário do Empregado.* Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2017/12/19122017_revista_esa_5_dezembro_5.pdf> Acesso em: 03 de julho de 2019.

CASARIL, Agenor. A pessoa humana como centro e fim do direito: a positivação da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.* nº 27, 2007. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71575/40604>>. Acesso em: 17 de julho de 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CISNEIROS. Gustavo. *Reforma trabalhista interpretada e comentada*. Disponível em: <<https://app.trakto.io/covers/195195>>. Acesso em: 20 de abril de 2019.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Controvérsias Sobre o Dano Moral Trabalhista*. Disponível em: <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2007/n%202/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho,%20Porto%20Alegre,%20%20v.%2073,%20n.%202,%20p.%20186-202,%20abr.-jun.%202007.pdf>> Acesso em: 16 de junho de 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves Delgado. *A Reforma Trabalhista no Brasil: Com os Comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade Civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e Vaidade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.v.1.

HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a constituição da Europa*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Editora UNESP, 2012.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Paulo. *Manual de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PRETTI, Gleibe. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: Ícone, 2014

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Disponível em: <www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista - análise da Lei 13.467/2017 - Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 1.

Desafios do Direito no Século XXI é uma produção coletiva de professores e acadêmicos do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

A partir de uma perspectiva interdisciplinar, a obra contempla as mais variadas discussões do Direito Processual do Trabalho, Direito Processual Penal, Direito Processual Civil, Direito Ambiental, Direito Financeiro, Direito Empresarial, Direito de Família, Ética e Direito Previdenciário.

ISBN 978-65-86467-00-0



9 786586 467000